

INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NO PROCEDIMENTO CRIMINAL

Aylton Cardoso Vasconcellos

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procurador da Fazenda Nacional.

Desde a edição da Lei nº. 11.690, de 9 de junho de 2008, que introduziu a mais importante reforma no processo penal brasileiro a partir da publicação do Código de Processo Penal, em 1941, é possível afirmar que nenhuma questão tem suscitado mais acalorado debate em sede jurisprudencial do que aquela relativa à ordem de inquirição de testemunhas e as conseqüências processuais advindas de eventual inobservância da ordem legal.

Isso ocorre em razão da atual dicção adotada no parágrafo único, do artigo 212 do Código de Processo Penal, que tem levado parte considerável da doutrina e jurisprudência a afirmar que o Juiz somente poderia formular perguntas às testemunhas após o encerramento da inquirição promovida pelas partes, i.e., Ministério Público e defesa técnica.

É que, a nova redação do *caput* desse dispositivo legal estabelece que “(...) as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha (...)” e o parágrafo único diz “(...) Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição (...)”.

Exatamente essa regra, acerca da complementação da inquirição pelo Juiz, constitui o ponto central das discussões, pois que na determinação do seu alcance e efeitos tem sido alcançados resultados divergentes, mormente se considerada a interpretação literal sem o concurso de outras formas de compreensão da norma.

Em suma, a reforma processual teria invertido a ordem de inquirição, a fim de preservar a imparcialidade do Juiz, ou nada teria se modificado, a não ser a possibilidade de as partes formularem diretamente suas perguntas às testemunhas?

Representativo da primeira hipótese é o entendimento sustentado em julgamento realizado em 19 de maio de 2009, pela C. Quinta Turma do E. **Superior Tribunal de Justiça**, Relator o eminente Ministro Jorge Mussi, nos autos do Habeas

Corpus nº. 121.216-DF, de cuja ementa se transcreve o trecho seguinte:

“(…) *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.

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. (...)”

Em seu voto, o eminente Ministro Jorge Mussi afirma que o dispositivo legal em foco teria introduzido em nosso ordenamento jurídico o sistema adversarial anglo-americano, no qual se dá primeiro a chamada “direct examination”, i.e., a inquirição pela parte que arrolou a testemunha, seguida da “cross examination”, momento em que a testemunha é inquirida pela parte contrária, tudo de forma direta, sem que as perguntas sejam requeridas ao Juiz.

Defende, ainda, que a inversão da ordem de inquirição das testemunhas induz a declaração de nulidade da sentença condenatória, uma vez que, tendo sido condenado o réu em sentença proferida com base na prova colhida sem a observância do devido processo legal, resta evidente o prejuízo à sua defesa, mostrando-se irrelevante a

classificação da nulidade como absoluta ou relativa.

No âmbito do E. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, essa linha de pensamento foi acolhida em precedentes da C. Quinta Câmara Criminal e C. Sétima Câmara Criminal, conforme v. Acórdãos proferidos nos autos do Habeas Corpus nº. 0046284-52.2009.8.19.0000, Relator o eminente Desembargador Geraldo Prado, julgamento realizado em 11/02/2010, e nos autos da Apelação nº. 0080493-44.2009.8.19.0001, Relatora a eminente Desembargadora Márcia Perrini Bodart, julgamento realizado em 09/03/2010.

Todavia, em sentido diametralmente oposto, se posiciona a C. Sexta Turma do E. **Superior Tribunal de Justiça**, como se verifica no v. Acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº. 151357-RJ, julgamento realizado em 21/10/2010, Relator o eminente Ministro Og Fernandes, de cuja ementa se transcreve o trecho seguinte:

“(…) 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. (...)”

(…) Entretanto, 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 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. (...)”

Em seu voto, com fundamento na interpretação sistemática, e amplo suporte doutrinário, o eminente Ministro Og Fernandes defende que a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal não afastou a possibilidade de o Juiz iniciar a inquirição de testemunhas, ressalvando, apenas, que no novo sistema as perguntas passaram a ser formuladas diretamente pelas partes, que não se sujeitam mais à intermediação pelo Juiz.

No âmbito do E. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, essa outra linha de pensamento foi acolhida em precedentes da C. Primeira Câmara Criminal, C. Segunda Câmara Criminal, C. Terceira Câmara Criminal, C. Quarta Câmara Criminal, C. Sexta Câmara Criminal, C. Sétima Câmara Criminal e C. Oitava Câmara

Criminal, conforme v. Acórdãos proferidos nos autos da Apelação nº. 0004516-39.2009.8.19.0068, julgamento realizado em 07/06/2010, Relator o eminente Desembargador Marcus Basílio; Apelação nº. 0012317-26.2008.8.19.0202, julgamento realizado em 11/05/2010, Relatora a eminente Desembargadora Kátia Jangutta; Apelação nº. 0008156-56.2009.8.19.0066, julgamento realizado em 13/07/2010, Relator o eminente Desembargador João Carlos Guimarães; Apelação nº. 0235710-80.2009.8.19.0001, julgamento realizado em 24/08/2010, Relatora a eminente Desembargadora Nilza Bitar; Correição Parcial nº. 0167261-41.2007.8.19.0001, julgamento realizado em 10/03/2009, Relator o eminente Desembargador Antonio Jayme Boente; Apelação nº. 0086508-29.2009.8.19.0001, julgamento realizado em 15/12/2009, Relator o eminente Desembargador Siro Darlan de Oliveira; e Apelação nº. 0048745-19.2008.8.19.0004, julgamento realizado em 10/12/2009, Relatora a eminente Desembargadora Denise Rolins Lourenço.

É importante frisar que a C. Primeira Turma do E. **Supremo Tribunal Federal**, já enfrentou a controvérsia ora examinada, em julgamento realizado em 03/08/2010, por unanimidade, nos autos do Habeas Corpus nº. 103.525, Relatora a eminente Ministra Cármen Lúcia, sustentando que a inobservância da ordem de inquirição de testemunhas deve ser argüida em alegações finais, por constituir nulidade relativa, devendo ser demonstrada, pela parte que suscita o vício, a ocorrência de prejuízo concreto, conforme ementa a seguir transcrita, na íntegra, *verbis*:

“(…) EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA, QUE, SOMENTE DEPOIS, PERMITIU QUE AS PARTES INQUIRISSEM AS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. A magistrada que não observa o procedimento legal referente à oitiva das testemunhas durante a audiência de instrução e julgamento, fazendo suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes inquiram as testemunhas, incorre em vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deve ser arguido oportunamente, ou seja, na fase das alegações finais, o que não ocorreu.
2. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.
3. Ordem denegada. (...)”

O atento exame dos precedentes acima citados revela o atual panorama

jurisprudencial, em que se constata, inicialmente, uma divisão na orientação adotada nos arestos oriundos do E. **Superior Tribunal de Justiça** acerca do tema em foco; a consolidação da jurisprudência majoritária no E. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** no sentido de não constituir nulidade a inquirição de testemunhas, em primeiro lugar, pelo Juiz; e o equilibrado posicionamento do E. **Supremo Tribunal Federal**, o qual admite a existência de nulidade na hipótese, entretanto, nulidade relativa, e condiciona o seu reconhecimento à demonstração de prejuízo concreto para a parte que suscita o vício.

Com relação a este último posicionamento, merece registro que, após o julgamento realizado pelo **Supremo Tribunal Federal**, ocorreu a evolução do entendimento anteriormente adotado pela C. Quinta Turma do E. **Superior Tribunal de Justiça**, a qual passou a considerar meramente hipótese de nulidade relativa a inversão da ordem de formulação de perguntas na audiência de instrução e julgamento, conforme se depreende do exame do v. Acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº. 163.428-DF, julgamento realizado em 21/06/2011, Relator o eminente Ministro Jorge Mussi, de cuja ementa se transcreve o trecho seguinte, *verbis*:

“(...) 4. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal cuida-se de vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração da ocorrência do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado pas de nullité sans grief positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal, nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo (Precedentes STJ e STF).

5. Constatando-se que a defesa do paciente permaneceu silente durante a audiência de instrução e julgamento, vindo a arguir a irregularidade somente nas alegações finais, a pretensão do impetrante de invalidação da instrução criminal encontra-se fulminada pelo fenômeno da preclusão. (...)”.

Como se vê, superada a divisão inicial nos entendimentos sustentados em decisões do **Superior Tribunal de Justiça**, a jurisprudência predominante, no âmbito dos tribunais superiores, passou a adotar, na hipótese, a teoria do prejuízo, segundo a qual, no magistério de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

“(...) A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples

possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação. (...)”¹

Essa orientação também vem sendo adotada em recentes decisões do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e.g., *Habeas Corpus* n°. 0008996-023.2011.8.19.0000, julgamento realizado em 12/04/2011, pela C. Terceira Câmara Criminal, Relatora a eminente Desembargadora Suimei Meira Cavalieri, e *Habeas Corpus* n°. 0004939-38.2011.8.19.0000, julgamento realizado em 29/03/2011, pela C. Segunda Câmara Criminal, Relator o eminente Desembargador Murta Ribeiro.

Contudo, apesar das cultas lições que se extraem dos arestos já proferidos pelos Tribunais, a determinação do melhor entendimento acerca desse tema parece carecer, ainda, de debate mais aprofundado, no qual deve ser examinada a evolução das normas processuais penais e sua interpretação sistemática, a fim de assegurar o necessário embasamento científico à conclusão sobre o alcance e efeitos da nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal.

A primeira observação que se impõe, nesse sentido, é que o Código de Processo Penal, vigente desde 1941, jamais estabeleceu qualquer previsão expressa acerca da ordem de inquirição de testemunhas, exceto no que se refere ao procedimento do júri.

Com efeito, em sua redação original, o artigo 212 do Código de Processo Penal estabelecia, tão-somente, que “(...) *As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à 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. (...)*”.

Essa disposição legal tinha por escopo instituir o sistema presidencialista, como se verifica da leitura da **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**, publicada em 13/10/1941:

“(...) O sistema de inquirição de testemunhas é o chamado presidencial, isto é, ao juiz que preside à formação da culpa cabe privativamente fazer perguntas diretas à testemunha. As perguntas das partes serão feitas por intermédio do juiz, a cuja censura ficarão sujeitas. (...)”

Em suma, na concepção do legislador processual penal, o sistema presidencialista se caracterizava essencialmente pelo fato de as partes submeterem suas perguntas ao Juiz, e não necessariamente pela ordem em que os sujeitos processuais

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 33.

procedem à inquirição, inclusive silenciando a esse respeito.

Tanto é assim que, segundo a lição do saudoso Professor **José Frederico Marques**,² era necessário recorrer às regras previstas no Código de Processo Civil para a correta integração das normas relativas à ordem em que as perguntas eram formuladas e sua transcrição, caso indeferidas pelo Juiz.

Ora, a interpretação extensiva e aplicação analógica da lei processual penal sempre foi admitida pelo artigo 3º., do Código de Processo Penal, de modo que o início da inquirição de testemunhas pelo Juiz era decorrência natural da interpretação das normas contidas no artigo 246 do Código de Processo Civil de 1939, do artigo 416 do Código de Processo Civil de 1973, e também dos artigos 467 e 468 do Código de Processo Penal (relativos ao procedimento do júri), então vigentes.

Atente-se que a ordem de inquirição de testemunhas no procedimento do júri prevista na redação original do Código de Processo Penal foi preservada na reforma introduzida pela Lei nº. 11.689, de 9 de junho de 2008, a qual modificou a redação do artigo 473 do Código de Processo Penal, que passou a apresentar o seguinte teor:

“(…) Art. 473. 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 ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

§1º., Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo. (...)”

A leitura do novo texto legal leva a concluir que a única modificação efetiva introduzida pela legislação de reforma no procedimento do júri, neste particular, consiste na previsão expressa de inquirição direta das testemunhas pelas partes, conservando, entretanto, a ordem de inquirição anteriormente prevista, que se inicia com as perguntas do Juiz.

Se mesmo no procedimento do júri, em que a apreciação da prova é feita pelos jurados, o legislador decidiu determinar que a inquirição de testemunhas continue a ter início com as perguntas do Juiz, seria razoável admitir que nos demais procedimentos, em que o Juiz é o destinatário da prova, essa prerrogativa lhe seja negada?

² MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2003. V. II. P.407.

Evidente que a resposta a essa indagação será sempre negativa, pois se o legislador tivesse a intenção de transformar o Juiz em mero expectador da atividade probatória das partes, o primeiro procedimento que deveria sofrer essa mutação seria exatamente aquele em que o Juiz não é o destinatário da prova, mas os jurados.

Na realidade, a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal está em sintonia com a nova redação do artigo 473 do mesmo Código, no qual se vislumbra apenas a adoção da inquirição direta das testemunhas pelas partes, entretanto, sem modificação da ordem de formulação das perguntas.

Nem mesmo o teor do parágrafo único, do artigo 212 do Código de Processo Penal poderia induzir a conclusão diversa.

Isso porque no anterior sistema presidencialista, como as partes requeriam suas perguntas ao Juiz e este as formulava à testemunha, nessa operação o magistrado naturalmente complementava os pontos que necessitavam de esclarecimento e já os incluía na perguntas formuladas à testemunha, sendo desnecessário complementar a inquirição à qual ele mesmo procedeu, ainda que se tratassem de perguntas requeridas pelas partes.

Por outro lado, no novo sistema, em que se dá a inquirição direta, as partes estão livres para enfatizar pontos que interessam mais à acusação e defesa e omitir aspectos que não aproveitem à sua tese, razão pela qual o Juiz, destinatário da prova, freqüentemente terá a necessidade de esclarecer pontos abordados de forma incompleta pelas partes, ao término da inquirição direta, o que é uma decorrência natural do novo método de inquirição direta pelas partes.

Todavia, isso não significa, de modo algum, que o Juiz não tenha a obrigação de inquirir a testemunha em primeiro lugar.

Em suma, o parágrafo único, do artigo 212, do Código de Processo Penal, tem por escopo apenas regulamentar o funcionamento da inquirição direta e não inovar a ordem em que os sujeitos processuais formulam suas perguntas.³

³ Nesse sentido se posiciona abalizada doutrina, conforme se verifica em NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 479-480: “(...) a lei 11.690/2008 eliminou o sistema presidencialista de inquirição das testemunhas (...) Tal inovação, entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. A nova redação dada ao art. 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que “as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha”, agora se diz que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha (...)”. Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. Porém, quanto às perguntas das partes (denominadas reperfuntas na prática forense), em lugar de passarem pela

Antes da reforma processual, as disposições constantes do procedimento do júri eram aplicadas analogicamente para regular a ordem de inquirição de testemunhas nos demais procedimentos criminais.

E, após a reforma processual, instituída pela Lei nº. 11.689, de 9 de junho de 2008, continua a ser assim, mesmo porque, no único dispositivo em que o legislador de reforma regulamentou a ordem de inquirição de testemunhas (artigo 473 do Código de Processo Penal), o fez de forma bem clara, mantendo a ordem anteriormente em vigor.

Além disso, observa-se que no procedimento do júri o legislador de reforma adotou disciplina uniforme quanto à ordem de inquirição, em relação à perguntas formuladas pelo Juiz ao ofendido, testemunhas e ao próprio acusado.

Paralelamente, o artigo 188 e o *caput* do artigo 201, ambos do Código de Processo Penal, não foram modificados pela legislação de reforma, mantendo-se a ordem de inquirição relativa ao ofendido e ao acusado, nos demais procedimentos criminais, i.e., com as perguntas sendo formuladas pelo Juiz, em primeiro lugar, e apenas posteriormente pelas partes.

Na verdade, não haveria sentido em se modificar a ordem de inquirição, nos demais procedimentos criminais, apenas no tocante às testemunhas, proibindo-se o Juiz de começar a inquirição, porém mantendo a disciplina anterior no tocante ao ofendido e ao acusado - em que é incontroverso que em todos os procedimentos criminais as primeiras perguntas a estes devem ser formuladas pelo Juiz - e como se não bastasse essa incongruência, ainda estabelecer que, apenas no único procedimento em que a prova não se destina ao Juiz (procedimento do júri), neste sim o magistrado começaria a inquirição.

Por se tratar de elemento fundamental do procedimento de instrução relativo à produção de prova oral, a uniformidade da ordem de inquirição é inerente a um sistema processual que pretenda conservar sua coerência lógica.

Quisesse o legislador inovar a ordem de inquirição, o faria em relação a oitiva de todos os envolvidos na ação penal, sejam os ofendidos, os réus ou as testemunhas, em todos os procedimentos.

intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente às testemunhas. Depois que o magistrado esgota suas indagações, passa a palavra à parte que arrolou a pessoa depoente. Se se trata de testemunha da acusação, começa a elaborar as reperguntas o promotor, diretamente à testemunha. Tratando-se de testemunha da defesa, começa a reinquirição o defensor, diretamente à testemunha. Após, inverte-se. Finalizadas as perguntas do promotor à testemunha de acusação, passa-se a palavra ao defensor (se não houver assistente de acusação, que tem precedência). O mesmo se faz quando o defensor finaliza com a sua inquirição; passa-se a palavra ao promotor e, depois, ao assistente, se houver. (...)”

Isso, entretanto, não ocorre.

Há ainda outros elementos a serem ponderados, no sentido da manutenção da ordem de inquirição adotada desde a publicação do Código de Processo Penal.

É que, a ordem de formulação de perguntas, principalmente no tocante à inquirição das testemunhas de acusação, guarda estreita ligação com a formação e o desenvolvimento do processo penal.

Como se sabe, o Ministério Público formula a denúncia e, antes de ouvir o réu, o Juiz exerce o juízo de admissibilidade da acusação, e somente se receber a denúncia é que ordena a citação do réu para responder à acusação (artigo 396 do Código de Processo Penal).

Da mesma forma, não apenas no tocante à peça inicial, mas também no que se refere às provas em geral, o Juiz deve exercer juízo de admissibilidade quanto à sua licitude e idoneidade, antes de autorizar a utilização de tais elementos de convicção em detrimento do réu, no curso de um processo criminal.

No tocante à prova testemunhal em particular, as providências básicas pertinentes à apreciação relativa à sua admissibilidade e idoneidade estão previstas no artigo 203 do Código de Processo Penal, o qual determina:

“(…) A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com quaisquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se sua credibilidade. (...)”

Ao exigir da testemunha declarações obrigatórias, no início de seu depoimento, o legislador, de forma implícita, impõe ao Juiz que formule as perguntas necessárias à sua obtenção, a fim de assegurar a regularidade do procedimento.

Dentre as perguntas obrigatórias, se inclui indagar à testemunha acerca de seu conhecimento sobre os fatos, solicitar que declare o que souber e as circunstâncias pelas quais se possa avaliar sua credibilidade, ou seja, as perguntas básicas e usuais em qualquer depoimento de testemunha em processo criminal.

É possível concluir, portanto, que não somente o Juiz tem o dever de iniciar

a inquirição, mas também existem perguntas obrigatórias, que o magistrado deve formular, sob pena de nulidade da prova, eis que, em um sistema de processo penal destinado a assegurar as liberdades fundamentais do indivíduo, não é possível delegar tão-somente à atividade das partes a função de aferir a credibilidade das testemunhas.

Outrossim, às vezes ocorre de a questão submetida a julgamento carecer de complexidade probatória e sua elucidação acabar mesmo se esgotando no relato inicial da testemunha sem muitos esclarecimentos, de forma que não raro o Ministério Público e a Defesa técnica se abstêm de formular perguntas, louvando-se naquelas feitas pelo Juiz.

Noutros casos, embora de maior complexidade, são ouvidas muitas testemunhas sobre os mesmos fatos, sendo formuladas a todas elas idênticas perguntas pelas partes e pelo Juiz, a fim de aferir a credibilidade das mesmas e a exatidão dos seus relatos, e então nos depoimentos seguintes o magistrado, a fim de garantir a celeridade da oitiva e com a concordância das partes, desde logo formula as perguntas que já se sabe serão feitas pela acusação e defesa, até porque formuladas nos depoimentos anteriores.

Tanto na primeira quanto nesta última hipótese, não é possível atribuir ao juiz a pecha de “inquisidor”, visto que este apenas exerce atividade fundamental para a legitimidade do processo, e no último caso tem em vista o cumprimento de regra constitucional expressa,⁴ bem como atua todo o tempo sob o crivo do contraditório, visto que às partes é permitido impugnar, na assentada, qualquer ato processual praticado na audiência que entendam prejudicar seus direitos processuais ou materiais.⁵

Ademais, caso o Juiz somente formule suas perguntas após a inquirição levada a efeito pelas partes, estará presente o risco de prejuízo à defesa do acusado, pois que, na inquirição das testemunhas de acusação, é essencial que à defesa seja garantida a prerrogativa de perguntar por último, após o pleno conhecimento da prova produzida em seu detrimento, não somente por iniciativa da acusação, mas também em razão das indagações que tenham sido formuladas pelo juiz, no início da inquirição.

Negar à defesa essa prerrogativa significaria introduzir perigoso elemento de desequilíbrio na situação jurídica das partes no processo.

⁴ O inciso LXXVIII, do artigo 5º., da Constituição da República, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁵ Com relação à importância de se aferir o conteúdo das perguntas formuladas pelo Juiz, independente das questões relativas à ordem de inquirição, merece destaque o v. Acórdão proferido pelo **Superior Tribunal de Justiça**, nos autos do *Habeas Corpus* nº. 166.527-SP, julgamento realizado em 19/05/2011, Relator o eminente Ministro Gilson Dipp.

Há que se ponderar que o inciso LV, do artigo 5º., da Constituição assegura ao réu ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o que certamente não será observado se o juiz iniciar suas perguntas por último, com o risco de surpreender a Defesa com fatos novos que possam prejudicar a prova já produzida por sua iniciativa.

Com relação a esse aspecto, merece destaque o v. Acórdão proferido pela 8ª. Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação nº. 0000715-69.2009.8.19.0051, Relator o eminente Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, julgamento realizado em 24/03/2010, de cuja ementa se transcreve o trecho seguinte:

“(…) Nenhuma dúvida pode pairar sobre possível ausência do efetivo exercício da defesa técnica e da ampla defesa quando aquela é a última a inquirir a testemunha. Há até mais prejuízo no modelo em que o magistrado por último indaga, complementando a inquirição, pois dali pode ser colhida informação até então não havida e em prejuízo da defesa. Afinal, repita-se, o magistrado não é mero expectador e está em busca da verdade ou então teremos um arremedo de justiça. (...)”

Nesse sentido, a interpretação do parágrafo único, do artigo 212, do Código de Processo Penal deve ser feita de forma compatível com a Constituição, o que não ocorrerá se a inquirição pelo Juiz for realizada apenas ao término da inquirição direta promovida pelas partes.

Por todo o exposto, é imperioso concluir que a reforma processual penal não modificou o procedimento criminal no tocante à ordem de inquirição de testemunhas, limitando-se a introduzir o método da inquirição direta pelas partes, e, sobretudo, que não induz a caracterização de nulidade (nem mesmo relativa) o simples fato de a inquirição de testemunha ter início com a formulação de perguntas por iniciativa do Juiz, pois essa é a ordem prevista na Lei processual.