

A INOBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO CPP. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. CAUSA DE NULIDADE ABSOLUTA.

*Bruno Raphaelli Nardin*¹

*Gilvan Naibert e Silva*²

*Lisandro Luis Wottrich*³

RESUMO

Dando nova redação ao artigo 212 do Código de Processo Penal, a Lei nº 11.690/2008, transformou a forma de inquirição de testemunhas no processo penal brasileiro. Tal norma, dentre as mudanças, fez constar expressamente no art. 212 do CPP a obrigação das partes (acusação e defesa) fazerem perguntas diretas às testemunhas, limitando o magistrado a tão somente complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos (Parágrafo Único do art. 212 do CPP). Entretanto, como há forte resistência para aplicação desse novo entendimento pelo Poder Judiciário (mormente em 1º grau de jurisdição), pretende-se analisar detidamente o aludido dispositivo em consonância com os princípios constitucionais da Constituição Federal de 1988, e os pilares do Sistema Acusatório, os quais têm por fundamento a imprescindível atuação supletiva do juiz na instrução processual penal.

Palavras-chave: Sistema Acusatório; Nulidade Absoluta; Interpretação do art. 212 do CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.690/08, à luz da Constituição Federal de 1988; Inquirição das Testemunhas; Forma de atuação do Juiz.

-
- 1 - Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil; atualmente Estagiário do Gabinete da 1ª Vara Criminal (crimes de detenção) e Juizado Especial Criminal da Comarca de Guaíba/RS.
 - 2 - Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil; atualmente Estagiário do Gabinete da Procuradoria da República do Rio Grande do Sul (2º Ofício, Canoas/RS), Ministério Público Federal.
 - 3 - Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Bacharel em Direito; Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul; Docente da Universidade Luterana do Brasil; Diretor-Presidente e Docente da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública e orientador deste trabalho.

INTRODUÇÃO

Com o presente artigo, queremos registrar o amplo significado que a nova redação do art. 212 do CPP trouxe ao direito pátrio, destacando a importância que foram levadas as partes (Ministério Público e Defesa) no processo criminal pátrio e a limitação do julgador (magistrado), no que tange a forma de inquirição das testemunhas apresentadas pelos litigantes.

SÍNTESE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS SISTEMA INQUISITIVO - SISTEMA ACUSATÓRIO - SISTEMA MISTO.

Antes de adentrarmos ao tema em debate nesta obra, torna-se oportuno conhecer alguns conceitos a respeito dos sistemas reconhecidos pela doutrina, que tratam dos métodos utilizados pelos julgadores na hora em que ocorre a produção de provas no direito incriminador brasileiro.

Primeiramente, vamos nos remeter ao Sistema Inquisitivo que, segundo Nucci (2008, p. 116) “é caracterizado pela concentração da prova nas mãos do julgador, esse que também, as vezes acaba atuando como acusador”.

Herdado, recebido e admitido pelo Direito Canônico que o empregou até o século XVIII, este sistema não admite debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos, onde não há publicidade em seus atos, assim como inexistente contraditório e qualquer forma de defesa.

Em virtude disso, fica claro, para o operador do direito, que o sistema inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais expressos pela Constituição Federal Brasileira.

Em sentido contrário ao sistema inquisitorial, temos o Sistema Acusatório que, na mesma concepção de Nucci (2008, p. 116) “é um sistema caracterizado pela separação entre o órgão acusador, defensor e o julgador”. Neste sistema, as funções de acusar, defender e julgar são separadas. Aqui está presente o contraditório entre a acusação e a defesa em igualdade de

direitos, e a figura do juiz imparcial e equidistante.

Na Inglaterra, ao inverso da Europa Continental que herdou o sistema do direito canônico, o sistema acusatório surgiu com forte influência no direito comum (ou Common Law como é chamado), pois foi fundado na construção do direito pela cultura e tradição do povo, onde reconheciam os precedentes judiciais e tinham como principal característica o julgamento popular, no qual a ação penal é promovida por uma parte. O réu, por sua vez, possui o direito de conhecer da acusação e procurar se defender da melhor forma possível, participando e fiscalizando a produção da prova, em contraditório judicial, sendo que o juiz tem a função de receber a prova realizada pelas partes e julgar da forma mais isenta possível.

Neste sistema, a produção das provas é função das partes (acusador e defensor). Já ao juiz, cabe a função de ditar e garantir as regras do jogo, garantindo os direitos e liberdades fundamentais. Esta separação das funções processuais de acusar, defender e julgar feita entre sujeitos distintos reconhece os direitos fundamentais da principal figura do processo, o acusado (réu).

Sobre o tema, Ferrajoli adjetiva muito bem o sistema acusatório e diferencia este com o sistema inquisitório. Segundo ele:

São características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento. Por outro lado, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução (FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2ª Ed. 2006, p. 518).

Em sede de processo penal no Brasil, a Constituição Federal de 1988 acolheu de forma explícita o sistema acusatório (art. 129, inciso I, da CF/88), dando ao Ministério Público a incumbência privativa de promover a ação penal pública. A relação processual penal, somente tem início mediante a provocação da pessoa encarregada de propor a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), no caso do sistema pátrio, o Ministério Público.

Assim, o sistema acusatório, adotado pelo direito brasileiro, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinhem com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. O magistrado tem o dever de abster-se de promover atos de ofício nas fases processuais e investigatórios, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais, do Ministério Público e da defesa.

Em síntese, o sistema acusatório é um sistema que possui forte influência dos

princípios constitucionais, como refere Fernando Capez:

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º XXXVII e LIII); do tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput*, e inciso I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, inciso IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII); (CAPEZ. Curso de Processo Penal, 16ª edição, página 41).

Após termos essas duas concepções distintas acerca dos sistemas de coleta da prova em sede de processo penal, fala-se, ainda, no sistema misto (ou francês), que nada mais é do que uma união das virtudes do sistema inquisitório e do acusatório. O sistema misto caracteriza-se pela divisão do processo em duas grandes partes, a primeira diz respeito à instrução preliminar pré-processual, que possui elementos oriundos do sistema inquisitivo. Já a segunda parte, que diz respeito ao julgamento (instrução processual penal) é a que possui elementos advindos do sistema acusatório.

De acordo com o professor Renato Brasileiro de Lima (Manual e Processo Penal, volume I, 2011, p. 7), quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo Inquérito Policial, era inquisitorial (segundo outros autores ainda é), porém, uma vez iniciado o processo tínhamos uma fase acusatória. Todavia, com o advento da CF/88, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado, o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção da não-culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório.

Segundo este autor, é bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro, mas não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário, são as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988.

Em nossa opinião, o comentário do autor e professor é coerente e muito correto. Entretanto não é o que acontece na prática forense, por isso alguns autores ainda sustentam que o sistema do Brasil é misto.

Fala-se isso, pois na prática jurídica brasileira, temos, em tese, o seguinte:

1ª FASE: Sistema Inquisitorial = Inquérito Policial (aqui temos a fase pré-processual penal em que o Delegado de Polícia – Estadual ou Federal – administra todo o procedimento investigatório, ou seja, vai atrás das provas e se for o caso, acusa – indicia - tendo uma

conclusão), onde não há a figura do contraditório;

2ª FASE: Sistema Acusatório = Processo Penal (aqui há acusação, defesa e juiz imparcial que somente julga sem produzir qualquer tipo de prova).

Porém, a discussão central desta obra é discutir sobre um dos resquícios inquisitoriais deixados pela antiga lei e que os magistrados ainda adotam dentro da fase processual penal que deve ser exclusivamente acusatória e, assim, não admite qualquer tipo de produção de prova através do julgador, que deve manter-se inerte, somente julgando com a imparcialidade, o que é inerente de seu cargo.

O sistema acusatório adotado pelo Brasil (Art. 129, I, CF/88), veda qualquer espécie de produção de prova advinda do juiz durante a instrução do processo, porém, tal vedação encontra algumas dificuldades como, por exemplo, alguns magistrados que não concordam com a nova maneira de realização da inquirição das testemunhas durante a audiência de instrução e julgamento, assunto relacionado ao novo art. 212 do CPP, que é o ponto central de debate nesta obra.

Nesse caminho, temos vários exemplos de inquirição inseridos no sistema acusatório do processo penal brasileiro, como, por exemplo, o assunto aqui tratado e o artigo 156 do CPP que deixa o juiz - que devia ser equidistante das provas - de ofício, procurar provas⁴.

SÍNTESE DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL.

NULIDADE RELATIVA E ABSOLUTA

Nulidade, segundo Fernando Capez (2009, p. 624), “é um vício processual decorrente da inobservância de exigências legais capaz de invalidar o processo no todo ou em parte”. Como lembram Grinover, Gomes Filho e Fernandes, a nulidade não é a essência do ato irregular, mas a sua consequência (As nulidades no processo penal.1997, p. 18). Em sede de direito processual penal, podemos classificar os vícios processuais em (a) inexistência; (b) irregularidade; (c) nulidade relativa; e (d) nulidade absoluta.

Apesar de o Código de Processo Penal não conceituar de forma clara o que é nulidade

4 - Este, alias, é um tema muito polêmico e de grande discussão em nosso direito, em virtude da contradição entre o princípio acusatório e a busca da verdade real podendo ser tema de outro artigo, pois em nosso entender quando alguém sai em busca de alguma coisa - no caso o juiz - sabe o que deseja encontrar.

absoluta e relativa, é possível, através da interpretação da norma e da doutrina, estabelecer algumas diferenças básicas entre elas. Pois bem.

No entender de Fernando Capez (2009, p. 625) a nulidade relativa é aquela que viola a norma infraconstitucional, estabelecida no interesse das partes. Segundo o autor, neste tipo de nulidade a parte que se achar prejudicada é obrigada a demonstrar o prejuízo processual no tempo e modo que sofreu, do contrário esta não será declarada, pois não há nulidade sem prejuízo (*pás de nullité sans grief*). De acordo com o aludido autor, são características da nulidade relativa: I) interesse da parte em ver efetivado o ato; II) a formalidade prevista no ordenamento visa a garantir um interesse da parte; III) a parte deve, obrigatoriamente, demonstrar o prejuízo; IV) não alegada a nulidade no tempo e modo definidos em lei, ocorre a convalidação.

A nulidade absoluta, na mesma linha de Fernando Capez, é aquela que viola a norma constitucional, havendo ofensa direta ao texto constitucional, mais precisamente ao sistema acusatório e aos princípios constitucionais. São características da nulidade absoluta, segundo o citado autor: I) ofensa direta a princípio constitucional do processo; II) a regra violada visa garantir interesse da ordem pública, e não mero interesse das partes; III) o prejuízo é presumido e não precisa ser demonstrado; IV) não ocorre preclusão; V) o vício jamais se convalida, sendo desnecessário argüir a nulidade no primeiro momento processual; VI) o juiz poderá reconhecer *ex officio* a qualquer momento do processo; VII) depende de pronunciamento judicial para ser reconhecida.

Na concepção de Eugênio Pacelli de Oliveira (Curso de Processo Penal, 2005, p. 627), enquanto a nulidade relativa diz respeito ao interesse das partes em determinado e específico processo, os vícios processuais que resultam em nulidade absoluta referem-se ao processo penal enquanto *função jurisdicional*, afetando não só o interesse de algum litigante, mas de todo e qualquer – *presente, passado e futuro* – acusado, em todo e qualquer processo, ou seja, o que se põe em risco com a violação das formas em tais situações é a própria função judicante, com reflexos irreparáveis na qualidade da jurisdição prestada.

*INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 212 DO CPP. VIOLAÇÃO DO SISTEMA
ACUSATÓRIO. CAUSA DE NULIDADE ABSOLUTA.*

Feitas as considerações acima, passemos a análise da explanação aqui proposta sobre o novo artigo 212 do Código de Processo Penal e o total desrespeito de alguns magistrados em não respeitá-lo.

Para isso, vamos confrontar como era o antigo artigo 212 do CPP e como ele ficou após as modificações introduzidas pela lei 11.690/2008, vejamos:

Art. 212 do CPP, antes da alteração: “As perguntas das partes serão requeridas ao juiz que as formulará a testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida”.

Com as modificações introduzidas pela Lei 11.690/2008, assim ficou a nova redação do artigo 212 do CPP: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo Único: Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”.

Em que pese esta nova e clara redação do artigo 212 do CPP, mormente seu parágrafo único, magistrados e doutrinadores sustentam que a única coisa que mudou neste artigo foi a possibilidade das partes fazerem perguntas diretamente às testemunhas, sendo que o magistrado deve fazer as perguntas por primeiro. Este, aliás, é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 474/475): “o juiz, como presidente da instrução e destinatário da prova, continua a abrir o depoimento, formulando, como sempre fez, às suas perguntas às testemunhas de acusação, defesa ou do Juízo. Somente após esgotar o seu esclarecimento, passa a palavra às partes para que, diretamente reperguntem”.

Infelizmente, em consonância com o que diz o supracitado autor, quase todos os juízes de 1º grau e Tribunais de jurisdição superiores estão deixando de lado a nova redação do artigo 212 do CPP, sendo que, quando a reconhecem, a conhecem como nulidade relativa. A justificativa destes operadores do direito é que a simples inversão da ordem das perguntas não altera o sistema acusatório, nem se viola lei, dado que não foi suprimida a possibilidade de o juiz efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente. Nesse sentido o STF⁵, o STJ⁶, o

5 - 1ª turma, HC n.º 103.525/PE, rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 03/08/2010, DJE 159 – 26/08/2010;

TJ/RS⁷, entre outros tribunais pesquisados.

Com a devida vênia aos magistrados prolores das decisões no sentido acima referido, não conseguimos concordar com tal entendimento, pois a nosso ver, a redação do artigo 212 do CPP com a nova redação que lhe deu a lei n.º 11.690/08 é muito clara e significa que as partes (acusação e defesa) deverão formular as perguntas em primeiro lugar, formulando-a diretamente à testemunha. Após tal situação, o juiz poderá (faculdade dele), então, formular perguntas às testemunhas somente sobre os pontos – perguntados pela acusação e defesa – que não ficaram esclarecidos.

Não há dúvida que a nova lei, além de simplificar a colheita da prova, procurou principalmente, garantir mais imparcialidade e neutralidade ao magistrado e fazer valer maiores responsabilidades às partes (Ministério Público e Defesa) do processo penal, as quais são as principais protagonistas na produção da prova.

Com efeito, essa nova norma vem, e em muito, ao encontro do sistema acusatório adotado no ordenamento do Processo Penal Brasileiro (art. 129, inciso I, da CF/88), deixando a cargo das partes a primazia da produção da prova, sem precisar da iniciativa probatória do juiz a ser exercida de maneira subsidiária, para complementar a prova e dirimir dúvida sobre pontos relevantes.

Dessa forma, considerando que a norma infraconstitucional – no caso o código de processo penal – veio para cumprir sua missão constitucional e não para violá-la, temos que fazer uma leitura constitucional dela interpretando-a segundo o que dispõe a Carta Política de 1988.

Sobre o tema em questão, sustenta Eugênio Pacelli (p. 9, 2005) que a iniciativa probatória do juiz deve se limitar a somente aos esclarecimentos de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes.

Na mesma linha, Geraldo Prado (2005, p. 110-111), ressalta que não basta somente assegurar a aparência de isenção dos juízes que julgam as causas penais. Mais do que isso, é necessário garantir que, independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja em concreto comprometida em virtude de algum juízo apriorístico.

6 - 6ª turma, HC n.º 144.909/PE, rel. Min. Nilson Naves, DJe 159 – 15/03/2010; e 6ª Turma, HC n.º 121.215/DF, Rel. Min. Org Fernandes, Dje 22/02/2010;

7 - Recurso Crime Nº 71003217023, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 12/09/2011; Recurso Crime Nº 71003196755, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 12/09/2011;

Nestes termos também se manifesta Aury Lopes Júnior (2004, p. 86), segundo ele, o juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valorar essa prova. Em seu entender, a figura do juiz espectador em oposição à figura inquisitória do juiz ator é um preço a ser pago para termos um sistema acusatório.

Sobre o artigo em comento, se manifestou Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 651 e verso):

Se atentarmos para o fato de que o processo penal acusatório é o que melhor atende aos interesses sociais e que se consoa com a Carta Política de 1988, adotando a presunção de inocência, admitindo a ampla defesa, permitindo aos réus contestar a peça acusatória antes do seu recebimento, admitindo a transação para um número extraordinário de infrações, aceitando o julgamento antecipado de que trata o art. 397 do CPP, colocando o órgão jurisdicional no alto da pirâmide, equidistante das partes, na sua verdadeira posição de órgão imparcial e que deve limitar-se a colher as provas produzidas pelas partes, para, ao final da pugna judiciária, dizer qual das duas partes tem razão, parece-nos que o legislador dando nova redação ao artigo 212 do CPP, aliado à nova instrução do plenário do júri, está tomando o caminho certo e distinguindo o papel da Acusação, da Defesa e do Juiz. - Destacamos.

Por outro lado ainda, outros autores levando-se em conta, principalmente, o parecer que o Senado Federal emitiu em resposta à solicitação da comissão instituída pelo Poder Judiciário⁸, estão convictos que o legislador acabou consagrando de forma definitiva o sistema acusatório com a redação que a lei n.º 11.690/08 deu ao art. 212 do CPP. Todavia estes mesmos autores estão esquecendo que a mesma lei (11.690/08) que deu nova redação ao art. 212 do CPP trouxe com ela, na mesma reforma, normas inquisitoriais como o art. 156, inciso I, do CPP.

Sobre o assunto, o orientador deste trabalho já se manifestou no seu artigo *Revisitando o Sistema Inquisitorial: o inciso I do artigo 156 do código de processo penal e a*

8 - A comissão instituída pelo Poder Judiciário, na época, apresentou propostas de emendas da PLC n.º 37/2007 (originário do PL n.º 4.205/2001 da Câmara dos Deputados) à senadora Ideli Salvatti, em que solicitavam a alteração do projeto para que o juiz tivesse a oportunidade de perguntar antes das partes ao argumento de que ele seria o alvo da prova, todavia, o projeto foi negado com a seguinte decisão: Todos os projetos de lei da chamada Reforma do Código de Processo Penal estão fundados no modelo acusatório, reconhecidamente o mais apto à consecução de um processo penal não apenas ético, mas igualmente mais simples, célere, transparente e desburocratizado, trazendo maior eficiência e atacando a impunidade. Temos agora, portanto, oportunidade de ouro para romper com nossa cultura jurídica e raiz inquisitiva, tornando clara a opção pelo modelo acusatório puro. Sucede que, para impedir que a doutrina e jurisprudência continuem interpretando a lei nova com a mentalidade antiga, cremos ser indispensável radicalizar a redação de alguns dispositivos da presente proposição, de modo a não deixar qualquer margem para uma interpretação salvacionista de cunho inquisitivo. Dito isto, temos que as emendas apresentadas devem ser todas rejeitadas justamente por – em nosso modesto entender – não contribuir para a adoção de um sistema acusatório que se pretende efetivo e livre de ranços inquisitivos pelo Brasil - (Publicado no Diário do Senado Federal, 20 nov. 2007, p. 40.983-41.003. Também disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2007/11/19112007/40983.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2011).

*produção antecipada de provas*⁹, sustentado que apesar de o Processo Penal Brasileiro ser acusatório (art. 129, inciso I, da CF/88), o legislador, na verdade, não se definiu, equivocou-se sobre os sistemas ao permitir que o juiz produzisse prova de ofício.

Sobre o ponto, Tourilho Filho (2010, p. 652 verso) acredita ser muito estranho o legislador ter adotado na inquirição de testemunhas o processo penal puro e, ao mesmo tempo, ter conferido ao juiz poderes que deveriam e devem ser exercidos pela parte acusadora, mas apesar disso, ele acredita, que a redação dada ao art. 212 do CPP já constitui uma sinalização de que aos poucos chegaremos ao processo ideal, reservando ao juiz o lugar de onde jamais deveria ter sido deslocado.

É assim, dentro do contexto do sistema acusatório, que se deve dar a interpretação do novo artigo 212 do CPP. O simples fato de o juiz formular suas perguntas somente em complementação às do Ministério Público e às da defesa, colocará o juiz numa posição de distância das partes e certamente auxiliará na transformação e quebra de alguns resquícios inquisitoriais que ainda se encontram dentro do processo penal.

Diante disso, sabemos da dificuldade que é, até mesmo em nossas vidas, de se fazer mudanças, pois muitas vezes resistimos a ela.

Entendemos que os juízes não vêm com bons olhos esta situação, pois de certa forma, perdem poderes ao sofrer tal limitação. Por isso, ainda que passados um pouco mais de 3 (três) anos de vigência da Lei, a discussão sobre o tema permanece aberta.

Assim, à vista de todos os fundamentos feitos acima, nos perguntamos: qual é a consequência da inobservância constante do artigo 212 do CPP?

Respondemos que, sem sombra de dúvida, trata-se de nulidade absoluta, pois, além de quebrar o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, inciso I), infringe o princípio constitucional do devido processo legal. Ainda que, em sede de nulidade absoluta o prejuízo é presumido, ou seja, não precisa ser demonstrado, destacamos que tal está presente pelo atentado à necessidade de uma postura do juiz coerente com o sistema acusatório de total imparcialidade. Destacamos aqui, a lição do Promotor de Justiça Tiago André Pierobom de Ávila (2008), o qual entende que juiz que se recusa a aplicar a ordem das

⁹ WOTTRICH, Lisandro Luís. Revisitando o Sistema Inquisitorial: o inciso I do artigo 156 do código de processo penal e a produção antecipada de provas. Revista Jurídica, Sapucaia do Sul, ano 58, nº 392, p. 123-136, junho 2010.

perguntas prevista no art. 212 do CPP é juiz que não aceita a ordem de valores prevista na CF/88 e no sistema acusatório, é um juiz que ainda acredita que ele é o principal responsável por trazer as provas de acusação, é um juiz que quer investigar os fatos, é um juiz que se afasta do modelo de imparcialidade previsto na Carta Magna.

Nesse mesmo pensamento, manifestou-se a 5ª turma do STJ:

A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma, como na hipótese vertente. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do art. 212 do CPP (5ª turma STJ, HC 145.182/DF Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 10/05/2010).

Comungando do mesmo entendimento, temos, no Estado do Rio Grande do Sul, a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça¹⁰, bem como a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça¹¹.

Participando da mesma idéia, Eugênio Pacelli de Oliveira (2005, p. 627) aduz que haverá nulidade absoluta quando as atividades estatais do juiz natural e da reserva da função acusatório do Ministério Público ultrapassar os limites das funções a eles reservadas na Constituição da República.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, a partir da vigência da Lei 11.690/2008 que deu nova redação ao art. 212 do CPP, o magistrado não pode mais participar direta e ativamente da produção probatória, sob pena de o fazendo, infringir as normas constitucionais, bem como o sistema acusatório, ensejando a uma inquestionável, nulidade absoluta.

¹⁰ Apelação Crime n.º 70028349843, Rel. Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 18/03/2009.

¹¹ HC 155934/RS, Rel. Min Gilson Dipp, DJe 13/12/2010; e HC 147292/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 16/11/2010.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- 1) ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal. (CPP, art. 212). Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1871, 15 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11604>>. Acesso em: 14 de agosto de 2011;
- 2) BORTOLINI, André Luis; e ASSUNÇÃO, Leandro Garcia Algarte. A violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal: Causa de Nulidade Processual Absoluta. Disponível em: < www.ceaf.mp.pr.gov.br/arquivos/File/teses09/AndreBortolini.pdf >. Acesso em 15 de agosto de 2011;
- 3) BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988;
- 4) BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941;
- 5) BRASIL. Lei 11.690, de 09 de junho de 2008 - Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências;
- 6) BRASIL, Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;
- 7) BRASIL, Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça;
- 8) BRASIL, Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul;
- 9) CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 16ª edição. Editora Saraiva. São Paulo 2009;
- 10) FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 518;
- 11) GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª Ed. Com nova jurisprudência em face da Lei 9.099/95 e das leis de 1996. São Paulo: RT, 1997;
- 12) LIMA DE, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, volume I. Editora Impetus. 2011;
- 13) LOPES JR. Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;
- 14) NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5.ª edição. São Paulo 2008;

15) OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 5ª edição. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2005;

16) PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

17) TOURILHO FILHO, Fernando da Costa, Código de Processo Penal comentado (arts. 1º a 393). 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010;

18) WOTTRICH, Lisandro Luís. Revisitando o Sistema Inquisitorial: o inciso I do artigo 156 do código de processo penal e a produção antecipada de provas. *Revista Jurídica, Sapucaia do Sul*, ano 58, nº 392, p. 123-136, junho 2010.