

**ENTRE JUÍZES E “SEMIDEUSES”: A NULIDADE DA INICIATIVA
PROBATÓRIA JUDICIAL NA COLETA DO TESTEMUNHO SOB A ÓTICA DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹**

***BETWEEN JUDGES AND “DEMIGODS”: THE NULLITY OF THE JUDICIAL
PROBATORY INITIATIVE IN THE TESTIMONY COLLECTION FROM THE
VIEWPOINT OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND THE SUPREME
FEDERAL COURT***

Luanna Tomaz de Souza

Pós-Doutora em Direito (PUC-RIO). Doutora em Direito (Universidade de Coimbra). Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará- UFPA. Coordenadora do NEIVA (Núcleo de Estudos Interdisciplinares da Amazônia), da Clínica de Atenção à Violência e do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia. Belém-PA. E-mail: luannatomaz@ufpa.br

Vinicius Lima Costa

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Servidor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). Brasília/DF. E-mail: vinicius16.vlc@gmail.com.

RESUMO: Pretende-se analisar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto à nulidade decorrente da iniciativa probatória judicial na produção da prova testemunhal, em violação ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei n. 11.690/2008. Utilizando-se do método indutivo e mediante pesquisa jurisprudencial de base quali-quantitativa, buscou-se verificar se o entendimento

¹ Artigo recebido em 21/12/2020 e aprovado em 31/05/2021.

exarado por essas Cortes encontra conformação na Constituição, partindo-se do modelo de sistema processual penal por ela adotado e dos limites da teoria das nulidades processuais penais. Conclui-se que as Cortes reproduzem um entendimento que não tem como fundamento o sistema acusatório instituído pela Constituição que serviu de baliza para a modificação do rito legal de produção da prova testemunhal, mas, sim, no formalismo inquisitório ainda vigente na legislação processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: Inquirição de testemunhas. Nulidades processuais penais. Sistemas processuais penais. Pesquisa jurisprudencial.

ABSTRACT: It is intended to analyze the understanding of the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court regarding the nullity resulting from the judicial evidential initiative in the production of testimonial evidence, in violation of the article in art. 212 of the Criminal Procedure Code, with the wording of Law n. 11.690/2008. Using the inductive method and through jurisprudential research with a quali-quantitative basis, it was sought to verify whether the understanding established by these Courts finds conformity in the Constitution, starting from the model of criminal procedural system adopted by it and the limits of the theory of criminal procedural nullities. It is concluded that the Courts reproduce an understanding that is not based on the accusatory system established by the Constitution which served as a guideline for the modification of the legal rite of producing testimonial evidence, but, rather, without inquisitorial formalism still in force in criminal procedural legislation.

KEYWORDS: Witness inquiry. Criminal procedural nullities. Criminal procedural systems. Jurisprudential analysis.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A opção constitucional pelo sistema acusatório: contraste com a inquisitorialidade do CPP; 2. O sistema de nulidades processuais penais; 3. A prova testemunhal e a interpretação do art. 212 do CPP; 4. Nulidades, testemunho e o posicionamento das Cortes; 5. Considerações finais.

Introdução

A Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, operou uma micro-reforma no Código de Processo Penal (CPP), alterando diversos de seus dispositivos relacionados às provas, dentre os quais o art. 212². O dispositivo em questão estabeleceu um novo rito de produção da prova testemunhal, ao determinar às partes (Ministério Público e defesa) a prerrogativa de formular perguntas diretamente, cabendo ao/a juiz/a, conforme o seu parágrafo único, somente o papel subsidiário de complementar a inquirição quanto aos pontos não esclarecidos.

A nova técnica substituiu o sistema presidencialista, antigo método de produção da prova testemunhal, cuja tônica era eminentemente inquisitória, uma vez que o/a juiz/a detinha o papel de intermediar a formulação de perguntas à testemunha. Com o novo modelo, o propósito legislativo foi conferir protagonismo às partes na coleta do testemunho, assegurando o exercício do contraditório e a imparcialidade do julgador, em conformidade com o sistema acusatório erigido pela Constituição Federal (CF) de 1988, que tem sua maior expressão no art. 129, inciso I³, ao conferir a titularidade do exercício da ação penal ao Ministério Público, e não ao/a juiz/a⁴. Sob esse ponto de vista, com a cisão constitucional das funções de acusar, defender e julgar, erigiu-se o princípio acusatório no processo penal.

Todavia, a partir do início da vigência da norma, muitos/as magistrados/as resistiram em adotar os termos estritos do art. 212 do CPP. Alguns continuaram a adotar o antigo sistema, outros procediam à inquirição antes, durante ou mesmo após as partes, sem se circunscrever ao poder-dever de complementação da inquirição ao final, restringindo-se aos pontos não esclarecidos, nos termos do preceito legal⁵.

Os tribunais brasileiros chancelaram tais comportamentos, ora argumentando tratar-se de mera nulidade relativa e requerendo a prova do prejuízo, ora afirmando que a interpretação sistemática do CPP autorizava o/a juiz/a proceder a quaisquer

² 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.”

³ Art. 129. “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” [...]

⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233.

⁵ TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. Ainda sobre o artigo 212 do Código de Processo Penal. *Empório do Direito*. 26/02/2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/ainda-sobre-o-artigo-212-do-codigo-de-processo-penal-por-paulo-silas-taporosky-filho>. Acesso em: 1 maio 2021.

questionamentos, como antes era a praxe. Esses comportamentos tiveram repercussão direta e expressiva no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF).

Questiona-se, no presente trabalho, se o entendimento que foi externado pelo STJ e STF, a partir do início da vigência da Lei n. 11.690/2008, no que tange à nulidade decorrente da aplicação do art. 212 do CPP, encontra aderência no modelo acusatório adotado pela Constituição. Para tanto, partindo-se do método indutivo, com aporte bibliográfico e documental, buscou-se inicialmente (a) investigar qual o sistema processual penal adotado pelo Brasil; e (b) analisar o modelo de nulidades processuais penais do CPP, a fim de se levantar as premissas teóricas necessárias à análise crítica dos julgados.

Na sequência, realizou-se pesquisa jurisprudencial de base quali-quantitativa nos repositórios de jurisprudência do STJ e do STF. Empregando-se como parâmetro principal de pesquisa o dispositivo do art. 212 do CPP, foram coletados 176 acórdãos no período compreendido entre 09/08/2008 a 09/05/2020, amostra que foi submetida a análise empírica mediante sistematização em planilhas eletrônicas.

1. A opção constitucional pelo sistema acusatório: contraste com a inquisitorialidade do CPP

O direito processual penal rege-se por um sistema, que estrutura suas bases, dando as diretrizes essenciais para a atuação dos sujeitos (juiz/a, acusação e defesa). No Brasil, a definição de qual o sistema processual penal adotado – se acusatório, inquisitório ou misto – não tem consenso, principalmente em virtude do contraste existente entre o Código de Processo Penal de 1941, cujas bases são inquisitórias, e a Constituição, que adotou uma estrutura acusatória, exigindo-se inicial distinção entre os modelos existentes.

Para Coutinho⁶, os sistemas processuais penais inquisitório e acusatório são orientados, respectivamente, pelos princípios inquisitivo e dispositivo (ou acusatório). Esses princípios, por sua vez, são regidos por aquilo que o autor denomina critério da gestão da prova. Pelo princípio inquisitivo, a gestão da prova, isto é, a iniciativa probatória se encontra não somente sob o poder da acusação, mas principalmente do/a juiz/a. Não há equidistância

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998, p. 165.

deste em relação às partes, já que o/a julgador/a protagoniza a produção das provas, ao mesmo tempo em que é o responsável por dar o provimento jurisdicional.

Por outro lado, o princípio acusatório ensina que a iniciativa probatória é deferida exclusivamente às partes, havendo nítida a separação das atividades de acusar, defender e julgar⁷. Do/a julgador/a, exige-se necessário distanciamento, sobretudo da acusação, e passividade em relação atividade probatória⁸. Dessa forma, a gestão da prova assume papel importante para a diferenciação dos sistemas processuais. Até porque é perfeitamente possível haver demarcação formal do espaço ocupado por cada sujeito processual, mas, na prática, os poderes instrutórios estarem nas mãos de um único ator⁹.

No sistema inquisitório, o exercício do poder de punir estatal é materializado na figura judicial, que tem essenciais poderes de investigação, enquanto o réu cumpre papel de mero prestador de contas, transformando-se o processo no que Cordero¹⁰ denomina “sonda psíquica”. Há a proeminência da figura do/a julgador/a e uma certa subalternidade das partes quanto à atividade probatória, além de excessiva preocupação com a economia processual¹¹.

Um dos princípios fundantes do processo penal inquisitório está na busca da verdade real (ou material), que cria entre os sujeitos processuais a concepção segundo a qual é possível reproduzir fidedignamente nos autos o real desenvolvimento o delito. Segundo Kalhed Jr.¹², a verdade real é típica de regimes autoritários. A ânsia pelo seu alcance dispensa qualquer compromisso os trâmites legais, isto é, com os atos praticados no curso do processo, que não seguem regras específicas, pois há uma preocupação maior com o resultado, seja como ele for obtido¹³. Com esse repertório, a tarefa do/a juiz/a será empreender os esforços necessários à obtenção da verdade, podendo lançar mão de qualquer artifício¹⁴.

⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

⁸ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 16.

⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

¹⁰ CORDERO, 1986, p. 329 apud CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18.

¹¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 136.

¹² KALHED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016, p. 435-436.

¹³ CORDERO, 2000, p. 264 apud KALHED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016, p. 158.

¹⁴ CORDERO, 1986, p. 329 apud CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18.

Já o sistema misto carrega uma dualidade: fase pré-processual (investigatória) de viés inquisitório, onde não é admitido o contraditório, e fase processual (ação penal) acusatória. Trata-se de uma falácia, como observa Carvalho¹⁵, ao dizer que o sistema misto apenas alterou a forma do processo, mas manteve incólume a essencialidade inquisitória, simplesmente porque não houve como conciliar sistemas tão contrastantes como o inquisitório e o acusatório, de modo que, ao final, prevaleceu a estrutura inquisitória. Esse modelo permite ao/a julgador/a trazer o inquérito, elaborado na fase pré-processual à fase processual, podendo utilizá-lo para basear sua decisão final¹⁶.

Para Coutinho¹⁷, não se pode conceber um sistema misto, porque não existe um princípio misto, que congregue gestão da prova sob a incumbência das partes e do julgador. Caracterizar-se como misto, na verdade, significa ser acusatório ou inquisitório, o que seria definido pela presença de outros elementos secundários orbitando em torno do princípio unificador adotado (inquisitivo ou dispositivo).

No modelo acusatório, diferentemente, o poder de punir advindo do Estado é exercido garantindo-se os direitos ao acusado e assegurando-se a participação ativa dos outros atores processuais (órgão-acusador e acusado), na construção coparticipativa do provimento jurisdicional¹⁸. O/a juiz/a tem apenas a função de julgar, exercendo papel de mero árbitro diante das provas, sem qualquer interesse em diligenciar na sua busca¹⁹. Também não dispõe de carga probatória, que é atribuída a um ator distinto, qual seja, o Ministério Público, preservando, assim, a sua imparcialidade²⁰. Ao mesmo tempo, blinda-se o acusado de direitos e garantias, que funcionam como mecanismo de contenção ao natural autoritarismo que advém do poder de punir estatal.

Nesse sistema, o/a juiz/a adentra no processo predisposto a absolver, pois incumbe à acusação derrubar o manto da presunção de inocência, trazendo as provas necessárias à

¹⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53-54.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46, n. 183, p. 103-115, 2009, p. 103-110.

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998, p. 167.

¹⁸ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 139.

¹⁹ KALHED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016, p. 155.

²⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 33.

condenação, diferentemente do modelo inquisitório, onde o/a magistrado/a ingressa com a predisposição de condenar, buscando os elementos necessários para tanto²¹. Não há, nesse caso, a proteção conferida pela imparcialidade ao imputado.

Feita essa inicial digressão, é possível observar que o CPP apresenta marcas de um processo penal inquisitorial²², o que é percebido de sua própria Exposição de Motivos, ao professar que o/a juiz/a será responsável “não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade”²³. Com essa retórica, a legislação reproduziu o autoritarismo da época, garantindo ampla gestão probatória a quem julga.

Atualmente, existe um evidente contraste entre o modelo constitucional de processo adotado e aquele ainda vigente no Código de 1941²⁴. Esse contraste estaria nas disposições processuais penais que dão vivacidade ao princípio inquisitivo. Não sem razão, o CPP ainda irradia regras que deferem ao juízo iniciativa probatória, tendo poderes, por exemplo, para requisitar a abertura de inquérito (art. 5º, II²⁵), determinar a produção antecipada de provas e a realização de diligências (art. 156²⁶), realizar, de ofício, novo interrogatório (art. 196²⁷) e ouvir testemunhas além daquelas indicadas pelas partes (art. 209²⁸).

De forma diametralmente oposta, a Carta de 1988 trouxe uma principiologia que visa a proteger a pessoa acusada contra o autoritarismo do Estado, o que vai de encontro às normas do CPP que ainda conferem protagonismo judicial. A par do viés nitidamente

²¹ KALHED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016, p. 163.

²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46, n. 183, p. 103-115, 2009, p. 109-110.

²³ BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro. Exposição de motivos do Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 13 out. 1941.

²⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233.

²⁵ Art. 5º. “Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: [...] II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

²⁶ Art. 156. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

²⁷ Art. 196. “A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”.

²⁸ Art. 209. “O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.

inquisitório da legislação processual, é possível notar que a Constituição trouxe as bases necessárias à estruturação de um modelo acusatório de processo penal.

De fato, embora não haja previsão expressa, a opção pelo modelo acusatório decorre de interpretação sistemática da Constituição. Além da titularidade exclusiva da ação penal, existem uma série de outras regras constitucionais que denotam a preferência por uma configuração acusatória de processo penal, tais como o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV); o devido processo legal (art. 5.º, LIV); a presunção de inocência (art. 5.º, LVII); a vedação da obtenção de provas por meios ilícitos (art. 5.º, LVI); e a exigência de publicidade dos atos processuais e fundamentação das decisões judiciais (art. 5.º, LX e art. 93, IX).

As referidas regras constitucionais constituem-se balizas para a formação de um modelo acusatório constitucional, quer porque alijam o julgador da atividade probatória, quer porque conferem direitos e garantias processuais que merecem ser rigorosamente observadas em todo o curso da persecução penal.²⁹

O modelo acusatório também é evidenciado pelo fato de a Constituição de 1988 ter delimitado, topograficamente, os espaços normativos do julgador (art. 92 ao 126), do Ministério Público (art. 127 ao 130-A) e da defesa (art. 133 ao 135), ao positivar as prerrogativas e responsabilidades de cada um desses sujeitos processuais. Com lugares definidos, em relação a cada ator do processo, não há dúvida de que o constituinte optou por uma estrutura acusatória. É por isso que Coutinho³⁰ defende que cada parte do processo deve assumir o lugar que lhe foi reservado pela Constituição (o/a juiz/a deve julgar, o Ministério Público, acusar e a defesa, defender) e dele não se afastar, imiscuindo-se no lugar do outro.

O primado democrático da Constituição de 1988 exige que o sistema jurídico-processual penal tenha como premissa a obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, por ela adotado³¹. Nesse sentido, somente com o sistema acusatório, que tem suas balizas estabelecidas por diretrizes essencialmente democráticas, é que se poderá atender ao

²⁹ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 116.

³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46, n. 183, p. 103-115, 2009, p. 114-115.

³¹ KALHED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016, p. 140.

desígnio constitucional de proteção de direitos e garantias da pessoa humana. Nas exatas palavras de Lopes Jr., para conceber o processo penal brasileiro como acusatório:

[...] basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, a democracia e sistema acusatório compartilham uma base epistemológica.³²

A opção pelo sistema acusatório não é uma autorização para a prevalência da impunidade. É possível que se estabeleça uma democracia processual, em que cada parte, no seu devido lugar, possa atuar conforme as regras ditadas normativamente, num confronto dialético em que caberá ao juiz/a somente assegurar os direitos e garantias fundamentais do réu e proferir sua sentença.³³

Portanto, vê-se que existe um anacronismo entre o modelo democrático de processo estruturado pela Constituição de 1988 e as disposições processuais do CPP, cuja matriz ainda remonta à 1941. A estrutura inquisitorial se manteve pela conjugação de vários dispositivos ainda vigentes no diploma processual. Mesmo com o novo regime instituído pela Carta de 1988, o Brasil ainda segue sendo um dos poucos países latino-americanos que já experimenta ares democráticos sem ter editado um novo Código de Processo Penal³⁴.

Nessa perspectiva, existe a necessidade premente de constitucionalização do processo penal. Por isso, é necessária uma releitura do diploma que tenha a Constituição como seu parâmetro principal, de modo a conferir efetividade aos direitos e garantias fundamentais. Invariavelmente, isso exige a não aplicação de dispositivos da legislação processual penal que com ela sejam inconciliáveis³⁵.

Deferir ao juízo a carga probatória é um erro que termina por aniquilar o processo penal democrático. Com a prerrogativa de enveredar na produção da prova, o/a juiz/a age como um/a instrutor/a, diligenciando ativamente para o seu alcance, a fim de posteriormente

³² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233.

³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46, n. 183, p. 103-115, 2009, p. 115.

³⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 141.

³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 183.

proferir uma sentença, quiçá condenatória, em evidente violação do princípio acusatório³⁶. Segundo Ferrajoli³⁷, esse é um dos momentos “onde se manifestam e se medem as diferenças mais profundas entre o método inquisitivo e o método acusatório”.

A despeito da estrutura inquisitória que ainda marca o CPP, em contraste com o modelo o acusatório instituído pela Constituição, com a atual redação do art. 212 do CPP, o/a juiz/a deve ficar alijado da coleta do testemunho. Deve se limitar, isso sim, a presidir e controlar a produção da prova, quer indeferindo perguntas repetidas, que induzam resposta ou não tenham relação com a causa, e, quando estritamente necessário, intervir para esclarecer pontos controvertidos da inquirição, já que ele é o destinatário final da prova.

2. O sistema de nulidades processuais penais

O entendimento externado pelo STF e pelo STJ quanto à postura do/a juiz/a que, deixando de assumir a posição que lhe reservou o art. 212 do CPP, não se limita a complementar a inquirição quanto aos pontos controversos, substituindo diretamente as partes no seu ofício de produzir a prova testemunhal, passa também pela análise da teoria das nulidades processuais penais.

De fato, o descumprimento da regra ensejará arguição de nulidade, que normalmente é afastada nos tribunais de apelação, sob o argumento da falta de demonstração do prejuízo, o que tem por consequência a necessidade de se recorrer às Cortes Superiores, onde se concentrará a discussão quanto aos institutos relativos às nulidades, nesse tocante.

O CPP instituiu uma teoria das nulidades que se mostra inadequada ao processo penal, já que não dialoga com a estrutura acusatória da Constituição. A doutrina, amparada na legislação, trouxe à baila conceitos civilistas como nulidade absoluta e relativa, prejuízo, preclusão, instrumentalidade das formas, entre outras categorias que se mostram estranhas ao um processo penal acusatório, embora possam fazer muito sentido no sistema inquisitório. Lopes Jr.³⁸ refere que introduzir tais institutos no processo penal revela-se um grande equívoco, porquanto no direito material civil, a ineficácia do ato jurídico, com a nulidade, é

³⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 138.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, pp. 607 e 608.

³⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.121.

automática, não havendo a produção de qualquer efeito. Já no processo penal, depende de um pronunciamento judicial que reconheça a nulidade e promova a desconstituição de suas consequências jurídicas³⁹.

Além disso, no processo penal, o rito procedimental assume maior importância que no processo civil, porquanto é a manifestação das garantias fundamentais constitucionalmente previstas. Na seara do processo penal, uma menor adesão aos ritos traduz-se numa maior adesão ao sistema inquisitório, justamente porque nesse modelo não há preocupação concernente a como os atos são praticados. No modelo acusatório, contrariamente, deve-se obediência integral aos parâmetros normativos que regem a prática dos atos. Os limites ao poder punitivo estatal são delineados pela rigidez de observância desses parâmetros, de modo que deixar de observá-los implica em transpor esses limites⁴⁰.

No processo civil, ao contrário, não é exigido o mesmo rigor que no processo penal acusatório, dado o caráter privatista que demarca a relação processual e a disponibilidade dos direitos envolvidos. Aqui, a validade dos atos é aferida segundo a instrumentalidade das formas. Por esse denominado princípio, se o ato processual atingiu a finalidade que lhe foi prescrita pela lei, pouco importa como foi praticado, ficando a cargo julgador decidir entre convalidar o ato viciado, mas cuja finalidade foi alcançada, ou invalidá-lo⁴¹.

O grande problema dessa categoria, geralmente presente no processo penal de raiz inquisitiva, está no fato de que ela dispensa ao julgador uma carga de ativismo judicial⁴², visto que a ele caberá decidir pela declaração ou não da nulidade, ao julgar atingindo ou não a finalidade para a qual se presta o ato processual. Consequentemente, a instrumentalidade relativiza os ritos e obstaculiza o reconhecimento da nulidade⁴³.

Igualmente, terminam por assumir essas mesmas funções a figura do prejuízo, outro componente do sistema de nulidades processuais penais. A exigência de prejuízo, evidenciado o vício do ato processual, impõe ao imputado a tarefa de demonstrar um dano

³⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 108.

⁴⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 178-183.

⁴¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.128.

⁴² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 208.

⁴³ PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 305.

sofrido com o defeito, suficientemente capaz de incutir na consciência do julgador a necessidade de uma declaratória de nulidade⁴⁴. A regra do prejuízo encontra suporte legal no art. 563 do CPP, nos termos do qual “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Essa regra é demasiadamente utilizada pelos tribunais pátrios sob a forma do brocardo francês *ne pas de nullité sans grief*.

O grande problema do prejuízo está no seu indeterminismo conceitual, diante da violação de um interesse da parte. Sem definição jurídica, a sua demonstração torna-se demasiadamente difícil e relegada à casuística. Para Choukr⁴⁵, “antes de dizer o que é prejuízo, a doutrina e a jurisprudência tendem a dizer o que não é”. A partir disso, os atos processuais viciados são facilmente convalidados pelo julgador, que quase sempre vai utilizar esse instituto como seu ingrediente “curinga”.

Para Gloeckner⁴⁶, a orientação primária do prejuízo é impor limites ao reconhecimento das nulidades, já que sua declaração só será possível se o interessado lograr êxito em demonstrar a violação de seus interesses. E isso integra o processo de flexibilização das formas processuais.

Outra maneira de assegurar a relativização dos ritos está na dicotomia nulidade absoluta-relativa. Essas duas categorias, conquanto doutrinariamente adotadas no processo penal, são próprias do processo civil. O seu principal traço diferenciador está no plano do interesse. Enquanto a primeira objetiva resguardar regras de “ordem pública”, com baliza na Constituição, a segunda busca proteger um interesse privado, isto é, da própria parte.

A nulidade absoluta não se mostra passível de sanabilidade, de modo que, uma vez verificada, deve o juízo pronunciá-la.⁴⁷ Além disso, pode ser reconhecida e decretada de ofício, em qualquer fase do processo, inclusive após o trânsito em julgado. Já as nulidades relativas não podem ser decretadas de ofício ou opostas por quem deu causa, devendo ser arguidas no prazo legal, sob pena de preclusão. Precluído o direito à arguição do vício, o ato

⁴⁴ ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do “pas de nullité sans grief” no âmbito do processo penal brasileiro*, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, p. 76.

⁴⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. 2 v., p. 321.

⁴⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 182.

⁴⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 149.

inválido é automaticamente convalidado, mesmo em desconformidade com a legislação. Conforme aponta Fernandes⁴⁸, o silêncio funciona como uma sanatória.

Efetivamente, a problemática dessa categorização está na identificação daquilo que deve ser considerado nulidade absoluta ou relativa. Dada a ausência de parâmetro normativo, a definição fica ao sabor de quem julga. Daí porque não é difícil observar uma maior prevalência das nulidades relativas em detrimento das nulidades absolutas. Afinal, com maior ou menor requinte retórico, é fácil tornar hipótese de nulidade relativa aquilo que seria inequivocamente situação de nulidade absoluta⁴⁹.

Nesse sentido, mediante artifícios discursivos, a nulidade absoluta acaba por se tornar uma categoria jurídica quase abandonada. Suas hipóteses de configuração são excepcionalíssimas e, todas, submetidas à casuística, uma vez que este instituto é, quase sempre, suplantado pela nulidade relativa, que permite flexibilizar a forma. É por essa razão que, em um processo penal democrático, uma classificação como essa, que cinge as nulidades em duas categorias, não poderia existir, senão para servir “[...] à expansão e continuidade de modelos inquisitoriais mais ou menos infensos ao regime da ilegalidade”⁵⁰.

Portanto, em função do emprego reiterado dos institutos e princípios civilistas pontuados, que regem a teoria das nulidades, a declaração do vício que inquina o ato processual praticado em desconformidade com a lei, no processo penal, tenderá a ser exceção, dependendo, além da prova do respectivo dano ocasionado, também de sua demonstração em tempo hábil.

Em última análise, uma teoria das nulidades processuais penais sustentável do ponto de vista do sistema acusatório deve se amparar nos direitos e garantias fundamentais constitucionais. É dizer, deve-se partir da principiologia constitucional para analisar e reconhecer a existência de uma nulidade, que terá na obediência à forma a sua expressão⁵¹.

Os modelos legais estabelecidos para a prática dos atos processuais devem funcionar no processo penal como mecanismo de tutela de direitos e garantias fundamentais constitucionais, e não mera recomendação legal. Assim, a desobediência ao rito que rege a

⁴⁸ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 26.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.125.

⁵⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 159.

⁵¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.127.

prática do ato deverá ter como penalidade, em regra, a declaração da nulidade, quando vier a ferir direito ou garantia fundamental que a forma visa proteger⁵².

Dessa maneira, no modelo acusatório, o *modus operandi* da prática dos atos delimitam a efetivação do princípio constitucional que se esconde por trás dela. Cada um dos princípios encontra no processo penal uma forma de ser garantido, de modo que a inobservância do modelo legal estabelecido para assegurar o princípio gera um vício, que torna inválido o ato processual. No caso do art. 212 do CPP, estabeleceu-se um rito formal de inquirição das testemunhas. A norma criou uma ordem na colheita da prova testemunhal, onde cabe as partes, em primeiro lugar, perguntar diretamente, para, somente depois, esgotadas as suas perguntas, o/a juiz/a formular questionamentos, em havendo pontos obscuros, incumbindo-lhe também a fiscalização da atividade probatória⁵³.

Trata-se de um rito que visa a assegurar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF) e a imparcialidade do julgador. Essa interpretação decorre daquilo que o próprio legislador pensou quando da elaboração da Lei n. 11.690/2008, isto é, “agilizar o procedimento de produção da prova testemunhal – atendendo igualmente à exigência do contraditório mais efetivo”, como se vê da justificção do Projeto de Lei n. 4.205/01, que deu origem à Lei.

O juízo deve ficar afastado da atividade probatória. A inobservância da norma está caracterizada pelo ato do juízo promover a inquirição da testemunha, quer antes, durante ou após a atuação das partes, não se adstringindo à complementação quanto aos pontos não esclarecidos, ao final da inquirição das partes.

Uma vez verificado que o/a juiz/a procedeu à inquirição das testemunhas em desconformidade com o art. 212 do CPP, impõe-se a declaração da nulidade, com a necessária de repetição do ato, a fim de observar os princípios constitucionais que o rito visa resguardar. Não sendo possível a repetição, em situações nas quais, por exemplo, não é mais possível reinquirir a mesma testemunha, impõe-se a proibição de valoração probatória do testemunho anterior, ilegalmente colhido.

Em suma, a obediência ao *iter* procedimental, ou seja, aos ritos estabelecidos normalmente, é o caminho necessário para a garantia da eficácia dos princípios

⁵² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32.

⁵³ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *A interpretação do “novo” art. 212 do CPP brasileiro: uma contribuição metodológica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, n. 917, mar. 2012, p. 330-383.

constitucionais que buscam tutelar. Claro que não se quer defender tal questão por puro amor à forma⁵⁴. O que se busca é a efetivação dos princípios constitucionais, para a garantia de um processo penal democrático, sem arbitrariedades. Essa, contudo, não está sendo a compreensão adotada pelo STF e pelo STJ, conforme se demonstrará na pesquisa empírica mais abaixo apresentada.

3. A prova testemunhal e a interpretação do art. 212 do CPP

A Lei n. 11.690/2008 trouxe modificações, em especial quanto aos procedimentos, com o objetivo de conciliar o CPP ao modelo acusatório proposto pela Constituição de 1988, no que se refere à participação efetiva das partes nas atividades processuais. A reforma buscou materializar, no processo penal, o exercício do contraditório (art. 5.º, LV, da CF/88⁵⁵), o que é visualizado, sobretudo, na alteração da metodologia de inquirição das testemunhas, meio de prova mais prestigiado entre os sujeitos do processo.

De fato, à prova testemunhal sempre foi dispensada uma importância singular em comparação a outros meios de prova. A valorização de seu papel no âmbito da persecução penal pode ser atribuída a vários fatores. Em primeiro lugar, a testemunha não tem, em tese, interesse no deslinde dos fatos. Também está predisposta a apresentar informações verídicas, podendo a idoneidade de suas declarações ser atestada pelos próprios sujeitos processuais, mediante análise comportamental. Ademais, seu desvio ético pode ser objeto de responsabilização na esfera penal (art. 342 do CP⁵⁶). Por fim, é possível exercer amplo controle sobre a aquisição da prova, a depender das perguntas formuladas⁵⁷.

Além disso, o depoimento testemunhal promove a humanização do processo penal, contrabalançando com os demais meios de prova. Trata-se de um meio de prova capaz de

⁵⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.136.

⁵⁵ Art. 5.º. [...] “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

⁵⁶ Art. 342. “Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

⁵⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 283.

trazer aos autos a narrativa dos fatos e as sensações das pessoas envolvidas. Assim, o testemunho cumpre funções retrospectiva e recognitiva⁵⁸.

No entanto, o alto grau de subjetivismo impregnado no depoimento testemunhal e a falibilidade da memória denunciam a fragilidade desse meio de prova. Além disso, os sentidos humanos quanto à percepção do mundo são extremamente limitados, sobretudo quando submetidos à turbulência emocional ocasionada pela prática de uma infração penal⁵⁹.

Por essas razões, sobressai a importância de se avaliar o método pelo qual a prova testemunhal é introduzida nos autos, sendo aquele que permite o exercício do contraditório entre as partes o mais adequado para se explorar as informações trazidas pela testemunha, ao mesmo tempo em que se assegura a imparcialidade do julgador⁶⁰.

No modelo de produção da prova testemunhal, anterior à Lei n. 11.690/2008, denominado “sistema presidencialista”, as perguntas eram formuladas diretamente pelo juízo, que presidia a audiência e a produção da prova testemunhal⁶¹. No momento em que competia às partes fazer perguntas, deveriam elas dirigi-las ao/a juiz/a (não podiam fazê-lo diretamente), que, após juízo interpretativo, as redirecionaria à testemunha. Depois de ouvi-la, o juízo interpretava a resposta e determinava sua redução a termo⁶².

Com esse procedimento, delineava-se uma postura do/a magistrado/a nitidamente inquisitorial. Ao invés de permanecer neutro diante da produção da prova, preservando sua imparcialidade, apenas fiscalizando o ato, participava ativamente, ao intermediar a formulação das perguntas pelas partes. Com a reforma processual de 2008, esse modelo foi abandonado normativamente. Tais mudanças foram necessárias para romper a marca inquisitorial.

⁵⁸ DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. Considerações críticas sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro. In KRETSCHMANN, Ângela (org.). *Formação Jurídica III*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, p. 152-153.

⁵⁹ KALHED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016, p. 411-412.

⁶⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 283.

⁶¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 285.

⁶² DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. Considerações críticas sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro. In KRETSCHMANN, Ângela (org.). *Formação Jurídica III*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, p. 159.

A redação atribuída pela Lei n.º 11.690/2008 ao art. 212 do CPP substituiu o sistema presidencialista em favor de outra metodologia, mais democrática e consentânea com a Constituição. Na redação atual do art. 212 do CPP, propõe-se que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o/a juiz/a aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”. Nesse sistema, o encargo de formular as perguntas é deferido ao Ministério Público e à defesa, cabendo ao juízo somente o controle do ato processual. A essa função é acrescida outra, através do parágrafo único do mesmo dispositivo, que é a de complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos.

Do ponto de vista da atuação judicial, houve uma mudança radical. A atual redação autoriza o/a juiz/a apenas a fiscalizar e a controlar a coleta do depoimento, restringindo-se a intervir na produção da prova testemunhal de forma subsidiária, quando necessário fazer perguntas complementares ao final, isso caso exista pontos não esclarecidos, obscuros, na inquirição, após a arguição feita pelas partes. Essa prerrogativa se mostra especialmente importante para que a avaliação do material probatório, na sentença, seja a mais completa possível. Observa-se que se trata de atuação subsidiária e complementar, jamais assumindo o protagonismo das partes na inquirição, podendo apenas sanar esclarecer pontos já apresentados no depoimento.

Adverte-se, contudo, que há divergências quanto a interpretação da redação legal. Segundo Nucci⁶³, por exemplo, a disposição contida no parágrafo único do art. 212 do CPP autoriza o/a magistrado/a a perguntar após a inquirição levada a efeito pelas partes, caso não satisfeito com as respostas dadas, em especial em relação aos pontos “não esclarecidos” pelo depoente.

Para Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Pinto, Ivan Luís Marques da Silva⁶⁴, de outro modo, uma interpretação sistemática do CPP, em especial levando em conta o seu art. 473⁶⁵, permite compreender que não houve alteração substancial no procedimento de

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 487.

⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 302

⁶⁵ O art. 473 do CPP confere ao juiz poderes de inquirição durante a sessão plenária do Tribunal do Júri, ao dispor 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 ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.”.

colheita do testemunho, sendo resguardada ao juiz/a ainda, a possibilidade de fazer indagações no início, para em seguida perguntarem as partes, sem a necessidade de passar pelo “filtro” judicial.

Todavia, para Ávila⁶⁶, a interpretação puramente gramatical do art. 212 do CPP permite concluir que a norma estabeleceria (a) uma ordem de formulação das perguntas, onde a redação legal atual autoriza, no seu *caput*, as partes a perguntar, inicialmente, ao passo que o seu parágrafo único autoriza o/a juiz/a a fazer, apenas ao final, perguntas complementares, facultativamente, o que é demonstrado pela expressão “poderá”; e (b) a prerrogativa das partes de perguntarem diretamente, com amplo contraditório, o que é típico dos sistemas acusatórios.

O mesmo autor também considera que as interpretações sistemática, histórica e teleológica do art. 212 do CPP permitem concluir que houve uma modificação tendente a conferir o protagonismo às partes na colheita do testemunho e alheamento do julgador nessa atividade probatória, posição a qual nos filiamos. Esta é a posição assumida nesse texto.

Independente das discordâncias doutrinárias, na práxis forense, muitos/as juízes/as e tribunais ainda continuaram, respectivamente, a adotar e a cancelar a atuação judicial na colheita do testemunho. A desobediência ao art. 212 do CPP tem reverberado, desde 2008, na jurisprudência do STF e no STJ. Para tencionar a mudança dessa postura judicial, fruto de nossa tradição inquisitiva, é necessário compreender criticamente o posicionamento dessas Cortes, o que é feito a seguir.

4. Nulidades, testemunho e o posicionamento das Cortes

Reafirmando-se o objetivo central do presente estudo, pretende-se verificar se o posicionamento do STF e do STJ quanto à nulidade decorrente da iniciativa do/a juiz/a na colheita da prova testemunhal, em desobediência ao art. 212 do CPP, encontra conformação no sistema acusatório-democrático inaugurado pela Constituição de 1988, partindo-se das premissas de que houve modificação da regra legal para adequar o modelo de produção da

⁶⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *A interpretação do “novo” art. 212 do CPP brasileiro: uma contribuição metodológica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, n. 917, mar. 2012, p. 330-383.

prova testemunhal ao sistema acusatório e de que sua inobservância deve ter como consequência a declaração da nulidade do ato, com a determinação de seu refazimento.

Para tanto, procedeu-se a análises qualitativas e quantitativas de 176 acórdãos, extraídos dos repositórios de jurisprudência do STJ (www.scon.stj.jus.br/SCON/) e do STF (www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp). A pesquisa foi realizada no dia 09.05.2020, empregando-se a ferramenta de busca por dispositivo legal disponibilizada nos portais de pesquisa, por meio da qual foi possível coletar a totalidade de acórdãos relacionados ao art. 212 do CPP, preenchendo-se os campos “legislação”, onde selecionou-se “CPP de 1941”, e “art.”, no qual foi inserido o código “212”. O recorte temporal teve como marco inicial a data de 09.08.2008 (data de início da vigência da Lei n.º 11.690/2008) e marco final a data da pesquisa.

A pesquisa empírica compreendeu três momentos distintos. Inicialmente, procedeu-se ao levantamento das decisões e a sua reunião em um banco de dados. Posteriormente, foram sistematizadas em planilhas eletrônicas as principais informações apresentadas por cada um dos julgados (número do processo, relator, data de julgamento e publicação do acórdão). Na sequência, foram elaboradas questões representativas de variáveis. Buscou-se, a partir de leitura preliminar, definir, para cada julgado: (a) o motivo da arguição da nulidade; (b) a espécie de nulidade; e (c) o reconhecimento da demonstração (ou não) do prejuízo. Finalmente, procedeu-se a uma análise das decisões colegiadas recolhidas, coletando-se os principais argumentos utilizados por cada julgador para justificar a violação ou não do art. 212 do CPP, e qual a decisão final de cada colegiado.

O tratamento quantitativo e qualitativo dos dados apresentados permitiu oferecer um diagnóstico empírico capaz de elucidar qual a compreensão predominante na jurisprudência sobre o assunto, a fim de confirmar ou infirmar a hipótese proposta, qual seja, a de que o STJ e o STF, quanto à violação do art. 212 do CPP pelos julgadores, não observam o sistema acusatório, expressado pela Constituição.

No âmbito do STJ, a pesquisa empregando o dispositivo do art. 212 do CPP teve por resultado inicial 274 acórdãos. Como técnica de refinamento da pesquisa, foram analisados apenas *habeas corpus* (HC), recurso em *habeas corpus* (RHC) e recurso especial (REsp). Além disso, foram desconsideradas decisões sem pertinência temática, do que resultou o total de 154 julgados representativos do corpo amostral sob estudo.

Já no âmbito do STF, utilizando-se do mesmo procedimento de coleta das decisões anteriormente descrito, a pesquisa realizada no repositório eletrônico de jurisprudência revelou existirem 54 acórdãos sobre o assunto. Empregando-se a mesma técnica de pesquisa, o inteiro teor de cada acórdão foi extraído do sítio do STF, procedendo-se, em seguida, à análise superficial das decisões, suprimindo-se as que não tinham pertinência temática (total de 32 julgados), do que resultou em apenas 22 decisões colegiadas.

A partir da análise de cada julgado, efetuando-se as operações estatísticas simples, foi possível observar que, no âmbito do STJ, 83% dos acórdãos analisados diziam respeito à inquirição das testemunhas realizada diretamente pelo/a juiz/a e/ou através do antigo modelo presidencialista. No caso do STF, 100% dos julgados foram proferidos nesse sentido.

No STJ, verificou-se que, em 13% dos casos, o magistrado havia procedido à inquirição oficiosamente em razão da ausência do representante do Ministério Público, o que não se verificou em nenhum julgado do STF. Acrescente-se que, no STJ, em apenas um caso (HC 242.022/ES, julgado em 07.08.2012), o/a juiz/a procedeu à inquirição porque ambas as partes se abstiveram de fazer perguntas.

No que se refere à espécie de nulidade, no STJ, em 89% dos casos considerou-se que a inobservância do art. 212 do CPP constituir-se-ia hipótese de nulidade relativa. Em apenas 2 casos (1,3%) – HC 153.140/MG e HC 316.719/RS – consignou-se a ocorrência de nulidade absoluta. Em outros 9 casos (5,8%), embora não se tenha declarado expressamente a espécie, declarou-se a nulidade. Em outros 3 (1,9%), considerou-se ausente qualquer nulidade. E em outros 2, o tema não foi enfrentado. No âmbito do STF, todos os julgados analisados concluíram pela ocorrência de nulidade relativa.

No tocante à exigência de prejuízo para a declaração da nulidade relativa⁶⁷, nos casos em que ela foi reconhecida, apenas em 1 caso (0,6%), na análise realizada nos julgados do STJ, foi reconhecida a sua demonstração, havendo a declaração da nulidade relativa da audiência realizada – HC 212.618/RS, julgado em 24.04.2012. Em 84,4% (130 casos), foi apontada a existência de nulidade, mas não foi verificada pelos julgadores a ocorrência do prejuízo. No caso do STF, em apenas 1 caso (HC 111.815/SP) a Corte reconheceu a ocorrência de nulidade relativa do ato e o prejuízo resultante, de modo a declarar

⁶⁷ Foram expurgados da contagem o HC 153.140/MG e o HC 316.719/RS, nos quais se considerou tratar-se de nulidade absoluta, cuja demonstração do prejuízo é dispensável, doutrinariamente, embora seja noutro sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

“insubsistente” a oitiva das testemunhas. Na ocasião, determinou-se à juíza que presidiu a audiência o refazimento do ato.

Sob o aspecto qualitativo, a incursão no processo decisório no âmbito do STJ e do STF permitiu evidenciar como foram construídos os argumentos utilizados para apontar a existência ou não de nulidade decorrente da inobservância pelo/a juiz/a do art. 212 do CPP.

Com a entrada em vigor da Lei n. 11.690/2008, que ocorreu em 10.08.2008, o STJ inicialmente acolheu a interpretação mais plausível para o art. 212 do CPP, considerando a sua literalidade, com o julgamento, pela 5ª Turma, do HC 121.216/DF, em 19.05.2009. Admitindo que houve a introdução, no Brasil, do *cross examination*, em substituição ao sistema presidencialista, observou-se que a atividade do/a juiz/a, com a nova redação legal, passou a ser subsidiária. Por essa razão foi declarada a nulidade da audiência de instrução e julgamento na qual foram colhidos os testemunhos pelo/a juiz/a, determinando-se o refazimento do ato processual.

Todavia, esse entendimento foi logo superado com o julgamento pela 6ª Turma do HC 121.215/DF, em 01.12.2009. No caso em questão, em que o/a magistrado/a procedeu à inquirição da testemunha antes das partes, o colegiado considerou que a iniciativa judicial na produção da prova testemunhal, invertendo a ordem estabelecida pelo art. 212 do CPP (inicialmente o/a juiz/a e, na sequência, as partes), constitui nulidade relativa, exigindo-se a demonstração do prejuízo, durante a própria audiência, sob pena de preclusão.

Além disso, assentou-se que não foi suprimida do juízo a possibilidade de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real. Entendeu-se que há nulidade absoluta somente quando o juízo suprime das partes a prerrogativa de fazer perguntas diretamente, de modo que, havendo simples inversão da ordem (o/a juiz/a anteceder as partes na formulação das perguntas), a nulidade é relativa⁶⁸. Esse entendimento passou a predominar na maior parte dos decisórios que se seguiram na Turma.

Com orientação similar, a partir do julgamento do HC 182.562/SP, ocorrido em 05.05.2011, pela 5ª Turma, passou a predominar o entendimento de que no processo penal brasileiro prevalece o “sistema” [sic] da instrumentalidade das formas. Assim, embora

⁶⁸ Ficou vencida a relatora, ministra Maria Thereza de Assis Moura, que acentuou tratar-se a desobediência ao art. 212 do CPP de nulidade absoluta, assentando que “[...] uma das grandes diretrizes da reforma processual penal em marcha é o prestígio ao princípio acusatório, por meio do qual se valoriza a imparcialidade do juiz, que deve ser o destinatário da prova e não seu produtor”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus* 121.215/DF. Disponível em: <https://is.gd/c4syhZ>. Acesso em: 19 mai. 2020.

inobservado o rito do art. 212 do CPP, considerou-se que o ato cumpriu sua finalidade, isto é, a prova testemunhal foi produzida pelas partes, sob o crivo do contraditório, constituindo eventual desobediência ao rito nulidade relativa.

Apesar dessas orientações predominantes, foram proferidas algumas decisões manifestando compreensão diversa, isto é, no sentido de que a desobediência à regra do art. 212 do CPP constitui nulidade absoluta, mas sem o condão de desconfigurar o entendimento outrora consolidado, que se manteve inalterado até o termo final da pesquisa. Em diversos julgados, observou-se que foram anuladas audiências nas quais o/a juiz/a tomou a iniciativa de produzir a prova testemunhal, em complementação indevida – ao fazer perguntas para além dos pontos não esclarecidos – ou em substituição às partes⁶⁹.

Sob o ângulo do prejuízo, apenas no julgamento HC 212.618/RS, em 24.04.2012, o STJ reconheceu a nulidade relativa, a partir da demonstração do prejuízo. No caso, em que a juíza chegou a fazer 80 perguntas a uma das testemunhas arroladas pelo órgão-acusador, o relator, ministro Jorge Mussi, considerou que a hipótese era de típica nulidade relativa, não tendo o impetrante explicitado qual foi o prejuízo decorrente da atuação da magistrada. Todavia, em voto dissidente, que foi seguido pelos demais membros do colegiado, o ministro Sebastião Reis Júnior entendeu que o prejuízo estava configurado, em razão do protagonismo da juíza na coleta da prova, porquanto teria feito as vezes do representante do Ministério Público.

Em suma, da análise dos julgados, observou-se que o STJ considera que a nulidade decorrente da inobservância pelo/a juiz/a do art. 212 do CPP, isto é, inversão da ordem de inquirição e violação da condicionante normativa relativa aos “pontos não esclarecidos”, é relativa. Além disso, verificou-se que a Corte considerou não ter havido, com a mudança legislativa, supressão do/a juiz/a da prerrogativa de fazer perguntas às testemunhas, mesmo complementarmente, para o esclarecimento da “verdade real”.

Comparativamente, observou-se que o STF, desde a sua gênese, considerou se estar diante de uma nulidade relativa. O discurso institucional centralizou-se na figura do princípio *pas de nullité sans grief*, expressado no art. 563 do CPP. Contudo, destacam-se oscilações

⁶⁹ Podem ser citados: HC 143.557/DF (julgado em 01.12.2009), HC 145.182/DF (julgado em 04.02.2010), HC 137.089/DF (julgado em 22.06.2010), HC 147.292/SP (julgado em 05.10.2010) HC 155.020/RS (julgado em 16.12.2010), HC 180.705/MG (julgado em 16.06.2011), HC 210.703/SP (julgado em 20.10.2011), e HC 151.054/AP (julgado em 01.12.2011).

pontuais na compreensão que mantinha a Corte Suprema sobre o tema, com o julgamento do HC 114.512/SP, em 24.09.2013, e do HC 111.815/SP, em 14.11.2017, embora sem o condão de alterar o *status quo* quanto ao entendimento jurisprudencial consolidado.

O primeiro caso pela Corte Suprema se deu com o HC 103.525/PE, julgado em 03.08.2010 pela 1ª Turma. No caso, em que a juíza presidente do ato teria invertido a ordem de formulação das perguntas, inquirindo as testemunhas antes que as partes o fizessem, a relatora, ministra Cármen Lúcia, entendeu que o vício deveria ser “sancionado” [sic] com nulidade relativa.

Nos autos do HC 105.538/GO, julgado em 10.04.2012, em articulação interpretativa do art. 212 do CPP, consignou-se que o dispositivo “[...] não se mostra peremptório quanto à ordem de feitura das perguntas, ao prever que serão formuladas diretamente pelas partes, podendo o magistrado complementar a inquirição”.

No julgamento do HC 107.318/SP, pela 1ª Turma, em 05.06.2012, embora não declarada a nulidade do ato processual de oitiva das testemunhas, o ministro relator, Marco Aurélio, frisou que a obediência ao art. 212 do CPP é essencial à valia da audição das testemunhas e que o/a juiz/a é um dos atores do processo penal, mas deve manter-se equidistante, vedada atuação oficiosa na colheita do testemunho, realizando perguntas antes das partes, sob pena se configurar “abandono” do devido processo legal. Por sua vez, no julgamento do HC 112.446/SP, em 08.05.2012, entendeu a ministra Rosa Weber, relatora, que a violação ao art. 212 do CPP se tratava de uma “irregularidade” [sic] da qual não provém prejuízo à defesa, mas uma “vantagem processual”, uma vez que estaria perguntando por último, após o julgador fazer seus questionamentos.

Já no HC 114.512/SP, julgado em 27.11.2012 pela 1ª Turma do Supremo, observou-se um debate maior entre os ministros quanto à espécie de nulidade que encerraria a violação do art. 212 do CPP. No caso, o ministro Luiz Fux considerou que a exegese da regra é no sentido de autorizar o juiz a formular as perguntas que entender necessárias, uma vez que é dirigente do processo e destinatário da prova. A seu tempo, ponderou o ministro Marco Aurélio que a função do juiz/a é de complementar a inquirição quanto aos pontos não esclarecidos, regra que violada conduz à nulidade absoluta do ato.

Demonstrando certa preocupação com o tema, o ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos, citando o jurista Lenio Streck⁷⁰, que em coluna publicada na Revista *Conjur*, criticava o STF, por não ter lido a mudança operada pela Lei n. 11.690/2008 sobre o art. 212 do CPP como uma ordem para o/a juiz/a ser imparcial na audiência de instrução. Entretanto, ao proferir seu voto-vista, em 24.09.2013, o ministro reverberou a orientação já consolidada na da Corte, no sentido de que a inversão da ordem de inquirição das testemunhas “[...] não altera o sistema acusatório, importando a ocorrência em nulidade apenas relativa”.

Por fim, a mais emblemática das discussões se deu no julgamento do HC 111.815/SP, em 14.11.2017, pela 1ª Turma. Neste caso, de relatoria do ministro Marco Aurélio, pontuou que as partes requereram à magistrada a observância do art. 212 do CPP, no que tange à necessidade de primeiro as partes formularem suas perguntas. O relator, referindo-se à juíza como uma “semideusa”, destacou que era sua praxe dar início às perguntas a serem formuladas para as testemunhas e depois dar a palavra às partes, sem prejuízo de novas perguntas pelo juízo, método este que, segundo a juíza, “preservava a sua imparcialidade” e “agilizava os trabalhos”.

Nos debates, o ministro Alexandre de Moraes reconheceu a existência de violação ao devido processo legal, destacando a opção constitucional que se fez quanto à separação das atividades de acusar e julgar. O ministro Fux, por sua vez, sugeriu um “meio-termo” à questão, a fim de “[...] dar, digamos assim, uma lição pedagógica à Juíza, que faz questão de descumprir a regra”, de modo que concedida a ordem, parcialmente, para declarar “insubsistente” a oitiva das testemunhas.

Em última análise, observou-se que o entendimento do STF, na mesma esteira do STJ, quanto à inobservância do art. 212 do CPP pelo julgador está, preponderantemente, no sentido de que se trata de nulidade relativa, requerendo-se a demonstração do prejuízo, em momento adequado. Embora tenha havido moderada discussão sobre o assunto, a Corte manteve a orientação no sentido de que a alteração legislativa feita pela Lei n. 11.690/2008 não retirou do/a juiz/a a prerrogativa de formular perguntas, ainda que para além dos pontos não esclarecidos, posicionamento que não destoia da compreensão externada pelo STJ em seus julgados.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. E a professora disse: “Você é um positivista”. Coluna “Senso Incomum”. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 23 ago. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>. Acesso em: 19 abr. 2021.

Com base nos julgados analisados, observou-se que a linha argumentativa das Cortes para afastar a declaração de nulidade desenvolveu-se com base nos seguintes pressupostos: (a) necessidade de observância do art. 563 do CPP, segundo o qual não há nulidade sem a demonstração do prejuízo; (b) inexistência de prejuízo no fato de o julgador ter atuado na inquirição, para além da restrição do parágrafo único do art. 212 do CPP, quando oportunizada às partes da formulação de perguntas; (c) incidência da preclusão, uma vez que o vício não foi arguido no momento da audiência de instrução; (d) prevalência da instrumentalidade das formas, que impede a declaração de nulidade, considerando que o ato cumpriu sua finalidade, isto é, as provas foram produzidas, mesmo sem respeitar o rito legal; (e) orientação geral segundo o qual o julgador deve se pautar pelo alcance da verdade real.

Percebe-se que esses argumentos, utilizados para pautar o afastamento da declaração da nulidade gerada pela inobservância do rito legal de inquirição, calcam-se em dispositivos civilistas e estão mais orientados pela tradição inquisitória do CPP do que pela Constituição de 1988.

Com a orientação do STJ e do STF, no sentido da existência de nulidade relativa, estabeleceu-se a possibilidade de o/a juiz/a formular perguntas, quando deveria se manter equidistante, já que nenhuma sanção decorre de sua violação ao preceito legal. Ao mesmo tempo, é imposto à defesa o sacrifício de evidenciar o prejuízo, cujo reconhecimento pelas Cortes é por demais dificultoso, já que não se satisfazem os argumentos lançados, no sentido de que a sentença condenatória lastreada em prova colhida diretamente pelo/a juiz/a, ignorando a regra do art. 212 do CPP, em violação ao devido processo legal.

Do ponto de vista interpretativo, foi possível verificar que a maior parte dos julgados se pautam numa exegese legal à margem da literalidade do art. 212. Não negamos que o/a juiz/a, na atual regra, pode participar da produção da prova testemunhal, na medida em que o próprio regramento lhe atribui a presidência do ato e poderes fiscalizatórios. Entretanto, a lei fixa o momento em que caberá a intervenção judicial, para formular perguntas (ao final, havendo pontos não esclarecidos). Afora isso, somente poderá fiscalizar a inquirição.

Paradoxalmente, compreendeu o STJ que a “complementação” da inquirição poderia ser realizada sem se restringir aos pontos duvidosos, podendo o/a magistrado/a questionar após as partes realizarem suas perguntas, sem se limitar ao parágrafo único do art. 212 do

CPP. Com isso, permite-se ao/a juiz/a proceder, discricionariamente, à inquirição das testemunhas, tomando a iniciativa na coleta do testemunho.

Além disso, o que entendeu o STJ, no sentido de que a formulação de perguntas pelo/a juiz/a *ab initio* seria “mera inversão”, na verdade é um desrespeito ao procedimento, legalmente previsto e que visa a assegurar o contraditório entre as partes e a imparcialidade do/a juiz/a. Essa inobservância pode ter por consequência inarredável uma condenação não lastreada no devido processo legal, pois não autorizada pela Lei, que, por facultar a complementação do julgador, sobre os pontos não esclarecidos a respeito da inquirição formulada pelas partes, restringe sua participação ao final da inquirição, e não ao começo.

Por outro lado, a compreensão exarada pelo STF, no sentido do reconhecimento da nulidade relativa da audiência de instrução na qual o/a juiz /a procedeu oficiosamente, exigindo a prova do respectivo prejuízo, se pauta mais no clássico sistema de nulidades do CPP do que na própria Constituição, que estabelece a garantia do devido processo legal. Veja-se que a Corte, apenas em um único caso (HC 111.815/SP), nulifica o ato, declarando “insubsistente” a oitiva e determinando o refazimento de outra, mas sem assentar, definitivamente, a impossibilidade de o/a juiz/a dirigir a audiência sem se restringir aos pontos não esclarecidos, como dispõe o preceito normativo do art. 212.

Também não se observa nas decisões grande preocupação interpretativa acerca do art. 212 e suas bases constitucionais e principiológicas, centrando-se no resgate de dispositivos civilistas para afirmação da nulidade relativa.

Ao fim, o que se apresenta é a dificuldade de se cumprir a letra da lei como ela é, mediante posturas que se revelam, muitas vezes, claudicantes do ponto de vista dos valores constitucionais⁷¹. Com base na Constituição de 1988, a exegese mais aceitável para o art. 212 do CPP é aquela que se alinha à estrutura acusatória por ela inaugurada, onde se exige um distanciamento do julgador em relação à produção da prova, imprescindível à preservação de sua imparcialidade. Poderá presidir o ato e complementar a inquirição, quanto aos pontos não esclarecidos, pois isso não afeta sua imparcialidade, uma vez que é o destinatário final da prova que está sendo produzida. Não poderá é dirigir a inquirição, produzindo efetivamente a prova, quer perguntando antes das partes, quer substituindo o

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *In Revista Estudos Jurídicos (Eletrônica)*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, p. 168. ISSN 2175-0491. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>. Acesso em: 1 maio 2021.

órgão-acusador, nas suas ausências, quer perguntando por último, sem se limitar aos pontos controversos.

5. Considerações finais

A configuração acusatória do processo penal brasileiro é uma marca que a Constituição da República de 1988 deixou evidente e indelével, ao conferir ao Ministério Público a iniciativa da ação penal e ao estabelecer um catálogo de direitos e garantias fundamentais ao acusado, destacando-se o contraditório judicial e o devido processo legal como algumas das marcas constitutivas desse modelo.

Na contramão desse avanço, ainda vige o CPP de 1941, de matriz notadamente inquisitória, mas sobre o qual se operaram reformas no sentido de atribuir-lhe uma roupagem acusatória, a exemplo da Lei n. 11.690/2008. Esta modificou a redação do art. 212 do CPP, para abolir o modelo presidencial de inquirição, de matriz inquisitória, e adotar o modelo de exame direto e cruzado de produção da prova testemunhal. Buscou-se imprimir essa nova roupagem para assegurar o efetivo contraditório entre as partes, o que também demarcou o papel judicial, com a inserção de um adendo à regra, ao impor-lhe o poder-dever de, tão somente, complementar a inquirição quanto aos pontos não esclarecidos, reservando-se, na audiência, a presidir e a controlar o ato, devendo, a partir de agora, se limitar a assistir a prova ser produzida, já que o seu destinatário final.

A presente pesquisa objetivou analisar se a compreensão externada pelo STJ e pelo STF, a partir do advento da Lei n. 11.690/2008, quanto à violação do art. 212 do CPP tem apoio na Constituição. A resposta é negativa.

A partir das análises quantitativas e qualitativas dos julgados coletados, em linhas gerais, verificou-se que as Cortes entendem que a desobediência ao art. 212 do CPP pelo/a juiz/a consubstancia mera nulidade relativa, exigindo-se a demonstração de prejuízo para a sua declaração, na forma do art. 563 do CPP. Além disso, adotam interpretação oblíqua para o dispositivo, segundo a qual ao/a juiz/a ainda é lícito fazer perguntas, ainda que em precedência às partes e não se adstringindo aos pontos não esclarecidos.

A redação legal do art. 212 do CPP veio na esteira do sistema acusatório afirmado pela Constituição. As compreensões externadas pelas Cortes estudadas estão em

descompasso com a Carta de 1988, que dispensou a iniciativa probatória às partes, devendo o/a julgador manter-se equidistante, para preservar sua imparcialidade, e não se intrometer, formulando perguntas, quer no início, quer no final da inquirição, sem adstringir-se aos pontos já estabelecidos e não esclarecidos.

Em prestígio ao sistema acusatório, cujas balizas estão demarcadas pela Constituição de 1988, para a superação desse estado de coisas, sem olvidar da inafastável dicotomia que cinge a nulidade em absoluta-relativa, entendemos por indispensável que a violação do rito de inquirição das testemunhas, previsto no art. 212 do CPP, tenha como consequência jurídica imediata a declaração nulidade absoluta do ato, que dispensa a demonstração de prejuízo.

Abandonando-se os institutos civilistas que permeiam a teoria das nulidades do CPP, inadequadas ao processo penal democrático, entendemos que bastaria apenas a declaração de nulidade do ato (audiência de instrução e julgamento) e daqueles que o sucederam (sentença), determinando-se o seu refazimento, a partir da audiência, observando o rito legal, com vistas a restaurar os princípios constitucionais ofendidos, isto é, o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade do julgador. Estas providências bastariam para conferir efetividade ao dispositivo do art. 212 e, de consequência, ao modelo acusatório estruturado constitucionalmente, cuja defesa deve seguir intransigente para o nosso fortalecimento democrático.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *A interpretação do “novo” art. 212 do CPP brasileiro: uma contribuição metodológica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, n. 917, mar. 2012, p. 330-383.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. 2 v.
- CORDERO, 1986, p. 329 apud CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *In Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998.
- DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. Considerações críticas sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro, p. 152-153. *In: KRETSCHMANN, Ângela (org.). Formação Jurídica III*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.
- FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, pp. 607 e 608.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. *In MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- KALHED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *In: Revista Estudos Jurídicos (Eletrônica)*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, p. 168. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>. Acesso em: 1 maio 2021.
- STRECK, Lenio Luiz. E a professora disse: “Você é um positivista”. Coluna “Senso Incomum”. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 23 ago. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>. Acesso em: 19 abr. 2021.
- TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. Ainda sobre o artigo 212 do Código de Processo Penal. *Emporio do Direito*. 26/02/2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/ainda-sobre-o-artigo-212-do-codigo-de-processo-penal-por-paulo-silas-taporosky-filho>. Acesso em: 1 maio 2021.
- ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do “pas de nullité sans grief” no âmbito do processo penal brasileiro*, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.