

O sistema de inquirição de testemunhas no Tribunal do Júri

O presente artigo tem por objetivo uma análise do sistema de inquirição de testemunhas no procedimento bifásico do Tribunal do Júri. Os artigos 212 e 473 do Código de Processo Penal (CPP) são os instrumentos normativos que regulam a matéria no *judicium accusationis* e *judicium causae*



Denis Sampaio
defensor público

As Leis 11.690/08 e 11.689/08 conferiram novas redações,

respectivamente, aos artigos 212 e 473 do CPP, e determinaram um sistema direto de inquirição das testemunhas em detrimento do sistema presidencialista anteriormente adotado. Para quem começou a atuar no dia a dia forense após 2008, não se consegue conceber tamanho disparate: as partes faziam perguntas ao juiz e esse reperguntava às testemunhas.

O artigo 212 do CPP "andou passos à frente" comparado ao artigo 473 do CPP, pois pôs fim ao protagonismo judicial no ato de inquirição de vítimas e testemunhas, e conferiu maior responsabilidade às partes interessadas na produção da prova. Segundo a atual 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*". E no parágrafo único, prossegue o legislador: "*sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição*".

De uma simples leitura do artigo 212 do CPP, extrai-se o desiderato do legislador: as partes devem formular as perguntas que entenderem pertinentes diretamente às testemunhas. O juiz — em posição equidistante das partes — faz o controle legal do ato processual e pode fazer perguntas suplementares s não devidamente esclarecidos.



acertadamente um papel secundário na instrução probatória, como forma de garantir que a sua função precípua — julgar — seja isenta de parcialidade. As partes são as maiores responsáveis na produção da prova e, por conseguinte, devem assumir o papel central na colheita dos depoimentos testemunhais. Ao juiz incumbe o resultado dessa colheita e, portanto, a formação do juízo de valor através das múltiplas informações advindas das respostas pelas testemunhas, vítimas e peritos.

O legislador de 2008 perdeu uma grande oportunidade de também adequar o artigo 473 do CPP ao modelo acusatório de processo penal. A sua (infeliz) redação preceitua que "*prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do não as testemunhas arroladas pela acusação*".



Daniel Avelar
juiz de Direito

Uma interpretação literal desse artigo autorizaria concluir que o juiz deve

ser sempre o pioneiro na inquirição de vítimas e testemunhas durante a fase do *judicium causae*. Todavia, há muito restou consolidada a importância da interpretação sistemática e a inadmissibilidade de se compreender o sistema exegeticamente. A nossa Constituição Federal optou por um modelo acusatório de processo penal, e não se pode desprezar esse cânone hermenêutico na concretização normativa do artigo 473 do CPP.

Acrescenta-se que não se pode invocar o princípio da especialidade como gaxua para se privilegiar a literalidade do artigo 473 em detrimento da normatividade do artigo 212, na medida em que o Código de Processo Penal tem que ser interpretado à luz da matriz constitucional. Como forma de sedimentar este posicionamento, trazemos à baila o exemplo da Lei de Drogas, que determina que o réu deve ser interrogado antes da oitiva das testemunhas. Na prática, porém, é posicionamento jurisprudencial pacífico que o interrogatório do acusado deve ser o último ato instrutório, mesmo para os crimes previstos na Lei 11.343/06, pois do contrário haveria violação ao contraditório e à ampla defesa.

Defendemos, pois, como forma de garantir a imparcialidade judicial — premissa fundante do sistema acusatório — que a oitiva de testemunhas e vítimas na fase do *judicium causae* siga os ditames do artigo 212 do CPP, em razão da nítida inconstitucionalidade do artigo 473 do CPP [\[1\]](#).

Contudo, necessário se faz ingressar em outra problemática: a dificuldade de efetivação do artigo 212 do CPP até mesmo na fase do *judicium accusationis*, mesmo diante da clara redação do citado dispositivo legal, quiçá na fase do *judicium causae*.

Embora o roteiro traçado pela "nova" redação do artigo 212 do CPP — já em vigor há nove anos — nada mais seja que uma concretização da opção constitucional por um modelo acusatório de processo penal (CF, artigo 129, inciso I), nem sempre é seguido na prática forense. Sob o mito da busca da "verdade real", muitos magistrados se comportam como protagonistas durante a instrução probatória [\[2\]](#), ainda que não sejam competentes, de forma precípua, para julgar a matéria fática, como acontece em plenário do júri.

Destarte, podemos apontar um obstáculo à não aplicação do artigo 212 do CPP no *judicium accusationis* e também a sua aplicação extensiva ao *judicium causae*: a mentalidade inquisitória. É necessária a desconstrução da noção de superioridade jurídica, política e intelectual do magistrado em relação aos demais atores do processo penal — a chamada "filosofia da consciência" [\[3\]](#), base ideológica do CPP brasileiro de 1941.

O contexto histórico em que surgiu o CPP brasileiro, fortemente influenciado pela matriz fascista do CPP italiano, também conhecido como Código Rocco, propiciou o fortalecimento do Estado Juiz, etiquetado como protagonista do processo penal e, portanto, revestido de poderes instrutórios. Consoante leciona Roxin [\[4\]](#), a acumulação de poderes processuais pelo magistrado resvala em um processo penal autoritário, e foi justamente isso que aconteceu e acontece no Brasil.

O advento da Constituição de 1988 e as inúmeras reformas processuais penais, a exemplo das Leis nº 11.690/08 e nº 13.964/19, reclamam dos juristas uma viragem de mentalidade em direção à concretização do sistema acusatório, e, para tanto, é fundamental que a acusação, defesa e o órgão julgador exerçam as inconfundíveis atribuições que lhe foram constitucionalmente estabelecidos.

A atual redação do artigo 212 do CPP é mais consentânea com um processo penal democrático, de estrutura dialética, pois, à medida que determina o exame direto e cria o espaço para o exame cruzado dos depoimentos testemunhais (tema que abordaremos em outra oportunidade), garante às partes a gestão das provas, e relega ao juiz a carga residual na produção da prova oral.

Contudo, o número de recursos nos tribunais superiores acerca da violação do artigo 212 do CPP é sintomático da resistência na efetivação das mudanças legislativas que consagram o sistema acusatório.

Em um primeiro momento, como regra, os nossos tribunais superiores (v.g. STJ, HC 121.215/DF, DJe 22/2/2010) simplesmente negaram vigência à redação atual do artigo 212 do CPP. Como enunciado por Lenio Streck, "*onde está escrito 'apenas perguntas complementares', passou-se a ler, 'continuemos a fazer audiências como era antes'*" [5]. Para fazer valer o substancialismo inquisitório, a jurisprudência fazia referência aos doutrinadores que também relutavam contra o fim do sistema presidencialista.

Atualmente, já encontramos várias decisões de nossos tribunais superiores reconhecendo, como consequência do descumprimento do artigo 212 do CPP, a nulidade da audiência de instrução e dos atos subsequentes. Enumeramos, a título exemplificativo, as seguintes decisões: STF, 1ª Turma, HC 111.815/SP, relator ministro Marco Aurélio, j. em 14/11/2017; STF, 1ª Turma, HC 187.035/SP, rel. min. Marco Aurélio, j. em 6/4/2021; STF, 2ª Turma, HC 202.557/SP, rel. min. Edson Fachin, j. em sessão virtual de 25/6/2021 a 3/8/2021; STJ, 6ª Turma, HC 726.749/SP, rel. min. Sebastião Reis, j. em 6/5/2022; STJ, 6ª Turma, HC 735.519/SP, rel. min. Sebastião Reis, j. em 16/8/2022.

Por um prisma retrospectivo, é indiscutível a evolução jurisprudencial acerca da matéria ora debatida, mas ainda precisamos avançar mais. Explicamos. Inicialmente, como regra, a violação do artigo 212 do CPP era considerada mera irregularidade sem consequências jurídicas; atualmente, como ilustrado acima, os nossos tribunais superiores sinalizam a possibilidade de invalidade do ato instrutório realizado em desacordo com o referido dispositivo legal, mas condicionam o reconhecimento da nulidade à demonstração do prejuízo do réu.

Os nossos tribunais superiores se pautam no entendimento de que a inobservância do rito previsto no artigo 212 do CPP implica nulidade meramente relativa, sendo imprescindível para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação de efetivo prejuízo [6].

O enfrentamento da teoria das nulidades nos tribunais remanesce com uma base civilista, e nem sempre seus institutos são adequados às peculiaridades do processo penal. Contudo, a pretexto da permanência da Teoria Geral do Processo, faz-se uma indevida importação para o processo penal das categorias do processo civil, como é o caso do princípio *pas de nullité san grief*. Sobre a temática, aponta Alexandre Moraes da Rosa: "*A leitura que comumente se faz à regra do artigo 563 do CPP rebaixa a formalidade processual a mero adereço, na linha civilista, tendo a formalidade, entretanto, um caráter de garantia*" [7].

A "processualização civil do processo penal" escamoteia a teoria da tipicidade dos atos processuais, sob o pretexto de um argumento consequencialista de que os fins justificam os meios. Todavia, como adverte Aury Lopes Jr., no processo penal, forma é garantia [8]. As formalidades são instrumento de contenção do poder punitivo estatal, e eventual descumprimento dos comandos legais implica violação ao devido processo legal substancial, direito fundamental do réu.

O artigo 212 não é um adorno jurídico à disposição do decisionismo judicial, mas sim uma norma cogente, de aplicabilidade obrigatória, que visa assegurar a imparcialidade do magistrado. A teoria da dissonância cognitiva explica que, quando um juiz assume a iniciativa probatória, sua postura ativa contamina, muitas vezes involuntariamente, suas posteriores decisões no curso do processo.

A questão assume contorno ainda mais problemático nos julgamentos perante o Tribunal do Júri. A anacrônica redação do artigo 473 é o pretexto perfeito para a manutenção de um substancialismo inquisitorial em prejuízo à correta postura das partes e do juiz presidente [9]. Pior, o efeito prático na

postura do juiz presidente, em iniciar a inquirição, gera real influência na tomada de decisão pelo conselho de sentença.

É de se ressaltar que o atual entendimento jurisprudencial de que a violação do artigo 212 do CPP implica nulidade relativa precisa ser superado, pois quando um juiz se comporta como protagonista na audiência instrutória, resta maculada a sua imparcialidade com indiscutível prejuízo ao acusado e nítida violação do sistema acusatório.

Da mesma forma, a interpretação do artigo 473 do CPP deve ser realizada, obviamente, à luz da Constituição, bem como pela diretriz que estabelece a forma de inquirição das testemunhas (artigo 212, CPP) por ser norma específica para esta importante dinâmica probatória em um sistema acusatório.

[1] Em artigo nesta coluna intitulado "[O protagonismo judicial no plenário do júri: perguntas realizadas pelo juiz-presidente](#)", de 25 de setembro de 2021, concluímos que *"independentemente da atual redação do artigo 473 do CPP, a qual autoriza que o magistrado togado inicie os questionamentos em plenário do júri, é possível concluir que, à luz de precedentes do Supremo Tribunal Federal, o protagonismo judicial ao substituir a atuação das partes em plenário viola o devido processo legal e o sistema acusatório (CPP, artigo 3º-A), dando azo ao reconhecimento da nulidade da instrução em juízo, tenha a ação ocorrido no rito comum ou perante o Tribunal do Júri"*.

[2] Tema já enfrentado em SAMPAIO, Denis. *Valoração da Prova Penal. O problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório*. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2022, p. 106 e segs.

[3] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teoria discursiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.06.

[4] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000,p.10.

[5] STRECK, Lenio. **Por que é tão difícil "cumprir a letra da lei"? O caso do art. 212 do CPP**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-30/senso-incomum-tao-dificil-cumprir-letra-lei-art-212-cpp>. Acesso em 25/9/2022

[6] STJ, AgRg no AREsp n. 1.741.471/SP, min. rel. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, DJe 14/5/2021; STJ, AgRg no REsp nº 1.965.917/SP, min. rel. Reynaldo Fonseca, DJe 13/12/2021; STJ, RHC nº 154.359/RJ, min. rel. Laurita Vaz, 6ª Turma, DJe de 23/6/2022; STF, HC 161.225/PR, rel. min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe 15/9/2020; STF, RHC 122.467/SP, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 04.8.2014; STF, RHC 138.752/PB, rel. min. Dias Toffoli, 2º Turma, DJe 27/4/2017.

[7] ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 6ª ed. Florianópolis: Emais, 2020, p. 643.

[8] LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 488.

[9] Como já nos manifestamos anteriormente: "*O magistrado precisa assumir o seu papel de garantidor das regras do jogo, deixando que o verdadeiro protagonismo seja exercido pelas partes em um contraditório pleno e iluminado por direitos e garantias que visem auxiliar o cidadão-jurado a formar o seu convencimento sobre o caso*". PEREIRA E SILVA, Rodrigo Faucz; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. *Plenário do Tribunal do Júri*, 2ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 128.

Date Created

01/10/2022