

A AUDIÊNCIA PARA INTERROGATÓRIO DO ACUSADO: O PAPEL DOS JUÍZES COM RELAÇÃO ÀS PERGUNTAS AO RÉU NO SISTEMA ACUSATÓRIO

Henrique Buhl Richter

Advogado. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especializando em Ciências Penais e Mestrando em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Mariana Chies Santiago Santos

Especialista e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutoranda no Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGS/UFRGS). Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa em Políticas de Segurança Pública e Administração da Justiça Penal - GPESC/PUCRS, ao Grupo de Pesquisa em Violência e Cidadania - GPVC/UFRGS e ao Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos - INCT-Ineac da Universidade Federal Fluminense. Advogada do Grupo 10 do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Resumo: O artigo problematiza a adoção, no Brasil, do sistema acusatório e da subsidiariedade das perguntas do magistrado no interrogatório, verificando sua aplicação na prática do TJRS e do STJ.

Palavras-chave: Interrogatório, sistema acusatório, artigo 212.

Abstract: The article problematizes the adoption, in Brazil, of the accusatorial system and the subsidiarity of the judge's questions on hearing the defendant, verifying its use on the Courts of Appeal.

Keywords: Defendant's hearing, accusatorial system, article 212.

INTRODUÇÃO: O JUIZ E A VERDADE

Esse artigo tem por objetivo analisar como o interrogatório está sendo processado pelo judiciário após as mudanças do Código de Processo Penal, tendo em vista que essas, a princípio, revogaram o *sistema presidencialista* que antes vigorava. A partir disso, foram analisados alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça para verificar se os Tribunais têm ou não reconhecido vício nos momentos em que o magistrado se coloca à frente das partes na realização das perguntas no interrogatório e, assim, anulado a audiência de instrução e julgamento e os demais atos subsequentes nos casos em que o novo sistema de interrogatório não está sendo respeitado.

Como ponto de partida do presente texto, é preciso notar a necessidade do abandono do conceito de *verdade*, seja ela formal ou material, tendo em vista que quando algum processo crime se inicia é porque, ao menos em tese, houve um crime, e esse crime ocorreu no passado. O passado, portanto, é memória e, como memória, está sujeito ao subjetivismo, tanto do magistrado, como das partes e das testemunhas.¹

Ao reconhecer o juiz como uma supraparte, Carnelutti acaba por propor uma reflexão no sentido de que, ainda assim, o magistrado é um ser humano e, portanto, parte. E aí está sua grande contradição: em ser ou não parte, em ser homem e dever ser mais do que isso.²

Carnelutti nos traz que a verdade seria algo inatingível, eis que contida no todo, que certamente não pode ser por nós alcançado.³ Em outra obra, refere que o juiz emite juízos históricos. Sua função se liga à historiografia, com todas as limitações que lhe são impostas.⁴

O papel do juiz, assim, é semelhante ao do historiador, que recebe diferentes versões do fato e que preenche conscientemente ou inconscientemente os espaços vazios. Abandonando o conceito de *verdade* não corremos o risco de cair na armadilha do sistema inquisitivo, no qual o magistrado, em nome de uma *verdade ou de uma busca por verdade*, passa a ser um juiz atuante, que atua na gestão da prova, quebrando, com isso, o contraditório, princípio fundamental da nossa Constituição da República.⁵

Em tempo, é a gestão da prova o eixo distinto entre o modelo acusatório e o modelo inquisitório. O núcleo fundante do sistema (consubstanciado na gestão da prova) é o que dirá que tipo de sistema teremos. Assim, a partir do momento em que se entrega ao juiz poderes instrutórios, se estará evidenciando a adoção de um sistema inquisitório (cuja lógica se coloca na busca de uma verdade, objetificando o réu como detentor de uma verdade que deve ser dele extraída).⁶

O INTERROGATÓRIO E A ADOÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No sistema acusatório, a verdade não é fundante, mas contingencial. Esse sistema é marcado pela luta de discursos, a partir da atividade probatória das partes, para convencimento do juiz. O resultado final do processo não é a verdade, mas uma declaração do magistrado daquilo que *sente* frente às provas produzidas. O juiz deve, portanto, eleger uma

¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 571-572.

² CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas: Conan, 1995. p. 32.

³ CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio e Certezza*. Rivista di Diritto Processuale, v. XX, 1965. p. 4-9.

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um Processo*. Belo Horizonte: Líder, 2010. p. 49.

⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 573-574.

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 134-136.

versão, formar um significado para seu próprio discurso (e sua versão) a partir dos discursos das partes.⁷

O ato do interrogatório, como é sabido, é o principal meio de exercício da autodefesa e que tem, por isso, o papel de dar materialmente vida ao contraditório, pois inserido no conceito de ampla defesa⁸, permitindo à pessoa do acusado responder à acusação ou aduzir argumentos para justificar sua conduta, explanando sobre fatos que poderão esclarecer circunstâncias do delito pelo qual está sendo acusado.

Dessa maneira, o interrogatório deve se desenvolver de forma a permitir a defesa eficaz do acusado e, sendo assim, submetido a regras processuais (regras do jogo) que, de acordo com Aury Lopes Júnior⁹, podem ser assim resumidas:

- “[...]b) Presença de defensor, sendo-lhe permitido entrevistar-se prévia e reservadamente com o acusado;*
- c) Comunicação verbal não só das imputações, mas também dos argumentos defensivos;*
- d) Proibição de qualquer promessa ou pressão direta ou indireta sobre o imputado para induzi-lo ao arrependimento ou colaborar com a investigação;*
- e) Respeito ao direito de silêncio, livre de pressões ou coações;*
- f) Tolerância com as interrupções que o acusado solicite fazer no curso do interrogatório, especialmente para instruir-se com seu defensor;*
- g) Permitir-lhe que indique elementos de prova que comprovem a sua versão e diligenciar para sua apuração;*
- h) Negação de valor decisivo à confissão”.*

Ainda, a nova redação do art. 188 (a partir da Lei 10.792/03) estabelece o seguinte:

Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará as partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

O que se nota, então, é que o ato do interrogatório deixou de ser ato privativo do juiz. Nesse ponto, importante destacar ainda que, em razão da superveniência da Lei 11.689/08, da Lei 11.690/08 e da Lei 11.719/08, da mesma forma como se dá a inquirição das testemunhas (diretamente pelas partes, cabendo ao juiz completar a inquirição), no interrogatório a

⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 569-570.

⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 382-383.

⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 622.

inquirição deve iniciar-se com o Ministério Público, já que se trata essencialmente de um meio de defesa do acusado.

O que se percebe no dia-a-dia do expediente forense é que, na audiência designada para interrogatório do acusado, o magistrado, por vezes, após apregoar as partes, passa de pronto a dirigir suas indagações, tal como ocorria no anterior “sistema presidencialista”, vigente até a reforma do Código de Processo Penal levada a cabo no ano de 2008.

Nesses casos, o magistrado de 1º grau, ao formular perguntas diretamente ao acusado, aquebranta sua imparcialidade, cerceando o direito constitucional de defesa do acusado e contaminando o ato processual.

Geraldo Prado refere a importância da imparcialidade para evitar prejulgamentos ou pré-juízos, frisando a necessidade de se colocar o juiz como alheio ao interesse das partes.¹⁰ No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. entende que a estrutura triangular do processo, colocando o juiz em posição separada das partes, fortalece a imparcialidade. Por outro lado, essa imparcialidade acaba por ser ameaçada no momento em que o magistrado é chamado a decidir previamente ou realizar atos de parte.¹¹

A jurisprudência do Tribunal de Justiça gaúcho já se manifestou em relação a isso:

PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELA MAGISTRADA CONDUTORA. NULIDADE.

A nova redação legal do art. 212 do CPP, dando largo passo em direção ao sistema acusatório consagrado na Lei Maior, previu expressamente a **subsidiariedade das perguntas do Magistrado em relação às indagações das partes: do juiz é exigido o julgamento justo e equidistante, de modo tal que não pode ele ter compromisso com quaisquer das vertentes da prova.**

Anularam, em parte, o processo. Unânime.¹²
(grifo nosso)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. 1. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. Inocorrente qualquer cerceamento de defesa em razão da decretação da revelia do acusado, dado que este, apesar de devidamente intimado, deixou de comparecer à audiência de **interrogatório** e instrução aprazada. 2. **NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. DESCONFORMIDADE COM A REDAÇÃO DO ART. 212, DO CPP, CONFERIDA PELA LEI Nº 11.690/08.** 2.1. A Lei nº 11.690, de 09/08/2008, alterou a redação do **art.212** do Código de Processo Penal, passando-se a **adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado cross-examination, no qual as vítimas, as testemunhas e o acusado são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, na sequência, sua inquirição (exame direto e cruzado), possibilitando ao**

¹⁰ PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 54.

¹¹ LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. pp. 165-167.

¹² Apelação Crime n. 70028349848, j. em 18 de março de 2009. Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Des. Rel. Amilton Bueno de Carvalho.

magistrado complementar a inquirição se entender necessários esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização. 2.2. A inobservância da nova regra processual implica em violação de norma federal cogente e de ordem pública, bem como da Constituição Federal, por ofensa aos princípios acusatório (igualdade de armas entre as partes e imparcialidade judicial) e ao devido processo legal, ensejando a nulidade absoluta do processo a partir da audiência de inquirição das testemunhas. Precedentes do STJ. POR MAIORIA, VENCIDO O PRESIDENTE, ACOLHERAM A PRELIMINAR SUSCITADA, **PARA DECRETAR A NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO**, A CONTAR DA AUDIÊNCIA REALIZADA EM 09/12/2010, DETERMINANDO QUE SEJA OBEDECIDO O NOVO MÉTODO DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS ESTABELECIDO PELO ART. 212 DO CPP.¹³
(grifo nosso)

Acerca da atuação supletiva do magistrado na inquirição das testemunhas e vítimas, afirma Nereu José Giacomolli¹⁴ que:

*“Mesmo sendo o julgador o destinatário da prova, cabe às partes perguntar o que interessa ao direcionamento do convencimento que desejarem, num jogo dialético entre elas, próprio de um modelo acusatório de processo penal. A função do juiz é manter o equilíbrio processual na colheita da prova. Entretanto, para os que admitem a atuação do magistrado, o parágrafo único do art. 212 há de ser interpretado restritivamente, ou seja, **a intervenção do magistrado é supletiva**, somente sobre pontos não esclarecidos, em face do que foi perguntado e respondido pelas testemunhas, vedando-se perguntas sobre pontos não levantados pelas partes em suas perguntas. Sendo admissível sua intervenção subsidiária, esta ocorrerá após a das partes.”*

O próprio Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do habeas corpus nº 121.216¹⁵, pronunciou-se a respeito, concedendo a ordem para que fosse realizada nova

¹³ Apelação Crime n. 70041876145, j. em 09 de junho de 2011, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Des. Rel. Odone Sanguiné.

¹⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.57 – sem grifo no original

¹⁵ “HABEAS CORPUS. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado **complementar** a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em error in procedendo, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do habeas corpus, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade.

3. 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.

audiência de instrução e fossem refeitos os atos subsequentes a ela, em conformidade com o art. 212¹⁶, do Código de Processo Penal.

Assim, quando o ato processual padece de vício ensejador de nulidade, eis que a coleta da prova oral distanciou-se da expressa previsão legal e do modelo acusatório consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil, e para que não haja violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, deve o magistrado declarar nulo o ato processual – interrogatório – e o renovar, consagrando, assim, princípios fundamentais da Carta Magna.

Entretanto, ao analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça gaúcho, em que pese os julgados supra, percebemos que existe, em grande medida, uma certa relativização desse entendimento. É o que demonstram os julgados cujas ementas a seguir transcrevemos:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NEGATIVA DE AUTORIA. PRELIMINARES DE NULIDADE DA INSTRUÇÃO POR AFRONTA AO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, DE NULIDADE DO AUTO DE EXAME DE CORPO DE DELITO E DA PROVA, CONSISTENTE NA CONSIDERAÇÃO DE VÍDEO JUNTADO AOS AUTOS, BEM COMO DE NULIDADE DO INTERROGATÓRIO, POR CERCEAMENTO DE DEFESA E DE PARCIALIDADE DO JUÍZO REJEITADAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NA PROVA TRAZIDA AO GRAMPO DOS AUTOS. 1. **VIOLAÇÃO AO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL A violação do disposto no artigo 212 do CPP constitui nulidade relativa, prevista no artigo 564, inciso IV, do CPP, tendo em vista que, como regra, se estará a tratar de simples inversão - se o juiz pode reperguntar, após as perguntas das partes, é o que se verifica - na ordem das perguntas, violação de formalidade essencial de ato essencial do processo. As nulidades sanáveis devem ser arguidas na primeira oportunidade que surge, sob pena de sanção.** E, considerando o disposto no artigo 571 do Código de Processo Penal e sua adaptação possível ao novo rito, no caso concreto, essa oportunidade era a própria audiência. Não houve impugnação, logo, está sanada a nulidade. 2. NULIDADE DO AUTO DE EXAME DE CORPO DE DELITO Atendendo o auto de exame de corpo de delito a forma determinada em lei, não há falar em nulidade do referido exame. Inconformidade defensiva que se circunscreve ao resultado emanado por tal meio de prova, a qual se confunde com o exame do mérito da acusação. 3. NULIDADE DA PROVA A insurgência acerca da consideração de vídeo juntado aos autos em apenso, de igual sorte, não merece guarida. Tendo a defesa tomado conhecimento da existência de tal prova no curso da instrução e, sendo possibilitada oportunidade para impugnação, não se verifica qualquer mácula na consideração de tal elemento de convicção. 4. NULIDADE DO

4. 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 contido no art. 212 do CPP.”

(HC 121.216, 5ª Turma do STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 19.05.2009, decisão unânime – sem grifo no original)

¹⁶ Art. 212. 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.

INTERROGATÓRIO Alegação de violação ao disposto no artigo 187, § 2º, incisos II e V, do Código de Processo Penal. Ato que, ainda que praticado de outra forma, atinge seus fins. Ausência de qualquer prejuízo para o réu. Princípio da instrumentalidade das formas. 5. CERCEAMENTO DE DEFESA Indeferimento de perguntas. O direito à prova não é absoluto. Desnecessária a exposição da vida afetiva da mãe do ofendido, após a separação decorrente da revelação feita pelo filho. Ausência de alegação do réu acerca de outros motivos para cogitar de falsa acusação. 6. PARCIALIDADE DO JUÍZO Cogito defensivo de condução dos trabalhos de reconstrução histórica efetuado pelo Magistrado que teria deixado patente seu prejulgamento sobre o thema probandum. Ausência de motivos para concluir neste sentido. 7. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA Palavra do ofendido que encontra amparo nos ditos de sua genitora e também é respaldada por exame pericial e parecer psicológico e social. Ausência de motivos para cogitar de hipótese de falsa acusação. Prova suficiente para a manutenção da condenação, nos moldes proclamados pela sentença. 8. DA PENA Reavaliação das circunstâncias judiciais que permite ligeira diminuição da pena aplicada. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.¹⁷
(grifo nosso)

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. ART. 129, CAPUT, DO CP. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO CPP REJEITADA. PROVAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. LEGÍTIMA DEFESA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE EXAME COMPLEMENTAR. ATENUANTE DO ART. 65, III, "C", DO CP. INOCORRÊNCIA. ART. 129, §4º, DO CP. INAPLICABILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA. 1. A ré foi condenada pela prática do crime previsto no art. 129, caput, do CP, à pena de 04 meses de detenção, em regime inicial aberto. Em recurso, o Ministério Público postula a condenação da ré pelo crime do art. 129, §1º, I, do CP, haja vista que as provas são claras no sentido de que a ré ficou incapacitada para as suas ocupações habituais por mais de 30 dias. A defesa, por sua vez, alega, preliminarmente, a nulidade do feito por inobservância do art. 212 do CPP. No mérito, pugna pela absolvição do apelante, sustentando insuficiência probatória para ensejar a condenação. Postula, também, o reconhecimento da excludente da legítima defesa. Alternativamente, requer o reconhecimento da lesão corporal privilegiada, da atenuante do art. 65, III, "c" e o não reconhecimento da agravante da reincidência. 2. **Inquirição iniciada pelo juiz configura nulidade relativa, dependendo de arguição e demonstração de prejuízo. Prejuízo não demonstrado.** Precedentes. 3. As provas são suficientes a demonstrar que a acusada agrediu a vítima, produzindo lesões, incidindo no crime do art. 129, caput, CP. A alegação de que a ré agiu em legítima defesa não se sustenta a partir das provas produzidas, em especial pela análise das circunstâncias. Nos crimes como o em tela, a palavra da vítima ganha especial relevância. Não há nos autos exame médico complementar comprovando que a vítima ficou incapacitada de suas atividades habituais por mais de 30 dias, razão pela qual, na esteira do art. 168, §2º, do CPP, não há como afirmar que as lesões foram de natureza grave. 4. Pelas provas colhidas, não se verifica a incidência do disposto no art. 129, §4º, do CP, porquanto a ré, após discutir com a vítima, ainda foi para casa e, somente após transcorrer um considerável lapso temporal, foi ao encontro da vítima para agredi-la. Ademais, sequer restou demonstrada injusta provocação por parte da vítima. Pelos mesmos motivos, inaplicável ao caso concreto a minorante do art. 65, III, "c", do CP. 5. A agravante da reincidência é constitucional. Precedentes. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS.¹⁸
(grifo nosso)

¹⁷ Apelação Crime n. 70048469449, j. em 14 de junho de 2012, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. João Batista Marques Tovo.

¹⁸ Apelação Crime n. 70053827085, j. em 11 de setembro de 2013, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Julio Cesar Finger.

Também encontramos semelhante aforismo ao analisarmos julgados do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que transcrevemos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. DISCUSSÃO DE FATOS RELATIVOS A FEITO PRETÉRITO. POSSIBILIDADE. CRIME QUE TERIA SIDO PRATICADO PARA ASSEGURAR A IMPUNIDADE DE OUTRO DELITO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.

1. Da leitura da denúncia, verifica-se que o crime imputado ao recorrente teria sido praticado para assegurar a impunidade de homicídio de outro delito, no qual a vítima figurava como testemunha, o que revela a existência de motivos para se tratar de fatos referentes a outro processo, não havendo que se falar em violação aos princípios da correlação, do contraditório e da ampla defesa.

NULIDADE DA AÇÃO PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. EIVA RELATIVA. DEFESA SILENTE DURANTE A REALIZAÇÃO DO ATO. PRECLUSÃO.

PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO CONCRETO À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A nova redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam questionados diretamente pelas partes, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos.

2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito do processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, as provas requeridas foram produzidas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

4. **Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo**, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocardo *pas de nullité sans grief* positivado na letra do artigo 563 do Código de Processo Penal.

5. Constatando-se que a defesa do paciente permaneceu silente durante as audiências de instrução, vindo a arguir a irregularidade somente quando da impetração de habeas corpus na origem, a pretensão formulada no presente writ encontra-se fulminada pelo instituto da preclusão.

NULIDADE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. MÁCULA NÃO ARGUIDA NO MOMENTO OPORTUNO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.

PRECLUSÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. As nulidades constantes da decisão de pronúncia devem ser arguidas no momento oportuno e por meio do recurso próprio, sob pena de preclusão. Precedentes.

2. Recurso improvido.¹⁹
(grifo nosso)

¹⁹ RHC 30.110/RS, Quinta Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, j. em 20 de junho de 2013, DJe 06/08/2013.

Com relação a essa diferenciação entre nulidades absolutas e relativas, Loureiro refere que ela é inadequada, aprofundando algumas incongruências dentro do sistema e acabando por transformar defeitos substanciais em simples nulidades relativas, através de recursos retóricos.²⁰

O autor refere que a teoria que aceita essa diferenciação enxerga as nulidades absolutas como hierarquicamente superiores às relativas, sendo que apenas aquelas não poderiam ser convalidadas. Loureiro sugere, então, a eliminação dessa distinção, visto que o que seria objeto de anulação seria sempre a decisão judicial, e não o vício processual em si (de maneira que os de menor gravidade nunca chegariam a constituir nulidades), pelo que não haveria como se falar em convalidação desse vício.²¹

Além de encontrarmos decisões referendando que haveria apenas nulidade relativa em casos de desrespeito ao acusatório por parte dos magistrados com relação ao papel reservado ao julgador no interrogatório, percebemos que o STJ ainda apresenta, ao menos parcialmente, um apego ao conceito da verdade no processo. É o que extraímos do Recurso Especial 1174666/RS²², de relatoria do Ministro Og Fernandes.

Em suma, podemos perceber que, em muitos casos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o próprio Superior Tribunal de Justiça têm considerado nulidade relativa os atos tomados pelos magistrados de primeiro grau em inobservância ao sistema acusatório e o caráter não presidencialista do novo interrogatório.

²⁰ LOUREIRO, Antonio Tovo. *Nulidades e Limitação do Poder de Punir: Análise de Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 108.

²¹ LOUREIRO, Antonio Tovo. *Nulidades e Limitação do Poder de Punir: Análise de Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 108-109.

²² RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI Nº 11.690/08. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art.

212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado cross-examination, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

2. Ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, **nulidade de natureza relativa**, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o **esclarecimento da verdade real**, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes.

3. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

4. No caso, em nenhum momento, o recorrente explica qual o prejuízo causado à acusação ou à defesa pelo fato de o Juiz haver iniciado as perguntas às testemunhas ouvidas, até porque sustenta a tese de que se cuida de nulidade absoluta, que somente haveria se o Magistrado não tivesse concedido às partes a oportunidade de questioná-las diretamente, hipótese não verificada nos autos.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1174666/RS, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 31.08.2010, DJe 11/10/2010 – sem grifo no original)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O apego ao conceito de verdade ainda faz com que muitos juízes acabem adotando uma postura demasiadamente investigativa no interrogatório, desrespeitando disposições legais que se colocam conforme a Constituição e se antecipando às partes na elaboração de perguntas ao réu. Esse entendimento, conforme já analisamos, acaba, em boa parte, se mantendo nas instâncias superiores, que compreendem que nesses casos deve haver a comprovação de prejuízo para que o ato do interrogatório seja anulado.

De qualquer modo, podemos encontrar, ainda que com alguma escassez se comparado com o posicionamento que acabamos de referir, julgados que consagram o acusatório a partir do reconhecimento da nulidade, sem análise de prejuízo, nos casos em que há violação ao que dispõe o diploma processual penal no que diz respeito ao tema tratado no presente artigo.

Esperamos, dessa maneira, que essa corrente possa ganhar corpo, alinhando-se ao sistema acusatório e colocando o juiz como um terceiro alheio ao interesse das partes, que deve formar seu convencimento a partir das versões por elas trazidas, de maneira imparcial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/>.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br/>.
- CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas: Conan, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um Processo*. Belo Horizonte: Líder, 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio e Certezza*. Rivista di Diritto Processuale, v. XX, 1965.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- LOUREIRO, Antonio Tovo. *Nulidades e Limitação do Poder de Punir: Análise de Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.