

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**MARIA ALICE MARAGNO**

**A INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NO SISTEMA  
“CROSS EXAMINATION” E SEU REFLEXO NA GARANTIA DO DEVIDO  
PROCESSO LEGAL**

**CRICIÚMA,**

**2016**

**MARIA ALICE MARAGNO**

**A INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS PREVISTA NO  
ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E SEU REFLEXO NA  
GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Esp. Frederico Ribeiro de Freitas Mendes

**CRICIÚMA  
2016**

**MARIA ALICE MARAGNO**

**A INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS PREVISTA NO  
ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E SEU REFLEXO NA  
GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Esp. Frederico Ribeiro de Freitas Mendes

Criciúma, 04 de julho de 2016.

**BANCA EXAMINADORA**

Profº Frederico Ribeiro de Freitas Mendes – Especialista – UNESC – Orientador

Profº Alfredo Elgelmann Filho – Especialista – UNESC

Profº João de Mello – Especialista – UNESC

**A meus pais e minha irmã, por toda força e  
confiança depositadas em mim.**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por me proporcionar muita força nessa caminhada longa e difícil que enfrentei e consegui vencer.

Agradeço a meus pais, Jânio e Maristela, e a minha irmã, Marília, por depositarem em mim toda coragem e confiança durante minha vida acadêmica, acreditando que sempre posso ir além. Também por todo amor, carinho e afeto que me proporcionam, sempre visando o melhor para minha formação.

Aos meus avós, pelo exemplo de pessoas que são e mostrarem que embora a vida seja uma batalha difícil, sempre conseguiremos enfrentar todos os obstáculos.

Às minhas amigas Deborah e Marina, agradeço por estarem sempre ao meu lado me dando apoio. Agradeço também pelos momentos compartilhados, os quais me deram a certeza de que nossa amizade é essencial em minha vida e que somos melhores juntas, e com isso conseguiremos enfrentar grandes obstáculos e conquistar nossos objetivos.

Aos meus colegas de trabalho, em especial à Lara Mariano do Nascimento, Dra. Débora Driwin Rieger Zanini, Dra. Vanessa Weirich e Dr. André Doumid Borges, por todos os ensinamentos de como atuar na vida profissional, e também como aplicar na prática valores como responsabilidade, ética e amor pela carreira que escolhi.

Ao ilustre professor orientador desta monografia, Frederico Ribeiro de Freitas Mendes, que, com admirável paciência e tranquilidade, soube partilhar sua imensa sabedoria.

E, por fim, à banca examinadora formada pelos professores Alfredo Elgelmann Filho e João de Mello, por aceitarem o convite de analisar este trabalho.

**“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”**

**(Eduardo Juan Couture)**

## RESUMO

O devido processo legal é a base legal para a aplicação dos demais princípios processuais (penais), qualquer que seja o ramo do direito processual, tendo por objetivo juntar as demais garantias processuais dos cidadãos, atuando como um inabalável sustento das normas estabelecidas em lei. O Código de Processo Penal sofreu uma mudança relacionada às provas no ano de 2008, com o advento da Lei 11.690. Especialmente com relação à prova testemunhal e seu procedimento de coleta em juízo, a referida lei reformou o artigo 212 do Código de Processo Penal, estabelecendo o sistema de perguntas diretas às testemunhas (*cross examination*) e, assim, extinguiu o antigo sistema presidencialista de reperguntas requeridas pelas partes ao juiz, que as reformulava às testemunhas. Por conseguinte, o sistema acusatório passou a vigorar no processo penal, tendo como base o artigo 129, I, da Constituição Federal, determinando que as funções de acusar, defender e julgar fossem exercidas por sujeitos diferentes e que a gestão e produção de provas caberiam às partes, acusação e defesa. Na prova testemunhal, o juiz pode interferir na inquirição somente ao final, para esclarecer pontos que geraram dúvidas ou para complementar a inquirição. Portanto, uma vez desrespeitado o sistema acusatório, estar-se-á violando o princípio do devido processo legal, o qual prevê o julgamento do processo obedecendo todas as garantias processuais dos cidadãos. Neste sentido é o estudo da presente monografia: se violar a ordem de inquirição de testemunhas estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal estaria desrespeitando o princípio do devido processo legal. Existem duas posições adotadas. A primeira prevê que a violação do referido artigo enseja nulidade no processo, tendo em vista o descumprimento do princípio do devido processo legal. Enquanto a segunda defende que não ofende o princípio do devido processo legal e, conseqüentemente, não é causa de nulidade a violação do artigo 212 do Código de Processo Penal. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documentação legal.

**Palavras-chave:** Devido processo legal. Prova testemunhal. Violação do sistema acusatório. Nulidade absoluta. Nulidade relativa. Mera irregularidade.

## ABSTRACT

The due legal process is the legal basis for other procedural principles application (penal), in any branch of the procedural law, with the purpose of joining the other procedural guarantees to the citizens, acting as an unshakeable support of the norms established by law. The Code of Criminal Procedure has undergone a change related to the evidences in 2008 with the advent of Law 11.690. Especially related to testimonial evidence and its collection procedure in court, the referred law reformed the article 212 of the Code of Criminal Procedure, establishing direct question system to the witnesses (cross examination) and, thereby, extinguished the former re-asking system required by the judges who reformulated to the witnesses. Consequently, the adversarial system went into effect on the penal process, based on the article 129, I, of the Federal Constitution, determining that the functions of charge, defend and judge were performed by different subjects and that the management and production of evidence would fit to the parts, prosecution and defense, this onus. In the witness evidence, the judge can interfere on the examination only at the end, to clarify topics the generated doubts or to complemente the examination. Therefore, once disrespected the adversarial system, the principle of due legal process will be violated, wich provides the judgement of the case obeying all the procedural guaranteed to the citizens. In this sense, is the study of the present monography, if the violation of the witeness' examination order established on article 212 of the Code of Criminal procedure would be disrespecting the principle of due legal case. There are two positions adopted. The first provides that the violation of of referred article entails nullity on the case, bearing in mind the noncompliance of due legal cases's principle. Whilst the second defends that it does not offend due legal cases's principle, consequently, is not cause of nullity to article 212 of the Code of Criminal Procedure. The research method used was deductive, im theoretical and qualitative research, with the use of bibliographic and legal documental material.

**Key-words:** Due legal case, testimonial evidence, adversarial system violation, absolute nullity, relative nullity, mere irregularity

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO PENAL</b> .....	11
2.1 ASPECTOS PONTUAIS SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL .....	11
2.2 ORIGEM DO <i>DUE PROCESS OF LAW</i> .....	14
2.3 SISTEMAS INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO .....	20
2.4 MODELO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	24
<b>3 PROVAS NO PROCESSO PENAL</b> .....	29
3.1 DEFINIÇÃO E PERSPECTIVA DE PROVA .....	29
3.2 EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE APRECIÇÃO DE PROVAS .....	32
3.3 PROVA E NULIDADE .....	35
<b>3.3.1 Conceito e princípios da nulidade</b> .....	35
<b>3.3.2 Nulidade absoluta e relativa</b> .....	37
<b>3.3.3 Teoria do juízo aparente</b> .....	40
<b>3.3.4 Provas absolutamente independentes e descoberta inevitável</b> .....	42
3.4 ÔNUS DA PROVA .....	43
3.5 ASPECTOS GERAIS SOBRE O TIPO DE PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL .....	47
3.6 PROVA TESTEMUNHAL .....	52
<b>4 A REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTRODUZIDA PELA LEI 11.690/2008</b> .....	57
4.1 ORDEM LEGAL ANTES DA LEI .....	57
4.2 ORDEM LEGAL APÓS A LEI .....	59
4.3 FUNÇÕES DOS SUJEITO PROCESSUAIS: ACUSAÇÃO, DEFESA E JUIZ .....	63
4.4 IMPLICAÇÕES DA INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS ESTABELECIDAS PELO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL .....	69
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	76
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	79

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema processual brasileiro é norteado por diversos princípios, dentre eles o do devido processo legal. Este princípio é visto como o princípio maior, fundamental, haja vista englobar os demais princípios processuais tendo como consequência um processo justo e devido.

Vigora no processo penal brasileiro o sistema acusatório, o qual é caracterizado pela imparcialidade do juiz, uma vez que as funções acusatórias e julgadoras não se concentram no mesmo órgão. Será estudado na presente monografia a prova testemunhal e como ela repercute no atual e no antigo sistema de inquirição.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a redação do artigo 212 do Código de Processo Penal após a reforma dada pela Lei 11.690/2008, que buscou extinguir os resquícios do antigo sistema processual penal, atribuindo às partes a função de questionar as testemunhas em juízo e, somente ao final, o juiz poderá esclarecer pontos que não ficaram claros durante o depoimento, diante da garantia assegurada aos indivíduos de um processo penal justo e devido.

Com essa análise, pretende-se verificar se a violação da regra imposta pelo artigo fere o princípio do devido processo legal, causando prejuízo às partes e até uma possível nulidade, tendo em vista que a ordem de inquirição de testemunhas prevista na nova redação continua sendo a mesma, ou seja, permanece o juiz sendo o primeiro a questionar a testemunha, não ferindo o sistema acusatório, já que ele é o destinatário das provas colhidas no processo.

A relevância social da pesquisa está na constatação de que há julgadores que ainda permanecem seguindo a regra da antiga redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, dando início eles próprios às perguntas e invertendo a sua ordem de inquirição, por entenderem que são os destinatários das provas colhidas no processo e que é mais lógico terem o primeiro contato com elas.

## 2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO PENAL

Tucci conceitua processo “como garantia outorgada pela Constituição Federal à efetivação do direito (subjetivo material e público) à jurisdição; vale dizer, à tutela jurisdicional do Estado”. (TUCCI, 2004, p. 61).

A ação judiciária, iniciada pela ação do autor, desenvolve-se por meio do processo, que aplica o direito aos casos concretos através dos órgãos jurisdicionais. O processo é o instrumento público de realização da justiça, devendo ele obedecer às normas previstas em lei, garantindo o direito de acesso à justiça e o direito ao processo legal.

### 2.1 ASPECTOS PONTUAIS SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O processo penal e o processo civil são instruídos pelos princípios constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal. Deles decorrem todos os demais princípios essenciais para garantir o direito à ordem jurídica justa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 93).

O princípio do devido processo legal está expresso no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 2015a).

O conteúdo presente no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, “devido processo legal” é expressão derivada do inglês “*due process of law*”. Os portugueses adotaram o princípio como “processo equitativo”; os italianos por “*processo giusto*”, e na Europa também é utilizada a expressão “*fair trial*”. Esse princípio consiste na garantia de que o conteúdo da jurisdição obedeça ao que está previamente estabelecido na lei (BONFIM, 2009, p. 39).

Outrossim, leciona Portanova:

Assim, pelo princípio do devido processo legal, a Constituição garante a todos os cidadãos que a solução de seus conflitos obedecerá aos mecanismos jurídicos de acesso e desenvolvimento do processo, conforme previamente estabelecido em leis. (2005, p. 145).

O princípio do devido processo legal deve ser analisado por duas perspectivas distintas: o devido processo legal material e o devido processo legal formal. O primeiro, conhecido como *substantive due process of law*, refere-se ao direito e às garantias do cidadão, protegendo-o contra qualquer atividade estatal que, sendo arbitrada de forma desproporcional, viola qualquer direito fundamental.

Nesse sentido:

O *substantive due process* tutela o direito material do cidadão, inibindo que lei em sentido genérico ou ato administrativo ofendam os direitos do cidadão, como a vida, a liberdade e a propriedade, outros destes derivados ou inseridos na Constituição (JANSEN, 2004).

O segundo, conhecido como *procedural due process of law*, defende garantias de natureza processual, tanto no trâmite do processo quanto na relação com o Poder Judiciário, já que:

Por outro lado, o devido processo legal formal apresenta-se composto pelas garantias processuais já mencionadas: direito ao contraditório e à ampla defesa, a um processo com duração razoável, ao juiz natural, à inadmissibilidade de produção de provas ilícitas, etc. Nesse caso, o principal destinatário do devido processo legal formal seria o magistrado (SOUZA, 2012).

Para Moraes, o princípio aludido tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, estabelecidos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que deverão ser assegurados a todos os acusados em processo judicial, *in verbis*:

Por *ampla defesa* entende-se que o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (MORAES, 2011, p. 113).

O princípio do contraditório está relacionado com a igualdade das partes e com o direito de ação, pois todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser discutida em processo terão garantida a oportunidade do contraditório, tendo em vista que há necessidade de dar conhecimento à parte contrária da existência da lide, a fim de que ela consiga se defender de atos que lhe são desfavoráveis, para que, ao final, o juiz analise todas as provas colhidas no processo, julgando-as da maneira mais justa.

A ampla defesa possui fundamento legal no contraditório. Ela é o centro do processo penal, pois assegura o desenvolvimento e a estrutura do processo, tendo em vista que ninguém poderá ser condenado sem ser ouvido. O princípio supra não beneficia somente o réu, mas também o autor e terceiros interessados no processo. Portanto, só haverá ampla defesa caso todas as partes possam exercer os direitos que a lei lhes assegura, tal como a produção de prova (ALMEIDA, 2002).

Registre-se, ainda, que o princípio do devido processo legal, em sua face atinente à ampla defesa, autoriza a produção de provas ilícitas *pro reo*. [...] Quando a prova obtida ilicitamente for indispensável para o exercício do direito fundamental à ampla defesa pelo acusado, de forma a provar sua inocência, não há por que negar a sua produção no processo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 642).

Nery Júnior (2002, p. 32) defende que a adoção do princípio do devido processo legal gerou todas as consequências processuais que garantiriam às partes o direito a um processo e a uma sentença justa, ou seja, o referido princípio é o gênero do qual os demais princípios processuais são considerados espécies. Portanto, cabe salientar que o princípio do devido processo legal é o princípio-base, norteador de todos os demais princípios que devem ser observados no processo.

É da referida norma constitucional que se extrai o princípio do devido processo legal, que confere a todo indivíduo o direito fundamental a um processo justo. Essa garantia possibilita às partes o exercício pleno de seus direitos, poderes e faculdades processuais (BONFIM, 2009, p. 41).

Da mesma forma, é o posicionamento da melhor doutrina:

A observância dos *elementos* que compõem o *perfil mínimo* do direito ao processo justo são os critérios a partir dos quais se pode aferir a *justa estruturação do processo*. O *processo justo depende da observância de seus elementos estruturantes*. A aferição da justiça do processo mediante a *verificação pontual* de cada um de seus elementos é *método* recorrente na

jurisprudência. Trata-se de *meio objetivo* de controle de justiça processual. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 707).

Por todo o exposto, extrai-se que o princípio do devido processo legal é a base legal para a aplicação dos demais princípios processuais (penais), qualquer que seja o ramo do direito processual, tendo por objetivo juntar as demais garantias processuais dos cidadãos, atuando como um inabalável sustento das normas estabelecidas em lei.

## 2.2 ORIGEM DO *DUE PROCESS OF LAW*

O princípio do devido processo legal originou-se na Inglaterra, com o advento da Magna Carta de 1215, meio de pacificação entre o Rei João Sem Terra e os barões feudais, que juraram retirar a aliança com o Rei e fazer guerra contra ele caso demorasse a restaurar as leis e a liberdade que detinha em seu poder. A Magna Carta foi também inspirada pelo Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d.C.), o qual estabeleceu, por escrito, pela primeira vez, que o Imperador deveria obedecer às leis do Império (DIDIER JR., 2013, p. 46).

Lima afirma que:

A Magna Carta reconheceu uma série de direitos feudais em resposta às demandas dos Barões, além de reparações devidas, em virtude do governo despótico do Rei João Sem Terra. Constava originariamente de 63 capítulos e foi expedida em latim. (1999, p. 27).

Para Nery Jr. (2010, p 80):

Embora a *Magna Carta* fosse instrumento de acentuado e deliberado reacionarismo, criada como uma espécie de garantia dos nobres contra os abusos da coroa inglesa, continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, que até hoje têm provocado a admiração dos estudiosos da história do direito e da historiografia do direito constitucional.

Não se pode perder de vista que a Magna Carta foi concedida a partir de quatro razões: a honra de Deus; pela saúde da alma do Rei; para a elevação da Santa Igreja; e para a melhoria do reino. A Igreja também se beneficiaria, pois os barões feudais se aliaram a ela, formando o Exército de Deus e da Santa Igreja. Foi

esse o ponto crucial que fez direitos individuais serem assegurados perante o Estado.

Portanto, não só o rei ganhou com a outorga da Carta, mas também a classe da nobreza, os barões. Estes se beneficiaram muito mais, tendo em vista não estarem mais submissos ao rei, conseguindo assim a distinção pretendida e também autorização para que se utilizassem de trabalho escravo a fim de aumentar a produção do feudo.

A intenção inicial da outorga da Carta era de que os direitos permanecessem restritos somente aos envolvidos no pacto, o rei e os barões, uma vez que o documento fora escrito na língua latina, idioma que as classes mais pobres não tinham acesso (MEDEIROS, 2000, p. 114). Não obstante essas particularidades, o documento foi chamado de *law of land*, ou seja, “lei da terra”, e acabou por alcançar também as relações entre os barões e os populares. Essa abrangência do documento se deu por conta do item 39 da Magna Carta, que se expressa nos seguintes termos:

Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de suas liberdades ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer outra maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país. (MEDEIROS, 2000, p. 111).

Turbay Jr. faz uma análise acerca do assunto:

No começo o princípio foi conhecido como *law of land*, - Lei da terra - tendo uma inspiração jusnaturalista que influenciava as instituições jurídicas anglo saxônicas, significava que os direitos naturais elencados na Magna Carta somente poderiam sofrer a intervenção do Estado por intermédio de procedimentos aceitos pela sociedade conforme a lei da terra, ou seja, conforme o que se entendia por direito na *commom law*, que tinha sua força nos precedentes judiciais. (2012).

Com a evolução da sociedade, a lei da terra foi entendida como lei justa e compatível com os princípios que regem um conjunto de pessoas viventes num mesmo território (MEDEIROS, 2000, p. 118). Com a exigência de julgamento segundo a lei da terra, foi instituído por Eduardo III a expressão hoje conhecida como “*due process of law*”. Ambas as expressões “*law of land*” e “*due process of law*” tiveram somente um sentido originário: garantias processuais.

Conforme Lima (1999, p. 34-35):

Somente no ano de 1354, quando a Magna Carta é confirmada sob o reinado do Rei Eduardo III, é que o documento aparece pela primeira vez no idioma inglês. É em razão de lei do mesmo ano, conhecida como *Statute of Westminster of the Liberties of London*, que no Capítulo 39 da Magna Carta de 1215, em lugar do enunciado em latim *per legem terrae*, passa a figurar a expressão inglesa *due process of law*. Essa substituição de expressões foi feita por um legislador desconhecido.

A filosofia do Rei Eduardo III serviu de influência às colônias inglesas da América. Foi o principal motivo para a adoção de constituições escritas nos Estados Unidos, pois mesmo após a independência das Colônias da América do Norte a influência inglesa permaneceu, fazendo com que as colônias ficassem unidas e fortes, surgindo a ideia da formação da Federação dos Estados Unidos (TURBAY JR., 2012).

Nota-se que, mesmo antes da Constituição Federal, algumas constituições estaduais dos Estados Unidos, tais como as de Maryland, Pensilvânia, Massachusetts e Carolina do Norte já adotavam a expressão e o uso do *due process of law*.

Entretanto, o *due process of law* ganhou grande força a partir de sua implantação no direito norte-americano, ou, para ser mais preciso, na *common law* aplicada na América colonial. E isto, o desenvolvimento mesmo no direito inglês, suas bases, bem como a sua aplicação na “Nova Inglaterra”, e aqui, calcada em bases diversas, fez o devido processo ganhar uma nova dimensão, muito mais abrangente e efetiva do que a originária. (MEDEIROS, 2000, p. 119).

No ano de 1787, na Filadélfia, originou-se a primeira Constituição Federal Americana, que exigia a adesão de no mínimo nove Estados. Os Estados demonstraram resistência na ratificação da Constituição, em razão da ausência no documento de cláusulas expressas que assegurassem os direitos individuais, o que poderia dar margem à instalação de um governo autoritário.

Essa a característica central da dinâmica dos trabalhos da chamada “Convenção da Filadélfia”. De um lado, os federalistas; e de outro os antifederalistas. Como visto, tanto na Convenção da Filadélfia quanto nos congressos estaduais, durante o processo de ratificação, o debate esteve longe de ter sido ameno e cavalheiresco. E continua até hoje sendo renovado sempre que União e Estados-membros disputam espaço para dispor sobre as mais diversas questões. (RAMOS, 2006, p. 157-158).

Então, no ano de 1789, fora ratificada a Constituição, após a introdução de diversas emendas por James Madison, tendo ao fim sido chamada de Carta de Direitos (*The Bill of Rights*), passando a vigorar em 1791. No artigo 5º desta Carta encontrava-se a ideia do devido processo legal:

Ninguém poderá ser detido para responder por crime capital, ou por outra razão infame, salvo por denúncia ou acusação perante um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser sujeito, por duas vezes, pelo mesmo crime, e ter sua vida ou integridade corporal postas em perigo; nem poderá ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem poderá ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. (RAMOS, 2006, p. 265).

Após a imposição da Carta de Direitos, a federação teve dificuldades para convencer os Estados-membros a aplicar os direitos previstos na nova Constituição, pois estes ainda possuíam grande autonomia e cada qual continuava com sua respectiva Constituição em vigor. Os governantes estaduais defendiam a ideia de que a Carta de Direitos somente protegia direitos na esfera federal, e não em relação às questões internas de cada Estado-membro. (TURBAY JR., 2012).

Após a resolução dos conflitos, em 1868, entrou em vigor a décima quarta emenda, que passou a ser chamada de cláusula do devido processo legal. Ela tinha a seguinte redação:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado-membro onde residam. Nenhum Estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis. (RAMOS, 2006, p. 269).

Destarte, o devido processo legal passou a ser uma norma protetora dos direitos fundamentais, uma garantia a todos os indivíduos de um processo legal e justo e dos demais direitos expressos na Carta, fortalecendo a democracia.

Em âmbito mundial, o princípio do devido processo legal foi adotado pela Alemanha, ao longo da Lei Fundamental de *Bonn*; na Argentina, sob influência norte-americana; na Espanha, após a promulgação da Constituição de 1978. Ademais, os direitos fundamentais alcançaram grandes conquistas cujos reflexos se

fizeram sentir também no Brasil, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, que traz no seu artigo 7º:

Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude de lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. (MEDEIROS, 2000, p. 138).

Ainda na esteira das conquistas dos direitos fundamentais, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, que traz em alguns dos seus artigos os seguintes textos:

Artigo IX. Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado;  
Artigo X. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele;  
Artigo XI. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. (ALVES, 2013).

Também a Convenção Americana de Direitos Humanos apresenta em seu artigo 8º algumas disposições acerca do devido processo legal:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.  
2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido

pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça (ALVES, 2013).

No direito brasileiro, o devido processo legal passou a figurar expressamente a partir da Constituição de 1988. Antes da promulgação da Carta de 88, o princípio consistia em uma norma implícita, observável desde a Carta Imperial de 1824, período no qual já constava a cláusula “*due process of law*” na Constituição dos Estados Unidos. O Brasil não sofreu influência direta, entretanto houve conteúdo limitativo no tocante aos direitos humanos.

As Constituições seguintes (de 1891 a 1969) previam a possibilidade de enumeração dos direitos, garantias e princípios na forma exemplificativa, e não taxativa e expressa, autorizando a sua aplicação em todos os contextos jurídicos-políticos, ou seja, cabia às pessoas interpretar de forma implícita os direitos e garantias que o legislador expôs na Constituição (LIMA, 1999, p. 166).

Após a instalação da Carta Magna de 1988, consagrou-se expressamente a cláusula do devido processo legal no sistema jurídico brasileiro no artigo 5º, inciso LIV:

Dissemos também que o princípio do *due process of law*, em verdade, abrange uma série de outros princípios, que, por isso mesmo, de rigor, não precisariam sequer constar expressamente do texto constitucional, e nem por isso deixaram de estar nele compreendidos. Nada obstante, tem-se por louvável a preocupação do constituinte de 1988 em fazer constar do texto constitucional uma série de princípios que, a rigor, estariam contidos no devido processo legal (ALVIM, 2010, p. 116).

Finalmente, no Brasil, foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, através do Decreto Nº678, de 06 de novembro de 1992.

Segundo Medeiros:

Esse Estatuto traz vários dispositivos inerentes ao processo penal, elencando, v.g., no art. 5º, item 2., o repúdio à tortura, e a imposição de

tratamento digno aos presos; no item 4., a separação, na prisão, dos processados e dos já condenados; no item 5., o trato processual penal diferenciado aos menores, nos países e casos onde estes possam ser processados; no art. 7º, item 2., a anterioridade da lei na privação da liberdade; item 3., proibição da detenção ou encarceramento arbitrários; item 4., informação ao detido das razões da detenção; item 5., condução do detido, sem demora, à presença de um juiz e celeridade do julgamento; e, no art. 8º, finalmente, os corolários diretos do devido processo. (2000, p. 145-146).

O devido processo legal sofreu um acúmulo histórico para sua compreensão. Ao longo dos anos, existiram diversas conquistas dos direitos fundamentais para assegurar aos cidadãos um processo adequado e razoável. As concretizações do devido processo legal são consequências de sua aplicação e estabelecem o modelo constitucional do processo brasileiro, que é justo e obedece às égides da lei.

Deve-se ter em mente que o princípio do devido processo legal é um dos liames que permitirá a coerência do trinômio direito-processo-democracia. O sistema processual penal sempre refletiu(rá) a cultura da sociedade da época, ou seja, a resposta que o povo e o Estado de determinado período histórico que dar aos atos ilícitos cometidos. (SANTANA, 2012).

Tendo em vista que o sistema processual penal reflete a cultura da sociedade, os países de tradição democrática que respeitam a liberdade individual<sup>1</sup> adotam o sistema acusatório. Já nos países em que historicamente predominaram o autoritarismo e o totalitarismo em confronto com os direitos individuais, adota-se o sistema inquisitório.

### 2.3 SISTEMAS INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO

Inicialmente, Bueno (1996, p. 609) define “sistema” como:

Conjunto de partes coordenadas entre si; corpo de doutrina; conjunto de partes similares; forma de governo; constituição política ou social de um Estado; conjunto de leis ou princípios que regulam certa ordem de fenômenos; plano; modo; hábito; uso; método.

---

<sup>1</sup> Para Bianchi (2011), “a liberdade de cada pessoa é essencial para se ter uma vida plenamente satisfatória. Quando alguém não possui a sua própria liberdade, ela não consegue se desenvolver como pessoa. A liberdade de se expressar, a liberdade de pensamento e de ação são fundamentais para qualquer um”. Um dos fundamentos do sistema acusatório é o Estado Democrático de Direito, o qual prevê o respeito às liberdades individuais e às garantias fundamentais do ser humano. Portanto, os países que elegem esse sistema de Estado, conseqüentemente adotam o sistema processual penal acusatório.

Rangel (2015, pp. 46-47) conceitua sistema processual penal da seguinte forma:

[...] é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.

Por meio de um recorte histórico, pode-se dizer que o sistema inquisitório surgiu no Império Romano, através do Direito Canônico, diante da insuficiência do antigo sistema acusatório, o qual se mostrou ineficaz para as novas necessidades de repressão dos delitos. Assim, originou-se a reunião em um mesmo órgão estatal das funções de acusar e julgar o autor do ato delituoso, que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz, respectivamente. “Foi a solução encontrada para retirar das mãos do particular as funções de acusar, já que este só o fazia quando queria, reinando, assim, certa impunidade, ou tornando a realização da justiça dispendiosa.” (RANGEL, 2015, p. 47).

Lopes Júnior faz uma análise acerca desse sistema:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusado. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. (2014, p. 98).

Conforme citado, o acusado perde sua qualidade de parte no processo e configura-se como objeto de investigação iniciada de ofício pelo juiz. O sistema inquisitório é mediado pelo princípio inquisitivo, que prevê a fuga dos direitos e garantias individuais em favor do interesse social de ver o acusado ser punido, tendo em vista que o réu é tido como mero figurante, já que se submete a condições desumanas no decorrer do processo, como a tortura, figurando mais como objeto do que como sujeito de direitos. Em razão disso, de acordo com esse sistema, os

direitos de um indivíduo não podem se sobressair ao interesse coletivo (TÁVORA, 2015, pp. 35-36).

Para Mirabete (2004, p. 43), essa modalidade de sistema era mais uma forma de autodefesa do controle da justiça do que um método de apuração da verdade real.

Além de concentrar as funções acusadora e julgadora, o juiz inicia o processo de ofício; ou seja, não há contraditório. Portanto, a igualdade e a liberdade processuais são abolidas. O processo é totalmente sigiloso e escrito, e é o juiz quem recolhe e analisa as provas para, ao final, proferir a sentença. No decorrer do processo, o juiz poderia sujeitar o acusado a torturas, com o fim de obter sua confissão, a qual era considerada a rainha das provas (TOURINHO FILHO, 2006, p. 92).

Conforme José Carlos G. Xavier de Aquino, “o processo penal é um instrumento de castigo. A idéia de justiça parece obnubilada por uma concepção autoritária e despótica do Estado de polícia. Todo meio é legítimo para defender a sociedade”. (2009, p. 34).

Assim, o sistema inquisitório mudou o processo de forma severa, transformando-o em uma disputa acirrada entre juiz-inquisidor e acusado. Este figurando como objeto investigado; aquele, como parte no processo, atuando como acusador e julgador. O sistema enfraqueceu com o advento da Revolução Francesa, com o apoio de movimentos filosóficos que instituíram novos postulados de valorização do homem, os quais repercutiram também no processo penal.

Após a Revolução Francesa, vigorou novamente o sistema acusatório, com algumas modificações em relação ao antigo modelo. O sistema acusatório é a antítese do sistema inquisitório. É caracterizado pela separação de funções, trazendo uma clara distinção entre acusação e julgamento. A atividade probatória deve ser de iniciativa das partes, sustentando-se a sentença no livre convencimento do juiz. “Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a **gestão de prova**, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor.” (TÁVORA, 2015, p. 37, grifo do autor).

Neste sistema, o acusado volta a ser considerado parte no processo, sendo-lhe assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como a possibilidade de recorrer das decisões ao duplo grau de jurisdição. O procedimento

goza de publicidade e é predominantemente oral. No referido sistema, a atividade do juiz é manifestada quando devidamente provocada, em obediência ao princípio da inércia. Lopes Júnior faz uma crítica acerca da inércia jurisdicional:

É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até o hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro. (2014, p. 95).

Ainda:

Em decorrência dos postulados do sistema, em proporção inversa à inatividade do juiz no processo está a atividade das partes. Frente à imposta inércia do julgador se produz um significativo aumento da responsabilidade das partes, já que têm o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos. Isso exige uma maior responsabilidade e grau técnico dos profissionais do Direito que atuam no processo penal. (2014, p. 96).

É o autor quem faz a acusação, assumindo todo o ônus dela. Em contrapartida, o réu exerce em plenitude os seus direitos garantidos constitucionalmente, devendo se defender utilizando todos os meios e recursos possíveis à sua defesa. Deste modo, cria-se o *atum trium personarum*, ou seja, os três personagens do processo: juiz, autor e réu (RANGEL, 2015, p. 49).

O Estado criou um órgão próprio para exercer o papel de acusador, o Ministério Público, autor da ação penal, que afastou por completo o juiz da persecução penal. Conforme Tourinho Filho (2006, p. 91), o autor da ação penal também poderá ser o ofendido ou seu representante legal e qualquer cidadão do povo, nos casos de ação penal privada, quando somente o ofendido possui legitimidade para propor a ação, bem nos casos de ação penal privada subsidiária da pública, quando o Ministério Público deixa de oferecer denúncia em um crime de iniciativa pública no prazo legal, e o ofendido passa a exercer o papel de acusador.

O réu deixou de ser mero objeto de investigação, passando a ser parte no processo, detentor de diversos direitos, haja vista seja ele, antes de acusado, sobretudo, um cidadão. Seu direito mais relevante é a indisponibilidade de defesa.

Da mesma maneira, ensina Garbin:

Em razão da indisponibilidade do direito de defesa e da necessidade de o acusado estar assistido por pessoa com capacitação técnica suficiente para tornar efetivo o exercício de tal direito, há obrigatoriedade da intervenção do defensor, pela qual, ainda que não queira, o terá nomeado para o patrocínio de sua defesa, não tendo, poderá ser anulado o processo. (2012).

Cabe ao Estado, por meio de Defensoria Pública, criar e manter mecanismos que forneçam estrutura semelhante a todas as pessoas que não possuem condições de suportar os altos honorários cobrados por um advogado particular. É um dever do Estado criar um serviço público de defesa bem estruturado, como é o Ministério Público, a fim de assegurar o mínimo de paridades entre as partes para se obter a justiça (LOPES JR., 2014, p. 96).

Diante da função espectadora do juiz no sistema acusatório, cumpre a ele permanecer inerte até o momento em que for provocado, a partir do qual passa a analisar as provas colhidas no processo com base no livre convencimento, a fim de alcançar a verdade real e julgar o processo da forma mais imparcial e justa possível.

O juiz não é considerado parte no processo, devendo ser o órgão da jurisdição imparcial, atuando como um árbitro que se move por impulso das partes. É a separação de funções que efetiva a imparcialidade do juiz. “Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.” (LOPES JR., 2014, p. 96).

Destarte, para se obter a concretização do sistema acusatório as funções de acusar e julgar devem estar devidamente desmembradas, cada qual em pessoas distintas. A separação inicial de ambas as funções é pressuposto necessário para, além de configurar o caráter acusatório do processo, assegurar uma sentença justa e imparcial ao acusado.

#### 2.4 MODELO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os sistemas processuais decorrem do modelo e período político de cada época e localidade, pois, conforme o estado se aproxima do autoritarismo, os direitos do acusado são diminuídos. Todavia, à medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito as garantias do denunciado são asseguradas (RANGEL, 2015, p. 53).

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como constituição cidadã, por ter ampla participação do povo em sua elaboração, estabeleceu o modelo de Estado brasileiro como sendo o democrático. Este modelo de Estado prevê que todo o poder emana do povo e que a proteção e garantia dos direitos fundamentais é uma questão primordial. Conforme explica Silva (2011, pp. 119-120):

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas, etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas e de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Outrossim, o Estado Democrático de Direito impõe a necessidade de reconhecimento e prevalência dos direitos fundamentais de modo que estes possam sustentar uma melhor interpretação do Direito, especialmente o Direito Penal e Processual Penal, além de serem uma meta de política social. Com isso, surgem dois pressupostos de interpretação constitucional: o da máxima efetividade dos direitos fundamentais e o da proibição de excesso (PACELLI, 2015, p. 32).

Deste modo, o artigo 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988 estabelece como fundamento a dignidade da pessoa humana. Com base neste princípio tem-se que o cidadão é detentor de uma vida digna com condições mínimas para sobreviver, sendo-lhe assegurado, de acordo com o artigo 6º da Constituição, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

O conteúdo deste princípio reflete um conjunto de valores civilizatórios integrados ao homem, ou seja, a matéria jurídica é ligada às liberdades públicas, envolvendo aspectos individuais, coletivos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais, metaindividuais, econômicos, educacionais, culturais. A dignidade humana começa a surtir efeitos desde a concepção, durando até a morte (BULOS, 2008, p. 392).

Além de o referido princípio ser fundamental, é também considerado como princípio geral, tendo em conta que ele é a base de todos os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (BRASIL, 2015a).

O artigo supra apresenta garantias processuais que derivam do sistema acusatório. Fernando Capez pontua algumas delas:

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput* e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII) [...] É o sistema vigente entre nós. (2014, p. 81).

Rangel (2015, p. 50), Tourinho Filho (2006, p. 94), Capez (2014, p. 81) e Grinover (2013, p. 67) defendem a ideia de que a Constituição de 1988 adota o sistema acusatório como o modelo processual penal brasileiro, tendo em vista que prevê em seu ordenamento todas as características do referido sistema, dentre as quais a mais discutida e relevante é a desvinculação da função de acusar da pessoa do juiz, criando-se um órgão próprio para tal atividade.

Hodiernamente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório (cf. art. 129, I da CRFB), pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular. Não temos a figura do juiz instrutor, pois a fase preliminar e informativa que temos antes da propositura da ação penal é a do inquérito policial e este é presidido pela autoridade policial. (RANGEL, 2015, p. 50).

Ademais, o sistema acusatório surgiu na ordem jurídica brasileira como resultado do princípio do devido processo legal, disposto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição de 1988, que garante ao acusado um processo justo e devido, com um órgão acusador e outro julgador, imparcial.

Entendemos que o “devido processo legal” está vinculado diretamente à depuração do sistema acusatório, mormente quando conjugado com a regra do art. 129, inc. I, do novo texto constitucional, bem como com as demais

normas que sistematizam e asseguram a independência do Poder Judiciário, em prol de sua imparcialidade e neutralidade na prestação jurisdicional e aquelas outras que, igualmente, tutelam a autonomia e independência funcional dos órgãos do Ministério Público. (JARDIM, 1991, p. 465).

Assim, é necessário o reconhecimento da conexão entre o devido processo legal, que atua na norma processual vigente na legislação brasileira, e o sistema acusatório, que, além de atuar na norma processual, intervém na ação propriamente dita do julgador, já que ambos visam a impedir que o legislador e o judiciário desnaturem as normas constitucionais em prejuízo aos direitos e garantias individuais.

Em contrapartida, há entendimentos da doutrina, como os de Nucci (2013, p. 129) e de Távora (2015, p. 38), que afirmam que o sistema processual penal brasileiro é misto, haja vista que em determinadas fases do processo (pré-processual e processual propriamente dita) figura o inquisitório e o acusatório. Predomina o sistema inquisitório na fase pré-processual, fase de investigação, onde inicia o inquérito policial, e o acusatório, na fase processual propriamente dita, na qual o Ministério Público, convencido das provas colhidas no inquérito policial, instaura a ação penal contra o indiciado.

Na visão de Nucci:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva. (2013, p. 129).

Não é harmoniosa a conclusão da real classificação do processo penal brasileiro. Para os defensores do sistema acusatório, o inquérito policial não é considerado processo, visto que é mera fase de investigação, a qual todas as provas obtidas não são acolhidas para formação do convencimento do acusador, pois o oferecimento da ação penal pode ser autônomo, sem acompanhamento do inquérito. Já para os protetores do sistema misto, o inquérito é visto como processo. E se inquérito é processo, o sistema adotado é o misto, por aglutinar o sistema inquisitório e o sistema acusatório na formação do processo (AQUINO, 2009, p. 36).

À vista disso, o sistema acusatório é o adotado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Processo Penal. Contudo, conforme exposto acima por Guilherme de Souza Nucci, o Código de Processo Penal ainda possui resquícios do sistema inquisitório, fazendo com que dúvidas acerca da real natureza do sistema processual brasileiro permaneçam frequentes.

### 3 PROVAS NO PROCESSO PENAL

O processo funda-se em fatos fundamentados que servem de base para corresponder ou não à verdade. Em contrapartida, o réu expõe afirmações controversas aos fatos da acusação, que também podem ser verdadeiras ou não.

As dúvidas acerca da veracidade das afirmações expostas pelas partes estabelecem questões de fato que devem ser analisadas pelo juiz ao julgar, ou seja, o julgamento do juiz deve ser norteado pelas provas colhidas no processo através das alegações feitas pelas partes, a fim de atingir a verdade real<sup>2</sup>.

#### 3.1 DEFINIÇÃO E PERSPECTIVA DE PROVA

O Código de Processo Penal regulamenta a prova em seu título VII, a partir do artigo 155. No conceito de Grinover (2013, p. 385), prova é “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”. Isto é, o julgamento do juiz será baseado nas afirmações feitas pelas partes através de exposição de fatos.

Na visão de Paulo Rangel (2015, pp. 461-462) prova é “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”.

Nesse diapasão, pode-se perceber que o destinatário das provas é o juiz, que formará sua convicção a partir dos fatos trazidos aos autos. Também a finalidade do colhimento de provas no processo é formar o convencimento do juiz, fornecendo os subsídios necessários para sua decisão. É a procura pela verdade processual. Só assim é possível decidir de forma mais acertada, fazendo o que todos almejam: a justiça. Neste sentido, assegura Tourinho Filho:

Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar esse fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as

---

<sup>2</sup> Conforme Távora (2015, p. 57), a verdade real é inatingível, posto que no momento do contraditório seja rara a lembrança perfeita do que realmente aconteceu no momento da materialização do crime, muitas vezes anos antes da audiência de instrução, debates e julgamento. Portanto, o autor afirma que se deve buscar a verdade processual, caracterizada pela verossimilhança dos fatos.

provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela maneira. (2006, p. 214).

Pois bem, a finalidade da instrução processual, momento no qual é feita a produção de provas, é apresentar os fatos ao destinatário principal (o magistrado) tornando-os conhecidos com o fim de o julgador atingir seu estado de certeza, convencendo-se da existência dos acontecimentos demonstrados pela parte.

Provar é constituir a existência da verdade. Sendo assim, as provas são os meios pelos quais se busca constituir a verdade. As provas também são estabelecidas como instrumentos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz a fim de formar no processo a existência de fatos. Provar significa mostrar aos outros uma verdade conhecida por nós (TOURINHO FILHO, 2006, p. 213).

O processo civil, em diversos dispositivos, adota o princípio da verdade formal, pelo qual o juiz, via de regra, se contenta com as provas trazidas pelas partes ao processo, sem a necessidade de diligenciar de ofício para a obtenção da verdade. Tem-se como exemplo o artigo 344 do novo Código de Processo Civil, o qual dispõe que, se o réu não contestar a ação, será considerado revel e serão presumidos verdadeiros os fatos alegados pelo autor, bem como o artigo 141 do mesmo diploma legal, que possui a seguinte redação: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.” (BRASIL, 2016b).

Para Lopes (2014), a utilização da verdade formal no processo civil não é interpretada como um grau de segurança menor na prestação jurisdicional, e sim como a certeza de uma maior celeridade processual. Em suas palavras:

[...] adota-se a verdade formal como implicação de um procedimento permeado por inúmeras formalidades para a colheita das provas, utilizando-se presunções legais definidas aprioristicamente pelo legislador, tais como preclusão, coisa julgada, revelia, confissão. Enquanto que no processo penal só a verdade real interessa, no processo cível convém a verdade aparente.

Por outro lado, o processo penal é norteado pelo princípio da verdade real, em que predomina o sistema de livre investigação de provas. Segundo Mirabete (2004, p. 47):

Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.

Deste modo, a aquisição da verdade real decorre da busca de melhores provas, não podendo o juiz se satisfazer apenas com as evidências trazidas pelas partes, devido ao sistema de livre investigação de provas. Nucci acrescenta:

É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, através do raciocínio, de que a sua noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais falsa, que é um “juízo não verdadeiro”. (2013, p. 398, grifos do autor).

Almeja-se o melhor resultado possível na resolução da lide, a verdade real reproduzida com aquilo que foi exposto nos autos. Isso justifica por que a produção de provas no processo deve ser feita com qualidade, tendo em vista que só é possível haver condenação se houver certeza da culpabilidade do denunciado, que é obtida por meio de provas de fato sólidas, e não através de suposições (TÁVORA, 2015, p. 560).

Portanto, tem-se como objeto da prova todos os fatos que exijam comprovação, ou seja, os fatos capazes de gerar dúvida. Segundo Mirabette, é “aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio”. (2004, p. 275). Para o mesmo jurista (2004, pp. 275-276), serão objeto de prova os fatos controversos, isto é, aqueles introduzidos pelas partes, haja vista que o juiz não é compelido a aceitar o que as partes alegam, uma vez que se deve chegar à verdade dos fatos tais como ocorreram realmente, e não como os litigantes querem.

Em contrapartida, não serão objetos de prova os fatos axiomáticos, os fatos notórios e os fatos presumidos, pois os fatos axiomáticos são evidentes por si mesmos, indiscutíveis e indubitáveis de maneira segura; os fatos notórios são de conhecimento do homem médio, portanto, de conhecimento do juiz; e os fatos

presumidos levam em conta aquilo que acontece em geral, presumindo-se o fato como verdadeiro.

O objeto da prova é confirmado por meio de todos os recursos que o juiz utiliza, direta ou indiretamente, para conhecer a verdade dos fatos. Ou seja, os meios de prova são o método pelo qual o julgador se utiliza para formar sua convicção sobre as alegações feitas pelas partes. O Código de Processo Penal dispõe sobre vários meios de provas nos artigos 158 a 250, que são instrumentos importantes para a formação da verdade real.

Gomes Filho (1997 apud RANGEL, 2015, p. 463) afirma: “Os mecanismos probatórios visam à formação e à justificação do convencimento judicial, (...) pois somente a concreta apreciação da prova, verificável pela motivação da sentença, assegura a efetividade do direito à prova”.

A prova é, assim, o instrumento para que as partes intervenham no estado de certeza do juiz e o método de que ele utiliza para verificar a veracidade dos fatos expostos pelos litigantes. É a soma dos fatos apurados no processo.

### 3.2 EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE APRECIÇÃO DE PROVAS

A verdade real decorre da apreciação das provas, as quais, por sua vez, se fundam em um determinado sistema. A administração da prova e sua respectiva valoração pelo juiz sofreu diversas mudanças com o decorrer dos anos, conforme os costumes, as convicções do povo e do sistema de apreciação adotado por ele.

Antes de tudo, adotou-se o sistema étnico ou pagão, um sistema empírico no qual a apreciação das provas era feita pelas impressões do juiz, com base nas suas experiências. Após, foi instituído o sistema religioso ou ordálio, que definia a inocência ou culpa do indivíduo a partir de um julgamento divino. Os ordálios tinham a falsa crença de que a divindade intervinha nos julgamentos, e que a veracidade dos fatos era demonstrada por sinais externos no corpo do indivíduo, que era submetido a provas corporais dolorosas, por exemplo, a prova do ferro em brasa, na qual o acusado andava descalço sobre uma chapa de ferro em brasa, sendo considerado inocente caso nada lhe acontecesse. A partir da formação dos Estados absolutistas, o poder passou a se concentrar nas mãos de um soberano, que deixou

de ser porta-voz da divindade para se tornar julgador, originando o sistema hoje conhecido como legal ou tarifado (AVENA, 2015, p. 461).

Os sistemas hoje adotados nas legislações do mundo são o tarifado, o do livre convencimento e o da íntima convicção. O sistema da íntima convicção é caracterizado pela valoração das provas a partir das experiências e impressões pessoais do juiz, sem que haja a necessidade de motivar suas decisões, podendo também utilizar de provas que não estão no processo. Renato Brasileiro de Lima afirma:

Esse sistema permite que o magistrado avalie a prova com ampla liberdade, decidindo ao final do processo de modo a aplicar o direito objetivo de acordo com sua livre convicção (*secunda conscientia*), não estando obrigado a fundamentar sua conclusão. A decisão é o resultado da convicção do magistrado, sem que seja necessária a demonstração de razões empíricas que justifiquem seu convencimento, o que permite, em tese, que o juiz julgue com base na prova dos autos, sem a prova dos autos, e até mesmo contra a prova dos autos. A vantagem desse sistema é a liberdade que o magistrado tem para avaliar as provas de acordo com sua livre convicção, não estando preso a um sistema tarifado fixado em abstrato e a priori pelo legislador. Apresenta, no entanto, o gravame de não se exigir do magistrado qualquer espécie de fundamentação, o que compromete o controle sobre o exercício da função jurisdicional. (2015, p. 603).

Por essas razões, legislação brasileira não adotou esse sistema, já que a Constituição Federal de 1988 institui em seu artigo 93, inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. (BRASIL, 2016). Entretanto, no rito do Tribunal do Júri, excepcionalmente, os votos não são fundamentados, devendo os jurados somente responder os quesitos formulados pela autoridade judiciária com as palavras “sim” e “não”, conforme determina o artigo 486 do Código de Processo Penal.

No sistema tarifado ou legal a lei estabelece o valor de cada prova, não podendo o magistrado decidir contra a previsão legal. O referido sistema foi instituído a fim de evitar decisões motivadas na íntima convicção do juiz, pois cada prova possui um valor preestabelecido, vinculando a decisão do magistrado às provas apresentadas no processo, o qual deve sentenciar tendo por base a soma dos fatores probatórios.

Nesse sentido, Brito (2015, p. 194) alega que esse sistema é:

(...) uma tentativa de “tabelar” quais os tipos de prova admissíveis para demonstrar certo fato ou relação jurídica e ainda qual tipo de prova valeria mais. Assim, por esse sistema somente se poderia demonstrar determinado fato utilizando-se de determinada prova; na inexistência desta, tal situação não estaria jamais provada. Nesse contexto, a confissão, por exemplo, era considerada a “rainha das provas”, possuindo o mais alto valor probatório, não podendo, portanto, ser suplantada.

O Código de Processo Penal não adota o sistema tarifado, todavia apresenta algumas exceções que vinculam o juiz a determinadas provas. O artigo 62, por exemplo, determina que, em caso de morte do acusado, o juiz somente declarará extinta a punibilidade após a vista da certidão de óbito e depois de ouvido o Ministério Público. Também o artigo 155, parágrafo único, do mesmo diploma legal, estabelece que a prova de estado das pessoas, no direito penal, exige restrições semelhantes às estabelecidas pela lei civil.

Por fim, o sistema do livre convencimento, vigente no Código de Processo Penal brasileiro, prevê que todas as decisões do juiz devem ser motivadas com base nas provas colhidas no processo, tendo em vista a adoção do princípio constitucional do contraditório, que implica garantia da fundamentação das decisões judiciais, de acordo com o que o artigo 155, caput, do Código de Processo Penal expõe:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 2016c).

Com base na redação do artigo supra, nota-se que esse sistema não limita o juiz aos meios de prova regulamentados em lei, ou seja, mesmo as provas sem regulamentação poderão ser admitidas na formação da convicção do juiz, desde que a decisão seja fundamentada, e as provas do processo tenham obedecido às regras dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O juiz, apesar de não seguir suas experiências pessoais, tira seu convencimento a partir das provas produzidas nos autos, valorando a qualidade probatória de cada uma. A certeza é formada na consciência do valor de cada prova, condicionada pelas regras jurídicas, pois o magistrado deve expor na sentença os motivos pelos quais optou por tais fatos probatórios que formaram sua consciência de certeza (SANTOS, 2011, p. 423).

Igualmente, justifica-se a adoção desse sistema de valoração de provas porque

[...] a motivação da decisão se torna o melhor ponto de referência para verificar se a atividade das partes foi efetivamente respeitada. E, ainda, [...] é na configuração do juízo de fato que mais relevante se torna o dever de motivar, porquanto é no campo da valoração das provas que se deixa ao juiz margem maior de discricionariedade. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2010, p. 119).

No sistema penal brasileiro, a prova, portanto, é um elemento de apreciação que forma a livre convicção do julgador, prevista no sistema acusatório – o vigente no País. Entretanto, percebe-se que, apesar da liberdade conferida ao juiz para a valoração das provas, há exceções que exigem a apreciação tarifada de prova, que impõem ao magistrado o dever de ater-se ao que estabelece o ordenamento.

### 3.3 PROVA E NULIDADE

#### 3.3.1 Conceito e princípios da nulidade

São considerados atos válidos aqueles praticados em conformidade com lei e, em razão disso, produzem efeitos no ordenamento jurídico. Aos atos que desviam do que a lei regulamenta, esta estabelece sanções que variam de acordo com o grau de intensidade do desvio do tipo legal (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2010, p. 17).

São chamadas de nulidade as sanções que a lei estabelece para sanar os desvios que os atos produzem ao decorrer do tempo. Entretanto, somente serão alvos de nulidade os atos existentes, ou seja, os que produzem efeitos jurídicos até a decretação da nulidade. Portanto, não serão considerados nulos os atos inexistentes, aos que faltam de forma absoluta algum elemento exigido em lei capaz de condenar-lhes a existência. Se o ato nunca existiu, nunca produziu efeitos e nunca poderá ser convalidado. Um exemplo típico de ato inexistente é uma sentença proferida por pessoa que não é juiz.

Na visão de Rangel (2015, p. 942) “nulidade não é o vício que inquina o ato, mas, sim, a sanção que se aplica ao ato viciado, em desconformidade com a lei.

A nulidade é a consequência da prática do ato em desconformidade com a lei e não a desconformidade em si”. Destarte, também não serão objetos de nulidade os atos irregulares em que o desacordo com a norma legal é mínimo, cujo desvio seja insuficiente para descaracterizá-los. É mera irregularidade, por exemplo, a não entrega de cópia da pronúncia aos jurados; embora esteja regulamentada em lei, os jurados conseguirão ter noção do alcance da pronúncia durante o julgamento.

Com relação aos atos nulos, é importante numerar previamente os princípios norteadores da nulidade. O primeiro princípio é o do prejuízo, considerado por Grinover (2010, p. 25) a “viga mestra do sistema das nulidades”, visto que não há nulidade sem prejuízo, ou seja, para que o ato possa ser considerado nulo é necessário que cause prejuízo às partes. O Código de Processo Penal introduz o título das nulidades mencionando esse princípio, fazendo, portanto, com que seja considerado a viga mestra. Assim, expõe o artigo 563 do Código de Processo Penal: “Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.” (BRASIL, 2016c).

Lima acrescenta:

O princípio do prejuízo aí previsto deriva da ideia de que a tipicidade dos atos processuais funciona apenas como um instrumento para a correta aplicação do direito. Logo, eventual desobediência às formas prescritas em lei só deve acarretar a invalidação do ato processual quando a finalidade para a qual foi instituída a forma restar comprometida pelo vício. Em síntese, somente a atipicidade relevante, capaz de produzir prejuízo às partes, autoriza o reconhecimento da nulidade. (2015, p. 1571).

Deste modo, para ser declarada a nulidade de um ato jurídico, este deverá ser praticado em desconformidade com a forma prevista em lei, causando algum prejuízo às partes. Caso o dano não possa ser devidamente demonstrado ou presumido, não há que se falar em ato nulo, procedendo-se, assim, à economia e celeridade processuais.

Outro princípio a ser numerado é o da causalidade, regulamentado pelo artigo 573, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende. (BRASIL, 2016c).

A causalidade reflete em todos os atos que possuem algum elo com os demais atos nulos. Pode existir um nexo de causalidade entre as condutas que se sucedem; assim, quando o juiz reconhecer a nulidade de uma ação processual, deverá analisar se a atipicidade do ato não se espalhou aos demais. Caso o resultado seja positivo, os últimos atos também deverão ser declarados nulos (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2010, p. 27-28).

O próximo elemento das nulidades, o do interesse, está previsto no artigo 565 do Código de Processo Penal, que assim dispõe: “Art. 565. Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.” (BRASIL, 2016). Em outras palavras, se a irregularidade do ato resulta prejuízo a uma das partes, de modo que enseje a pretensão de invocar uma nulidade, somente a parte prejudicada obterá o direito de fazê-lo, não podendo a parte contrária arguir a nulidade por sua vontade.

Rangel (2015, p. 949) complementa:

Se o defeito na prática do ato resultar da inobservância de formalidade instituída no interesse de determinada parte, somente esta pode requerer a declaração de nulidade do ato, não sendo lícito à parte contrária fazê-lo. À primeira vista pode parecer que, se o ato é viciado, qualquer uma das partes pode alegar o vício e requerer o reconhecimento judicial do mesmo. Entretanto, pelo princípio do interesse, somente a parte em nome da qual a formalidade foi instituída pode fazê-lo.

Por fim, tem-se o princípio da convalidação, que determina que os atos irregulares poderão ser ratificados quando sanado o prejuízo, nos casos em que a parte interessada em arguir a nulidade não o fez ou aceitou os efeitos da ação praticada em desconformidade com a lei. Assim, Grinover; Gomes Filho; e Fernandes explicam:

[...] ao mesmo tempo que prevê as hipóteses de aplicação da sanção de nulidade para os atos praticados irregularmente, o ordenamento também estabelece remédios pelos quais será possível aproveitar-se da atividade processual atípica; em certas situações previstas em lei, sanada a irregularidade ou reparado o prejuízo, será possível que o ato viciado venha a produzir efeitos que dele eram esperados; nesses casos, em lugar da invalidação, pode ocorrer a convalidação do ato praticado em desconformidade com o modelo legal (2010, p. 30).

### **3.3.2 Nulidade absoluta e relativa**

Após feita a numeração dos princípios referentes às nulidades, passa-se à distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa. A nulidade absoluta é caracterizada pela infração dos preceitos constitucionais como o contraditório, ampla defesa e devido processo legal. O ato viciado atinge o interesse público, portanto o juiz deve decretar a nulidade de ofício, sem que o prejuízo necessite ser demonstrado, tendo em vista que a gravidade do ato viciado é flagrante, sendo o dano presumido.

Conforme ensina Capez (2014, p. 700): “As exigências são estabelecidas muito mais no interesse da ordem pública do que propriamente das partes, e, por esta razão, o prejuízo é presumido e sempre ocorre.” A nulidade absoluta não pode ser convalidada e não preclui, ou seja, pode ser alegada pelas partes em qualquer fase do processo e reconhecida de ofício pelo juiz também a qualquer momento.

É arguida pela parte interessada a nulidade relativa, nos casos em que a imperfeição e a desconformidade com a lei não forem tão rígidas quanto à nulidade absoluta. Lopes Júnior (2014, p. 1167) destaca que se o prejuízo não for demonstrado e se a arguição não for feita no momento oportuno, não haverá ato nulo. Portanto, se a parte não alegar nulidade no momento adequado, haverá convalidação do ato pela preclusão. Na mesma linha, Távora dispõe<sup>3</sup>:

Como se vê, as nulidades relativas devem ser arguidas no primeiro momento em que a parte tiver oportunidade de falar nos autos. Se não houver arguição tempestiva, a regra é a de se operar a preclusão sobre o ato viciado, que será considerado sanado. É por esta razão que se entende que, no júri, eventuais protestos devem ser consignados na ata de julgamento, sob pena de preclusão [...] (2015, p. 1397).

---

<sup>3</sup> Vale destacar que no entendimento do jurista Aury Lopes Júnior (2014, p. 1174-1775) a classificação da nulidade relativa tem pouca prestabilidade: “Em suma, pensamos que a distinção entre nulidade absoluta/relativa é equivocada e que o sistema de invalidades processuais deve partir sempre da matriz constitucional, estruturando-se a partir do conceito de ato processual defeituoso, que poderá ser sanável ou insanável, sempre mirando a estrutura de garantias da Constituição. Somente o ato defeituoso insanável dará lugar ao decreto judicial de nulidade e, por consequência, de ineficácia ou impossibilidade de valoração probatória. Portanto, na morfologia tradicional, o conceito de nulidade relativa tem pouca ou nenhuma prestabilidade, na medida em que somente as nulidades absolutas darão lugar à ineficácia do ato. Significa dizer que exclusivamente o ato defeituoso, em que houver efetiva lesão ao princípio constitucional que o funda, e, ainda, for impossível a repetição, será objeto de decisão judicial de nulidade e, por consequência, de ineficácia. Evidencia-se, assim, que nulidade mesmo só existirá nos casos de atipicidade insanável e relevante. Por isso, pouco diz o conceito de nulidade relativa. O que importa é a conjunção dos conceitos de defeito e possibilidade/impossibilidade de saneamento pela repetição”.

É de ser lembrado que o conteúdo das nulidades não apresenta total concordância entre o disposto na lei e o pensamento doutrinário e jurisprudencial, haja vista que, por exemplo, o Código de Processo Penal considera absoluta qualquer forma de incompetência, enquanto a doutrina e a jurisprudência entendem a incompetência territorial como relativa. Outro exemplo comum é a falta de intervenção do Ministério Público em ação pública por ele ajuizada, a qual a lei estabelece como nulidade relativa, ao passo que a doutrina considera como absoluta. Destarte, é preciso verificar o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência antes de arguir qualquer tipo de nulidade (NUCCI, 2013, p. 843-844).

Ao analisarmos a nulidade com relação às provas, no direito processual penal, verifica-se que serão objetos de nulidade as provas tidas como ilícitas, as quais não se confundem com as ilegítimas. Estas estão em desconformidade com as normas processuais no momento da sua produção em juízo, por exemplo, a juntada de prova fora do prazo fixado pelo magistrado.

As provas ilícitas violam regra de direito material ou da Constituição no momento de sua aquisição, que se dá sempre fora do processo, bem como antes ou durante o seu curso. Elas geralmente violam a intimidade, a privacidade ou a dignidade humana (LOPES JR., 2014, p. 608). As atividades processuais relacionadas às provas são divididas em quatro momentos: a proposta da prova; a admissão da prova pelo juiz; a produção da prova no processo e a apreciação da prova. Grinover; Gomes Filho; e Fernandes (2010, p. 126) destacam:

O problema das provas ilícitas, assim delimitado, está circunscrito à ilegalidade própria de um ato anterior ou não coincidente com aquele da produção em juízo; por outro lado, não concerne ao problema do conteúdo e da veracidade da prova, o qual se projeta no âmbito de sua valoração.

Assim, por estar em confronto com o disposto em lei, a prova deveria ser considerada nula, tendo em vista o que a Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 5º, inciso LVI, e o Código de Processo Penal, no artigo 157, caput, a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (BRASIL, 2016c).

Todavia, é harmônico na corrente majoritária da doutrina e na jurisprudência que as provas ilícitas não serão objeto de nulidade, devendo ser somente desentranhadas dos autos, conforme ensinamento de Nucci:

A reforma de 2008 acolheu, claramente, a ideia de que provas produzidas ao arrepio da lei processual penal também geram ilicitudes, aptas a acarretar o desentranhamento da respectiva prova. Esse é o quadro ideal para a lisura e ética na produção de provas, consentâneo ao Estado Democrático de Direito. O cenário das nulidades deve ser reservado a outros vícios, longe do âmbito das provas. (2013, p. 400).

À vista disso, embora as provas ilícitas estejam em confronto com o dispositivo legal e devessem por isso ser consideradas nulas, o procedimento adotado no processo é o mero desentranhamento delas, conforme o previsto na Constituição e no Código de Processo Penal.

### **3.3.3 Teoria do juízo aparente**

Outro ponto a ser destacado é a teoria do juízo aparente, utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que valida provas inicialmente classificadas como ilícitas, nos casos em que o juízo que determinou sua realização era aparentemente competente. Essa teoria possui alguns pressupostos de validade: o primeiro é embasado pelo artigo 567 do Código de Processo Penal, cuja redação determina que “a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente” (BRASIL, 2016c). Em outras palavras, os atos praticados pelo juízo aparentemente competente devem ser de natureza instrutória ou probatória para serem efetivamente convalidados, e não de natureza decisória.

Nesse caminhar, a descoberta da incompetência do juízo deve ser posterior ao ato processual realizado. Caso contrário, se o juiz continuar atuando no processo como competente, configurará nítido abuso de poder ou abuso de competência, que contaminará as provas produzidas, conforme o disposto no artigo

157 do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (FANTECELLE, 2014).

Por fim, o último postulado determina que o juízo não pode ser absolutamente incompetente, pois somente serão aproveitados os atos praticados pelo juízo aparentemente competente.

Em um caso recente, na Segunda Turma do STF, o Habeas Corpus (HC) nº 110.496 foi utilizada a teoria supra mencionada. Nas palavras de Fantecelle (2014):

Por votação majoritária, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) indeferiu o Habeas Corpus (HC) nº 110.496 e cassou a liminar anteriormente deferida, que havia suspenso o curso de ação penal que apurava a suposta atuação de uma quadrilha especializada no cometimento de fraudes contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) no interior do Rio de Janeiro.

[...]

A denúncia foi recebida pelo juízo federal de Itaperuna (RJ), que decretou a prisão preventiva e a quebra dos sigilos bancário e telefônico dos envolvidos. Entretanto, em seguida a juíza de Itaperuna se declarou incompetente para julgar o feito e o encaminhou ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), no Rio de Janeiro.

Este julgou que a competência era da Justiça Federal, mas redistribuiu o processo para a 8ª Vara Federal do Rio de Janeiro, especializada na apuração de crimes praticados por organização criminosa.

Contra essa decisão, a defesa de um dos acusados impetrou HC no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que o rejeitou. Dessa decisão, por seu turno, seus defensores recorreram ao STF por meio do habeas corpus nº 110.496.

Em outubro de 2011, o ministro Gilmar Mendes, relator do processo, havia concedido liminar, suspendendo o julgamento da ação penal na 8ª Vara, até julgamento de mérito *writ*.

Na época ele considerou plausível a tese da defesa acerca da nulidade das provas colhidas, tendo em vista a alegada incompetência do juízo de primeiro grau para processar e julgar vereadores com prerrogativa de foro (direito de ser julgados pela justiça de segunda instância), prevista na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 161, inciso IV, letra “d”, item 3.

Contudo, no julgamento de mérito do HC nº 110.496, ocorrido em 2013, prevaleceu o argumento do relator, ministro Gilmar Mendes, que decidiu cassar a liminar e validar os atos praticados pelo juízo federal de Itaperuna, por entender aplicável ao caso a tese da “Teoria do Juízo Aparente”, sustentada pelo ministro Sepúlveda Pertence (aposentado), por ocasião do julgamento, pela Suprema Corte, do HC nº 81260.

Em vista disso, as provas produzidas no juízo que era aparentemente competente permaneceram válidas, tendo em vista que foram obedecidos todos os pressupostos para a aplicação da teoria. Apesar da previsão constitucional que veda

a utilização de provas ilícitas, em alguns casos esporádicos elas têm sido admitidas, violando a defesa da segurança jurídica garantida pelo Estado Democrático de Direito e suas garantias fundamentais.

### **3.3.4 Provas absolutamente independentes e descoberta inevitável**

A teoria das provas absolutamente independentes, ou teoria da fonte independente, é interpretada no sentido de que uma prova considerada ilícita não contamina as demais provas colhidas no processo, uma vez que não há vinculação ou relação de dependência entre elas.

Conforme anteriormente mencionado, o §3º do artigo 157 do Código de Processo Penal prescreve que as provas ilícitas são inadmissíveis e deverão ser desentranhadas do processo. Entretanto, o §1º do mesmo artigo prevê que nos casos de não evidência de nexo de causalidade entre as provas obtidas por meio ilícito, ou derivadas das ilícitas, e as demais, estas serão admitidas no processo penal por força da teoria das provas absolutamente independentes.

Nestor Távora discorre sobre o assunto:

A prova absolutamente independente, ou limitação da fonte independente (Independent source limitation), não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivaram da ilícita. (2015, p. 575).

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal adotou a presente teoria no julgamento do Habeas Corpus nº 84.679, que admitiu o aproveitamento da denúncia baseada em provas lícitas e ilícitas, porém independentes. Colhe-se da ementa da decisão:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE EFEITO MODIFICATIVO COM FUNDAMENTO EM OMISSÃO. INEXISTÊNCIA DO VÍCIO ALEGADO. A questão da prova ilícita, decorrente da não-observância de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão, foi debatida e rejeitada pela maioria, prevalecendo o voto divergente no sentido de preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da que foi impugnada. Embargos de declaração rejeitados (BRASIL, 2016d).

Portanto, o processo poderá ser aproveitado na íntegra caso houver provas absolutamente independentes das ilícitas capazes de demonstrar a autoria e a materialidade do fato típico, antijurídico e culpável.

De outro norte, a descoberta inevitável, também chamada de exceção da fonte hipotética independente, apresenta o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a lícita, todavia a prova derivada da ilícita seria utilizada no processo mesmo sem a constatação da ilegalidade da prova ilícita, devido a essa teoria também prevista no §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, o qual prescreve o reconhecimento da possibilidade das provas derivadas serem produzidas por outra forma (forma independente) a fim da contaminação da ilicitude ser isolada.

Essa teoria é analisada por Távora da seguinte maneira:

Se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. A inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento de que não houve um proveito real, com a violação legal. A prova ilícita, que deu ensejo à descoberta de uma outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la (2015, p. 576).

À vista disso, o objetivo maior da teoria é impedir a contaminação das provas derivadas das ilícitas nos casos em que seriam inevitavelmente descobertas, ou seja, são provas descobertas mediante a existência de uma prova ilícita, como também podem ser conhecidas pelas partes ou pelo juiz mesmo sem a presença de uma prova ilícita, devido a sua independência.

### 3.4 ÔNUS DA PROVA

A prova não constitui uma obrigação processual, e sim um ônus. O ônus da prova, no entendimento de Lima (2015, p. 593) define-se como:

É o encargo que as partes têm de provar, pelos meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito.

Entretanto, o ônus é uma expressão de liberdade, uma vez que não é prevista qualquer maneira para sua realização. Portanto, a noção de ônus é

justamente essa liberdade que a parte tem de produzir prova para convencer o juiz de sua alegação, obtendo, assim, um resultado favorável, impedindo que seja desvantajoso. O ônus somente é necessário para fins de aquisição de um benefício (BADARÓ, 2003, p. 171).

Logo, se a parte não o fizer, ninguém a não ser ela mesma sairá prejudicado. O ônus traz ao titular uma condição mais favorável ao processo, uma oportunidade de provar o que se foi alegado, o que difere de uma obrigação. A principal diferença entre a obrigação e o ônus é a compulsoriedade, haja vista que, caso a parte não pratique a obrigação, estará violando a lei, pois é um dever, enquanto no ônus a prática é uma faculdade, já que seu não cumprimento não identifica uma ação contrária ao direito. A parte somente deixará de obter uma vantagem que adquiriria no momento de sua atuação (CAPEZ, 2014, p. 404).

Com base na primeira parte do artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbe a quem a fizer, ou seja, no processo penal o ônus da prova é da acusação, que apresenta ao juízo a imputação do crime através da denúncia ou da queixa-crime. O autor da ação penal exerce a atividade probatória principal, devendo demonstrar a presença do ato ilícito e a autoria da infração com todos os detalhes e elementos do tipo penal (BARROS, 2010, p. 154).

Para Badaró (2003, p. 227):

Se o Ministério Público, no exercício da ação penal, afirma que uma pessoa é culpada e pede a sua condenação, está assumindo o ônus de provar que o acusado cometeu o delito que lhe é imputado. Seu interesse é que o acusado seja condenado e, em caso de absolvição, o Ministério Público terá sucumbido, porque não se desincumbiu do ônus da prova.

Importante esclarecer alguns fatos acerca dos princípios da obrigatoriedade e oportunidade da denúncia. O primeiro versa sobre ações penais públicas, nas quais o Ministério Público figura como autor da ação; existindo indícios de autoria e materialidade do delito e elementos para a propositura da ação, deverá promovê-la. Esse princípio é encontrado no artigo 24 do Código de Processo Penal, que dispõe da seguinte redação:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (BRASIL, 2016c).

Em outras palavras, nas situações em que o Ministério Público possuir o dever de oferecer denúncia mas deixar de fazê-la, o juiz poderá requisitar o Ministro da Justiça para cumprir com a obrigação (o qual possui uma faculdade de representar ou não), ou o próprio ofendido ou seu representante terão legitimidade para propor a ação, configurando-se a ação penal privada subsidiária da pública.

Em contrapartida, o princípio da oportunidade trata das ações penais privadas, as quais são propostas exclusivamente pelo ofendido ou por seu representante legal. Esse princípio prevê que o direito de acusar do ofendido é uma faculdade, ou seja, cabe ao particular decidir se fará ou não o uso de seu direito, não constituindo uma obrigação de propor a ação.

Ainda, não se pode confundir a obrigação do Ministério Público em oferecer denúncia com o ônus de provar suas alegações. O processo penal serve para verificar ou não a existência de um fato delituoso, devendo ser investigado em todo o seu curso e ser estritamente demonstrada a imputação de todas as infrações penais apuradas contra todos os participantes do crime, diante do princípio da obrigatoriedade da ação.

Não obstante, no campo probatório, o princípio da obrigatoriedade é flexibilizado, tendo em conta que a denúncia é recebida desde que presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, e não pela atividade probatória.

O ônus da prova com relação ao réu é meramente facultativo, já que a inércia é uma estratégia de defesa, pois o princípio da presunção de inocência e o favor ao réu prevalecem na instrução processual. Se a defesa permanecer inerte durante todo o processo e o magistrado continuar em dúvida, ele deve absolver o denunciado de acordo com os referidos princípios. Na visão de Távora:

A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incisos II, V, e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição (2015, p. 589).

Lopes Júnior (2014, pp. 562-563) acrescenta:

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha

qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*). [...] É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

Todavia, o réu pode ter interesse de produzir prova das circunstâncias que ocasionem a exclusão da ilicitude do fato ou de sua culpabilidade, como no caso de um homicídio praticado em legítima defesa, em que é necessário que o réu prove essa excludente, não cabendo o ônus ao acusador.

Deve ser destacado que o Brasil adota a teoria da indiciabilidade (*ratio cognoscendi*), que prevê a interdependência da tipicidade (encaixe da conduta do agente com a descrição do crime previsto no Código Penal) e da ilicitude (contrariedade da conduta com o ordenamento jurídico) do fato gerador de um crime, ou seja, uma vez verificada a tipicidade do fato, presume-se sua ilicitude. Portanto, cabe ao acusador somente demonstrar a tipicidade, tendo o réu o ônus de provar a licitude do ato com base nas hipóteses do artigo 23 do Código Penal, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Mirabete exemplifica:

A tipicidade é a antijuridicidade do fato. Praticado um fato típico, presume-se também sua antijuridicidade, presunção que somente cessa diante da existência de uma causa que a exclua. Assim, se A mata B voluntariamente, há um fato típico e, em princípio, antijurídico, mas, se o fez, por exemplo, em legítima defesa, não existirá a antijuridicidade. Não sendo o fato antijurídico, não há crime. Há fatos, porém, antijurídicos que não são típicos, como por exemplo, a fuga de preso sem ameaça ou violência e sem a colaboração de outrem, o dano culposo, etc. São eles fatos contrários ao ordenamento jurídico, mas não são fatos típicos. (2009, p. 101).

Assim, o ônus da prova compete ao réu, que deverá demonstrar estritamente as causas excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal. Por fim, a título de contraponto, conforme preceitua o artigo 373, inciso II, do novo Código de Processo Civil, o ônus da prova incube ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Vale acrescentar que o Código de Processo Civil é utilizado subsidiariamente no processo penal quando a norma penal é omissa em determinada matéria. O Código de Processo Penal autoriza essa analogia em seu

artigo 3º: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.” (BRASIL, 2016c).

A fim de ilustrar o disposto acima, tem-se a omissão do Código de Processo Penal com relação às normas do processo de mandado de segurança, as quais se encontram elucidadas nas regras do processo civil e na lei especial. Também o novo Código de Processo Civil trouxe novas possibilidades de o juiz ser impedido de atuar no processo, com base na previsão do artigo 144, sendo essas regras igualmente aplicadas ao processo penal por analogia com as normas processuais cíveis.

Nas palavras de Marques (2003, p. 11):

Em suas linhas mestras, a estruturação processual da justiça penal não difere daquela que envolve a jurisdição civil. O processo, como instrumento de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas que, em um e em outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer do processo civil e do processo penal categorias estanques.

Logo, a utilização do Código de Processo Civil por analogia proporciona mais celeridade e segurança a determinados atos processuais, tendo em vista que o modo de atuação da lei no processo é idêntico em todos os ramos do Direito, sendo autorizada a aplicação da analogia quando não prejudique o réu e quando não viole os princípios gerais do Direito Penal.

### 3.5 ASPECTOS GERAIS SOBRE O TIPO DE PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal prescreve, no título das provas, os meios utilizados para a busca da verdade real. Contudo, é notório que nem todos os tipos de provas existentes atualmente estão elencados no Código de Processo Penal, tendo em vista que os avanços tecnológicos e científicos permitiram o aperfeiçoamento e a inovação para atingir mais detalhadamente a realidade dos fatos (BARROS, 2010, p. 222).

Esses meios de prova que não estão contidos expressamente na lei processual penal são chamados pelos juristas Lopes Júnior (2014, p. 595) e Lima

(2015, p. 589) como provas inominadas, que poderão ser admitidas no processo desde que não violem os limites constitucionais e processuais da prova, embora o rol de tipos de provas previsto na legislação seja taxativo. Lopes Júnior afirma:

Partindo da compreensão de que somente podemos pensar em provas inominadas que estejam em estrita observância com os limites constitucionais e processuais da prova, o processo penal – excepcionalmente – poderá admitir outros meios de demonstração de fatos ou circunstâncias não enumeradas no CPP. Isso, em geral, decorre da própria superação dos meios existentes na década de 40, quando entrou em vigor a legislação processual penal. (2014, p. 596).

Não obstante, serão objetos de estudo somente as provas nominadas, quais sejam: exame de corpo de delito e perícias em geral – artigos 158 a 184; interrogatório do acusado – artigos 185 a 200; depoimento do ofendido – artigo 201; testemunhas – artigos 202 a 225; reconhecimento de pessoas ou coisas – artigos 226 a 228; acareação – artigos 229 e 230; documentos – artigos 231 a 238; indícios – artigo 239; busca e apreensão – artigos 240 a 250.

Inicialmente, com relação às perícias em geral, Capez (2014, p. 413-414) as define como:

[...] um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotada de formação e conhecimento técnicos específicos, acerca de fatos necessários ao deslinde da causa. Trata-se de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional. Só pode recair sobre circunstâncias ou situações que tenham relevância para o processo, já que a prova não tem como objeto fatos inúteis. Tratando-se de uma prova pessoal, a perícia tem em considerável parcela de seu conteúdo certa dose de subjetividade, demandando uma apreciação pessoal que, em alguns casos, pode variar de perito para perito. Apesar de ser um trabalho opinativo, não vincula o juiz, que pode discordar das conclusões dos expertos, embora só possa fazê-lo de forma fundamentada (CPP, art. 182).

As perícias são determinadas tanto pela autoridade policial como de ofício, pelo juiz, ou a requerimento das partes. Na sua realização, é facultada a formulação de quesitos, conforme explica o artigo 159, §3º, do Código de Processo Penal, podendo as partes requerer a oitiva dos peritos em juízo, a fim de esclarecer a prova ou responder algum quesito (artigo 159, §5º, I, do Código de Processo Penal).

O resultado da perícia é chamado de laudo pericial e contém a descrição detalhada do objeto estudado, as respostas dos quesitos formulados pelo juízo e pelas partes, fotografias, desenhos e tudo que o perito achar pertinente demonstrar.

Assim como nas perícias em geral, o exame de corpo de delito serve para averiguar vestígios deixados pelo crime, ou seja, busca investigar a materialidade do delito. Embora nem todas as infrações penais deixem vestígios materiais, nas que existam será indispensável a realização do exame de corpo de delito. Barros explica:

Direto é o exame em que o perito examina os próprios vestígios materiais relativos à prática delituosa investigada. Ele deve ser feito com a maior brevidade possível, a fim de se evitar que os vestígios desapareçam, por isso é que a lei autoriza a sua realização em qualquer dia e qualquer hora. Indireto é o corpo de delito que geralmente se constitui de depoimentos de testemunhas sobre a materialidade do fato criminoso. Daí a ressalva feita pelo próprio legislador quando afirma que não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta. (2010, p. 224).

Por sua vez, o interrogatório judicial tem sido definido como meio de prova, pois o magistrado e as partes formulam perguntas necessárias para a elucidação dos fatos, e também como meio de defesa, já que o réu possui diversas prerrogativas dadas pela lei, como o direito de permanecer em silêncio e apresentar sua versão dos fatos (TÁVORA, 2015, p. 617).

Após a reforma dos procedimentos previstos no Código de Processo Penal pela lei 11.719/2008, o interrogatório do acusado passou a ser o último ato da instrução processual, configurando-se como um meio de defesa, posto que o réu possui todo o acesso das informações colhidas anteriormente através de documentos, testemunhas, etc., para que com base no exposto construa sua defesa.

Pacelli (2015, p. 380) interpreta o assunto da seguinte forma:

[...] Mas o fundamental, em uma concepção de processo via da qual o acusado seja um sujeito de direitos, e no contexto de um modelo acusatório, tal como instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais, o interrogatório do acusado encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa. Trata-se, efetivamente, de mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, de modo a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos, sem se ver, porém, constrangido ou obrigado a fazê-lo.

Conforme Capez (2014, pp. 426-427), o interrogatório possui as seguintes características: é ato processual personalíssimo, pois somente o acusado pode ser

interrogado; é ato privativo do juiz, podendo as partes, ao final, esclarecer fatos obscuros, com base no artigo 188 do Código de Processo Penal; é ato oral, admitindo-se a formulação de perguntas e respostas escritas aos surdos e mudos, e intérprete para estrangeiros, para surdos-mudos e analfabetos; é ato não preclusivo, que pode ser realizado a qualquer momento, devido à sua função como meio de defesa. É importante ressaltar que a ausência de interrogatório na ação penal é causa de nulidade absoluta, cujo prejuízo é presumido pela violação do princípio da ampla defesa.

A título de curiosidade, trazemos o caso em que o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 640.139, do Distrito Federal, com matéria de repercussão geral no sentido de que o acusado não pode mentir sobre sua identidade perante a autoridade policial com o fim de se autodefender, sob pena de ser autuado pelo crime de falsa identidade, previsto no artigo 307 do Código Penal. É o disposto na ementa:

EMENTA CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes (BRASIL, 2016e).

O depoimento do ofendido não pode ser confundido com prova testemunhal (que será especialmente estudada no tópico seguinte), tendo em conta que o ofendido, nas palavras de Nucci (2013, p. 463, grifo do autor), “é o sujeito passivo do crime – a vítima –, ou seja, a pessoa que teve *diretamente* o seu interesse ou bem jurídico violado pela prática da infração penal”.

Da vítima são tomadas declarações, portanto ela não presta o compromisso legal de falar a verdade sob pena de falso testemunho; ela é questionada sobre quem é ou presume ser o autor do ato criminoso, e seu depoimento é imprescindível para a busca da verdade real, principalmente nos crimes contra a dignidade sexual, os quais são praticados normalmente sem a

presença de testemunhas, tendo o depoimento da vítima grande importância para fins de condenação.

O reconhecimento de pessoas e coisas é necessário quando a vítima ou a testemunha possuem condições de identificar uma pessoa (autor do crime) ou coisa relacionada à infração penal, tendo esse ato probatório grande valor. Pacelli acrescenta:

O procedimento previsto no art. 226, III, do CPP, fundado no receio que a testemunha possa ter em relação à pessoa a ser reconhecida, é feito de modo sigiloso, isto é, impedindo que o reconhecido possa ver aquele que o reconhece. Em razão disso, a própria legislação estabelece não ser possível tal procedimento em juízo (art. 226, parágrafo único), em obediência às exigências da ampla defesa (2015, p. 436).

A acareação é presidida pelo magistrado, o qual coloca frente a frente os depoentes a fim de comparar os depoimentos contraditórios ou divergentes, visando à busca da verdade real. É o meio de prova que pretende eliminar qualquer tipo de divergência nos depoimentos prestados (NUCCI, 2013, p. 508). O artigo 229 do Código de Processo Penal admite acareação entre réus, entre réu e testemunha, entre testemunhas, entre vítima e acusado, entre vítima e testemunha e entre vítimas. Esse meio de prova pode ser realizado tanto na fase de investigação como na fase instrutória.

Por sua vez, a prova documental é vista sob duas concepções: na concepção restrita, dada pelo caput do artigo 232 do Código de Processo Penal, consideram-se “documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” (BRASIL, 2016c). A concepção ampla estende o conceito de documento a todo objeto demonstrativo de um fato importante aos autos, abrangendo fotos, desenhos, e-mails, planilhas, figuras digitalizadas, esquemas (TÁVORA, 2015, p. 676). Os documentos podem ser juntados à ação penal em qualquer momento (exceto no rito do júri), e a produção da prova pode ser espontânea ou a requerimento do juiz.

Távora faz uma excelente definição do indício como:

[...] elemento de prova situado no passado e que, por si só, é, em regra, débil para se concluir sobre o fato delituoso. Indício é prova semiplena, parcial ou indireta que possibilita, por indução, chegar-se a uma conclusão sobre uma infração penal. Para que se chegue à conclusão geral sobre o fato, o indício deve, em regra, ser cortejado com outros indícios para que

seja inferida aquela interpretação sobre o fato, por intermédio de método precipuamente indutivo. Daí que os indícios (a prova indiciária) devem ser plurais, haja vista que só muito excepcionalmente um só indício será suficiente para justificar a atribuição de um fato delituoso a alguém [...] (2015, p. 680).

Noutro norte, a busca e apreensão possui natureza cautelar a fim de assegurar materiais probatórios fora do alcance espontâneo da Justiça. Portanto, somente em casos de urgência e extrema necessidade poderá ser requerido esse procedimento na fase investigatória ou no curso do processo. A busca pode ser domiciliar ou pessoal. Para Pacelli, entende-se por busca domiciliar:

Entende-se aquela realizada em residência, bem como em qualquer compartimento habitado, ou aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, no qual alguém exerce profissão ou atividade, nos termos do art. 246 do CPP. Todos esses locais, bem como os quartos de hotéis, motéis ou equivalentes, quando habitados, encontram-se incluídos e protegidos pela cláusula constitucional da inviolabilidade de domicílio. A seu turno, o automóvel não se inclui na definição legal de domicílio, a não ser quando estiver no interior deste. (2015, p. 441).

Assim, para efetuar a busca domiciliar é necessária ordem judicial, especificação do local, cumprimento da diligência durante o dia, salvo se o morador consentir durante a noite, e o uso de força somente será utilizado em casos de desobediência ou de ausência do morador. Já a busca pessoal é realizada na pessoa quando houver suspeitas de que esteja portando algum objeto proibido. A busca pessoal inclui também bolsas, malas, veículos, motocicletas. A busca em mulher deve ser feita por outra mulher, salvo em investigações e diligências que não podem ser retardadas (CAPEZ, 2014, p. 413).

À vista dos tipos de prova previstos no Código de Processo Penal, caberá ao magistrado admiti-las e fazer a sua valoração, manifestando-se na justificativa do seu critério de convencimento, a fim de fazer uma decisão justa e devida.

### 3.6 PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal é uma fonte probatória da ação penal, pois serve como base da maioria das sentenças proferidas pelos juízes de primeiro grau, embora, na teoria, não apresente menor ou maior valor no sistema de apreciação de provas, sendo uma prova como qualquer outra (BRITO, 2015, p. 213).

Barros (2010, p. 271, grifos do autor) conceitua testemunha da seguinte maneira:

Na linguagem jurídica significa a pessoa que “atesta a veracidade de um ato”, ou que presta esclarecimentos acerca de fatos, que lhe são perguntados, afirmando ou negando-os. Bem por isso o termo testemunha não assinala simplesmente a pessoa que afirma, ou que nega um fato, cuja prova se pretende estabelecer; mas, ainda aquela que certifica, atesta, ou é presente à feitura de um ato jurídico, a fim de autenticá-lo ou posteriormente confirmá-lo.

Na visão de Capez, 2014, p. 441:

Em sentido lato, toda prova é uma testemunha, uma vez que atesta a existência do fato. Já em sentido estrito, testemunha é todo homem, estranho ao feito e eqüidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.

Dessa maneira, o artigo 202 do Código de Processo Penal indica que toda pessoa pode ser testemunha, ou seja, toda pessoa natural capaz de direitos e obrigações pode testemunhar sobre um caso. Essas pessoas possuem três obrigações perante o juízo: dever de comparecer, dever de falar e dever de falar a verdade.

A testemunha, uma vez intimada, tem a obrigação de comparecer à audiência designada, sob pena de condução coercitiva, no caso de falta injustificada, e multa no valor de um a dez salários mínimos, além do pagamento das custas da diligência (TÁVORA, 2015, p. 659). Com exceção das testemunhas residentes em comarca ou país diverso, que serão inquiridas por carta precatória e rogatória, respectivamente, e das testemunhas que, por idade avançada ou enfermidade, não possam se locomover.

O dever de falar consiste na proibição de que a testemunha leve ao juízo seu depoimento por escrito. Este deverá ser integralmente oral, por ser um ato personalíssimo. Entretanto, o artigo 221, §1º, do Código de Processo Penal autoriza o depoimento por meio de ofício ao Presidente e Vice-Presidente da República, aos presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal.

Todas as pessoas possuem dever de testemunhar, todavia os artigos 206 e 207 do Código de Processo Penal apresentam duas exceções, a dispensa e a proibição de depor, respectivamente:

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho (BRASIL, 2016c).

A testemunha é compromissada a dizer a verdade, sob pena de sofrer as sanções do artigo 342 do Código Penal (falso testemunho). Nucci (2013, p. 474-475) explica:

A importância do compromisso é vital para que o depoente possa responder pelo crime previsto no art. 342 do Código Penal. Embora a matéria não seja pacífica, ao contrário, é extremamente polêmica – alguns defendendo que somente com compromisso pode a testemunha responder pelo delito de falso testemunho e outros sustentando que o compromisso é pro forma, respondendo sempre pelo crime aquele que faltar com a verdade – cremos que o Código de Processo Penal foi bem claro ao estipular que há pessoas – denominadas testemunhas – que prestam compromisso e têm o dever de narrar tudo o que sabem, ainda que prejudiquem pessoas estimadas. Por outro lado, fixou o entendimento de que há outros indivíduos, ouvidos como meros informantes ou declarantes, sem compromisso, seja porque são parentes ou pessoas intimamente ligadas ao réu (art. 206 c/c art. 208, CPP), seja porque não são naturalmente confiáveis, como os menores de 14 anos, que têm a possibilidade de fantasiar o que viram e sabem (art. 208), seja, ainda, os deficientes e doentes mentais, que não têm o discernimento necessário para a validade exigida pelo compromisso (art. 208).

Quando a testemunha não pode ou não quer dizer a verdade, poderá ser declarada sua suspeição, prevista no artigo 214 do Código de Processo Penal, através da contradita, que atinge a pessoa da testemunha e não o seu depoimento. Feita a contradita, o juiz poderá perguntar à testemunha se deseja ou não ser ouvida; excluir a testemunha; ouvi-la sem tomar seu compromisso; ou tomar seu depoimento, valorando-o posteriormente.

A testemunha ainda possui o dever de informar ao juízo, no prazo de um ano a partir de seu depoimento, eventual mudança de endereço. Nas palavras de Távora (2015, p. 659-660):

Não o fazendo, caso precise ser novamente ouvida e não seja encontrada, será tratada como testemunha faltante, incorrendo nas conseqüências do art. 219 do CPP (multa, condução coercitiva, pagamento da diligencia, responsabilidade por desobediência). Entendemos, portanto, que a mera ausência na comunicação não pode desaguar em tais sanções, como prevê o art. 224 do CPP. A omissão deve ter reflexos efetivos, ou seja, deve frustrar intimação para que ela seja novamente ouvida.

Em regra, as testemunhas são ouvidas separadamente, de modo que não consigam ter acesso ou ouvir o depoimento das demais. O artigo 210, parágrafo único do Código de Processo Penal exige que antes e durante a realização da audiência serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas, o que na realidade é pouco obedecido, já que não há um controle efetivo que impeça o contato das testemunhas antes da audiência e após a tomada de seu depoimento (CAPEZ, 2014, p. 450).

Com relação ao número de testemunhas que as partes podem arrolar e ao procedimento adotado na audiência, cada rito processual e lei especial possuem suas características. No entanto, especialmente quanto ao número de testemunhas, é importante ter cuidado, pois a quantidade destas é relacionada à quantidade de fatos imputados, conforme a lição de Pacelli:

É importante observar que o número de testemunhas diz respeito aos *fatos imputados*. Assim, se houver imputação da prática de mais de um crime, o número de testemunhas variará em relação à quantidade dos delitos. O limite é, portanto, *para cada fato*. Do contrário, bastaria ao Ministério Público oferecer denúncias *separadas*, ali arrolando o número de testemunhas que lhe parecesse suficiente, para depois requerer o apensamento dos autos, seja em razão de conexão, seja em razão de continência entre os fatos. (2015, p. 420).

No rito comum ordinário do processo penal, serão admitidas oito testemunhas para cada fato (artigo 401 do Código de Processo Penal), que, em regra, serão inquiridas após o depoimento do ofendido e antes do interrogatório do acusado (artigo 400 do Código de Processo Penal).

É de se ressaltar que serão admitidas cinco testemunhas para cada fato no rito comum sumário (artigo 532 do Código de Processo Penal), que, em regra,

serão inquiridas após o depoimento do ofendido e antes do interrogatório do acusado (artigo 531 do Código de Processo Penal).

Outrossim, no rito do Tribunal do Júri, em plenário, serão admitidas cinco testemunhas para cada fato (artigo 422 do Código de Processo Penal), que, em regra, serão inquiridas após o depoimento do ofendido e antes do interrogatório do acusado (artigos 473 e 474 do Código de Processo Penal).

Também no rito sumaríssimo do processo penal, serão admitidas três testemunhas para cada fato (artigo 34 da Lei 9.099/95), que, em regra, serão inquiridas após o depoimento do ofendido e antes do interrogatório do acusado (artigo 81 da Lei 9.099/95).

Destaca-se que no rito da Lei de Drogas, serão admitidas cinco testemunhas para cada fato (artigo 55, §1º da Lei 11.343/06), que, em regra, serão inquiridas após o interrogatório do acusado (artigo 57 da Lei 11.343/06).

Por sua vez, o rito da lei que institui normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal (Lei 8.038/90) prevê que a instrução obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal (artigo 9º da Lei 8.038/90).

Em contrapartida, no processo civil as partes poderão arrolar no máximo dez testemunhas, no limite de três para cada fato (artigo 357, §6º do Código de Processo Civil), que, em regra, serão inquiridas após o depoimento pessoal do autor e do réu (artigo 361, II e III do novo Código de Processo Civil).

Ante o exposto, a prova testemunhal é compreendida como ferramenta fundamental no processo penal e no processo civil, proporcionando ao julgador uma versão mais clara dos fatos e trazendo, por consequência, grande probabilidade de que a decisão do magistrado esteja em conformidade com a verdade real e com o conceito abstrato de justiça.

#### 4 A REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTRODUZIDA PELA LEI 11.690/2008

O Código de Processo Penal entrou em vigor no ano de 1941, passando por diversas alterações ao longo dos anos. Especialmente no ano de 2008, foi realizada uma mudança relacionada ao sistema probatório trazida pela Lei nº 11.690. A referida lei, conforme Villanova (2009):

Estabeleceu regras sobre a licitude das provas, privilegiando o contraditório e adequando a norma ao atual sistema constitucional vigente. Trouxe novo tratamento para a realização de perícias, sobre oitiva de testemunhas e sobre tratamento dispensado ao ofendido.

No presente capítulo, far-se-á uma comparação dos sistemas de inquirição de testemunhas anterior e posterior à Lei nº 11.690/2008, distinguindo as funções de acusar, defender e julgar na instrução processual e o que a violação da ordem legal de inquirição de testemunhas pode acarretar no processo.

##### 4.1 ORDEM LEGAL ANTES DA LEI

Antes da Lei nº 11.690/2008 entrar em vigor, o artigo 212 do Código de Processo Penal possuía a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 212. 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. (LIMA, 2015, p. 693).

As perguntas das partes eram dirigidas ao juiz, que as conduziam à testemunha. Essas perguntas indiretas das partes feitas pelo juiz eram chamadas de reperguntas. Esse método de inquirição de testemunhas é caracterizado pelo sistema presidencialista, predominante na época, segundo qual prevalecia a ação indireta das partes para a formulação de perguntas às testemunhas, devendo primeiramente dirigir a palavra ao presidente da audiência, o magistrado, para que ele, após a análise da pertinência da pergunta, fizesse a repergunta à testemunha.

Nesse tom, explica Távora:

Pela sistemática anterior, falava-se em "reperguntas", porquanto, sob a égide do sistema anterior, presidencialista, a parte formulava perguntas dirigidas ao juiz (por intermédio do magistrado), para que este reperguntasse, reformulando-as ao depoente (2015, p. 668).

A fim de entender a adoção desse sistema, é importante lembrar que o Código de Processo Penal passou a existir num período de centralização política nas mãos de uma única pessoa, em que prevalecia o autoritarismo, e foi inspirado na legislação penal italiana da década de 30, onde vigorava o regime fascista. Desse modo, as características presentes na lei penal italiana foram incorporadas pelo Código de Processo Penal brasileiro, reproduzindo ideais autoritários.

Por conseguinte, o princípio norteador do Código de Processo Penal era o da presunção da culpabilidade, o qual tratava o acusado como potencial culpado. Para ilustrar tal princípio, a antiga redação do artigo 312 previa a automática e obrigatória prisão preventiva do réu ao recebimento da denúncia pelo juiz (SILVA, 2014).

À vista disso, as ideologias autoritárias podem ser percebidas em vários pontos do Código de Processo Penal, posto que o magistrado concentra em suas mãos o poder de praticar diversos atos, inclusive a inquirição de testemunhas, sendo esta objeto de muitas críticas já apontadas sobre o sistema de inquirição presidencialista, já que o mesmo preza pelo total controle e direção do juiz durante a audiência, que procede a inquirição indireta das testemunhas e, com isso, provoca lentidão e monotonia no fluir do ato. Neste sentido, assegura Nucci (2013, p. 485):

De acordo com a anterior redação do art. 212 do CPP, devia a parte fazer a repergunta que desejasse ao magistrado e este, avaliando sua conveniência, iria formulá-la à testemunha. Ocorre que a pessoa já tinha ouvido o que a parte perguntou e, muitas vezes, começava a responder, quando, então, era obstada pelo magistrado, recebendo a advertência de que somente deveria responder a ele, juiz presidente do ato. Entretanto, em seguida, a mesma formulação era dirigida à testemunha, exigindo-lhe a resposta.

Outra pretensão dos magistrados ao utilizar o método de reperguntas, muitas vezes, era proteger as testemunhas de perguntas impertinentes e irrelevantes, porém essa atitude causava certa limitação na obtenção de respostas das testemunhas. Ademais, a relação entre testemunhas e partes ficava prejudicada, tendo em vista a intimidação promovida pelo juiz ao agir dessa maneira, deixando de ser um ato mais dinâmico.

Távora ensina no mesmo sentido:

A interação da conversa, da qual se pode extrair não só o que se diz, mas também a forma de dizer, aliada à expressão corporal, à dinamicidade entre as perguntas e às respostas para sentir a segurança do interpelado, muitas vezes ficava atravancada pela intervenção judicial como ponte entre interpelante e o interpelado. (2008, p.93).

Ainda:

[...] a transmissão das perguntas pelo magistrado gerava graves inconvenientes, não só quanto a fidelidade do que era perguntado, mas também pelo tumulto ocasionado pela triangularização entre as perguntas e as respostas. (2008, p. 92-93).

Conforme pontua Távora (2008), além das consequências citadas acima, o método de reperguntas, introduzido pelo sistema presidencialista, acarretou confusão na mente das partes no momento de formular e responder as perguntas, haja vista que cada pessoa interpreta as situações de uma forma. Portanto, diante da presença exacerbada do magistrado na inquirição de testemunhas, da concentração em sua figura das funções de acusar e julgar, bem como dos pressupostos autoritaristas na lei processual penal, foi necessária a reforma do Código de Processo Penal, a fim de afastar os resquícios do sistema presidencialista que ele ainda continha.

#### 4.2 ORDEM LEGAL APÓS A LEI

Com o advento da Lei nº 11.690/2008, o artigo 212 do Código de Processo penal sofreu alteração, passando ter a seguinte redação:

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. (BRASIL, 2016c).

O método de reperguntas anteriormente utilizado pelo magistrado foi completamente extinto, podendo as partes formular as perguntas diretamente às testemunhas. Entretanto, o juiz ainda pode e deve indeferir perguntas impertinentes,

que induzam resposta ou que gerem repetição de outra já respondida, conforme o *caput* do referido artigo.

De acordo com Rangel:

Outra novidade na tomada de depoimento das testemunhas é o respeito ao princípio acusatório, ou seja, o juiz não exerce mais o sistema presidencialista na tomada dos depoimentos. As partes, direta e pessoalmente, é que farão perguntas às testemunhas, preservando a imparcialidade do magistrado. (2015, p. 561).

Nucci acrescenta que “o sistema tornar-se-á mais dinâmico e fácil de ser compreendido, inclusive e em especial pela própria testemunha”. (2013, p. 486). Isso influencia no modo de como a testemunha se comporta durante a sua inquirição, pois, sendo perguntada diretamente pelas partes, poderá expor os fatos com mais clareza e objetividade.

Diante da busca pela forma mais dinâmica da instrução processual, o novo sistema de inquirição de testemunha introduzido pela reforma de 2008 está estritamente ligado ao princípio da celeridade processual, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, tendo em vista a extinção do método de reperguntas, priorizando a relação entre a parte que questiona e a testemunha, o que imprime maior celeridade à prática do ato. A Lei nº 11.690/2008 também visou à celeridade processual com a reforma do artigo 400 do Código de Processo Penal, instituindo a audiência una, onde ocorre toda a produção de provas.

O novo sistema de inquirição de testemunhas adotado foi inspirado no *adversarial legal system* do direito norte-americano, no qual as partes formulam perguntas diretamente às suas testemunhas (*direct examination*) e às testemunhas arroladas pela parte contrária (*cross examination*), prevalecendo a denominação *cross examination*.

No direito americano, o *cross examination* não permite a formulação de perguntas insinuanes, devendo os assuntos serem restritos para que não afetem a credibilidade da resposta da testemunha. Também a função do juiz nos Estados Unidos é distinta da função do juiz no Brasil; embora em ambos os locais as perguntas devam ser questionadas de forma direta às partes, no direito anglo-saxão o magistrado tem papel secundário na audiência, assumindo as partes a figura

principal por meio de seus advogados. Por sua vez, no direito brasileiro, o juiz ainda preside a instrução processual (MONTEIRO, 2009).

Nessa esteira, convém mencionar o posicionamento de Gomes Filho (2008 apud LIMA, 2015, p. 695):

No cross-examination evidenciam-se as vantagens do contraditório na coleta do material probatório, uma vez que, após o exame direto, abre-se à parte contrária, em relação à qual a testemunha é presumidamente hostil, um amplo campo de investigação. No exame cruzado, é possível fazer-se uma reinquirição a respeito dos fatos já abordados no primeiro exame (*cross-examination as to facts*), como também formular questões que tragam à luz elementos para a verificação da credibilidade do próprio depoente ou de qualquer outra testemunha (*cross-examination as to credit*). (grifos no original).

Além do mais, a redação do artigo dada pela Lei nº 11.690 determinou que somente ao final do depoimento da testemunha o juiz poderá intervir a fim de se esclarecer sobre pontos obscuros durante a inquirição, para complementá-la, já que ele é o destinatário da prova. Contudo, o sistema *cross examination* institui a função fiscalizadora do juiz no ato, devendo indeferir perguntas de ofício ou a requerimento das partes, nas hipóteses citadas acima.

Capez (2014, p. 447) discorre sobre o assunto:

[...] Trata-se do sistema de inquirição direta, chamado de cross-examination, de inspiração norte-americana. Desse modo, o juiz continua com o poder de fiscalização podendo de ofício ou a requerimento das partes, impedir que as indagações com aquelas características sejam respondidas pela testemunha. Caberá, ainda, ao magistrado, complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos (CPP, art. 212, parágrafo único).

Não obstante, o juiz deve exercer seu papel de fiscalizador utilizando o bom senso, pois ele não pode filtrar todas as ações que as partes desejam produzir, prejudicando, assim, as estratégias da acusação e da defesa. As partes têm um raciocínio próprio, que visa revelar as inverdades ditas pela testemunha, de modo que ela permaneça totalmente envolvida com a parte questionadora do momento. Caso o magistrado interfira nesse método, a prova será mal colhida, causando malefícios até para ele mesmo, que é o destinatário da prova. Portanto, cabe ao presidente do ato interferir no depoimento das testemunhas somente em questões realmente irrelevantes, impertinentes, bem como em perguntas anteriormente respondidas (NUCCI, 2013, p. 486).

Sendo assim, no sistema *cross examination* ainda persiste a função fiscalizadora do magistrado presente no sistema presidencialista, entretanto ele busca proteger a testemunha e o processo para que não ocorram situações de perguntas impertinentes, indutivas e já respondidas anteriormente, o que também acaba causando certo desconforto à testemunha.

Com a adoção do *cross examination* pela lei processual penal, passou a ficar mais evidente o sistema acusatório, o qual deixa a função de produzir provas inteiramente às partes, sem a iniciativa do juiz, podendo ele, de forma subsidiária, complementar a prova e tirar dúvidas acerca de pontos não esclarecidos, cumprindo seu dever de sujeito imparcial no processo, já que figura como destinatário da prova e não como produtor, além de contribuir para uma apuração mais correta da prova (LIMA, 2015, p. 694).

No mesmo sentido assegura Pacelli:

Observa-se, então, que a medida se encontra alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco, aqui já apontado, de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação. Assim, as partes iniciam a inquirição, e o juiz a encerra. (2015, p. 422).

Outrossim, na visão de Lopes Júnior:

A mudança foi muito importante e adequada, para conformar o CPP à estrutura acusatória desenhada na Constituição que, como visto anteriormente ao tratarmos dos sistemas processuais, retira do juiz o papel de protagonista da instrução. Ao demarcar a separação das funções de acusar e julgar e, principalmente, atribuir a gestão da prova às partes, o modelo acusatório redesenha o papel do juiz no processo penal, não mais como juiz-ator (sistema inquisitório), mas sim de juiz-espectador. Trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático. (2014, p. 669-670).

Ao arremate, a reforma da lei processual teve grande importância para afastar das mãos do juiz as atribuições de produzir e receber a prova que anteriormente vigorava. Com isso, o sistema acusatório foi literalmente introduzido na lei penal, pois já havia previsão desse sistema na Constituição Federal, em seu artigo 129, I, que dispõe sobre a função privativa do Ministério Público de promover a ação penal, de modo que essa obrigação engloba a produção e administração de provas, a fim de transformar o juiz-ator do sistema inquisitório em juiz-espectador.

#### 4.3 FUNÇÕES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: ACUSAÇÃO, DEFESA E JUIZ

Na existência de uma relação processual, é presumida a atuação da acusação e da defesa para, ao final, se proceder ao julgamento da causa pelo juiz. Nessa esteira, estão identificados os sujeitos processuais, que serão abordados um a um, bem como as suas respectivas funções.

A função de acusar é exercida pelo Ministério Público, nas ações penais públicas, ou pelo ofendido, nas ações penais privadas. Entretanto, a lei é fiscalizada pelo Estado e nunca por um particular. Isso é tão certo que, quando o ofendido é o autor de uma ação penal, o Ministério Público acompanha toda ação, a fim de zelar pela pretensão punitiva, e, uma vez julgada procedente a ação privada, o órgão responsável pela promoção da execução da pena do acusado é o Ministério Público. Portanto, o Ministério Público é o verdadeiro órgão com legitimidade para exercer a função punitiva (NUCCI, 2013, p. 563).

Nesse sentido dispõe o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]” (BRASIL, 2016a). Importante salientar que o sistema acusatório somente entrou em vigor no Brasil a partir da redefinição das atribuições do Ministério Público, conforme ensina Pacelli (2015, p. 459):

No Brasil, a instituição de um modelo essencialmente acusatório somente veio a lume com a Constituição da República de 1988, com uma completa redefinição do papel do Ministério Público na ordem jurídica, contemplado, além da titularidade *privativa* da ação penal pública, com inúmeras e relevantes funções na defesa jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127 e 129, CF).

O artigo 127 da Constituição Federal prescreve que o Ministério Público é uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 2016a). Trata-se de função de fiscal da lei, proporcionando à população a seguridade de suas garantias individuais e coletivas, bem como o cumprimento das normas previstas em lei.

Para a realização de tais funções, o órgão é instituído pelos princípios da unidade, podendo os seus membros substituírem uns aos outros na prática de

determinada atividade; da indivisibilidade, que prevê a atuação de seus representantes em nome da instituição; e da independência funcional, a qual defende a convicção própria de cada membro da instituição, que deverá ser respeitada perante os representantes (NUCCI, 2013, p. 562).

Como visto, o Ministério Público possui legitimidade privativa de promover ação penal pública. Ademais, também exerce o ônus de provar o que foi alegado em sua peça acusatória, deixando essa atribuição afastada do magistrado, assim caracterizando o sistema acusatório, de acordo com a lição de Lopes Júnior:

Para tanto, recordemos que não apenas o Ministério Público é o agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação à prévia invocação por meio da ação penal, mas, principalmente, que a carga probatória é inteiramente do acusador e que o juiz não deve ter qualquer tipo de ativismo probatório. (2014, p. 214).

Além da propositura da ação penal, da produção probatória e da fiscalização da lei (artigo 257 do Código de Processo Penal), competem à acusação as atividades investigatórias, haja vista que o Ministério Público é o destinatário dos procedimentos de investigação criminal, incumbindo à instituição poderes de ordenar diligências para apuração de fatos criminosos (PACELLI, 2015, p. 472).

De outro norte é o entendimento de Nucci:

Portanto, pode-se deduzir que o método específico para a investigação criminal concentra-se no inquérito policial, presidido pela autoridade policial. Concluído o inquérito, remetem-se os autos ao Ministério Público, que poderá exigir outras diligências, pedir o arquivamento ou a extinção da punibilidade, bem como oferecer denúncia. Logo, não cabe, segundo o Código de Processo Penal, à instituição exercer a função de investigação criminal, pois é atribuição da polícia judiciária. Este é mais um argumento a ser somado ao debate acerca da possibilidade de realização de investigação criminal pelo Ministério Público. (2013, pp. 564-565).

Igualmente, é de se ressaltar que o Ministério Público também está sujeito às regras de suspeição e impedimento previstas no artigo 258 do Código de Processo Penal, devendo obedecer às regras referentes ao procedimento de arguição do artigo 104 do mesmo diploma legal:

Art. 258. Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau,

inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes.

Art. 104. Se for arguida a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, decidirá, sem recurso, podendo antes admitir a produção de provas no prazo de três dias (BRASIL, 2016c).

Por fim, nota-se que o Ministério Público deve ser parte imparcial no processo penal, considerando que é cabível arguição de suspeição e impedimento aos seus membros. Na definição de Pacelli (2015, p. 460), o Ministério Público não é órgão de acusação, e sim órgão legitimado a exercer a função de acusar. O autor explica que, embora a instituição seja titular da ação penal e por isso obrigada a oferecer denúncia, ela deve cumprir com a missão constitucional da defesa da ordem jurídica, e não com interesses acusatórios de somente visar à condenação do denunciado em quaisquer circunstâncias, figurando como parte imparcial na jurisdição.

Nessa linha, Lima acrescenta:

Grande parte da doutrina nacional entende que, mesmo na ação penal pública, e inclusive na fase pré-processual, reservada às investigações, o órgão ministerial funciona como parte imparcial, visto que, apesar de ser parte em sentido formal, deve manter isenção de ânimo no exercício de suas atribuições no processo penal. Na medida em que recai sobre o Parquet a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis, dentre os quais se destaca a liberdade de locomoção, geralmente posta em risco no processo penal, o Parquet não tem um interesse unilateral contraposto ao interesse do acusado, não tem um interesse particular antes ou fora e durante o processo, enfim, não tem um interesse próprio. Enquanto titular da ação penal pública, ao Ministério Público interessa tão somente a busca da verdade e a correta aplicação da lei no caso concreto. Por isso, segundo a posição majoritária, é parte imparcial. (2015, p. 1197).

Logo, é necessária uma acusação imparcial a fim de que o Ministério Público possa atuar em defesa dos interesses da sociedade como um todo, e não somente com interesses acusatórios.

Por conseguinte, tem-se o defensor que, embora não seja considerado parte no processo e sim um representante do réu, age de forma parcial no processo, pois tende a defender todos os interesses do acusado, já que a ampla defesa é direito constitucional dos litigantes. Nas palavras de Lima:

Defensor é o profissional com habilitação específica, que tem a função de promover a defesa técnica do acusado no curso do processo penal. Para ser ampla, como impõe a Constituição Federal, esta defesa técnica

apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor. (2015, p. 1229).

Conforme exposto por Lima, a função do defensor é promover defesa técnica, que consiste na resposta à acusação feita após a citação do acusado, sendo peça indispensável no processo, visto que a ausência de defesa é objeto de nulidade, conforme súmula 523 do Supremo Tribunal Federal. A defesa garante a efetiva atuação do defensor em busca da proteção dos interesses do réu, que será feita com base no caso concreto, “sopesando-se as provas carreadas aos autos pela acusação e a possibilidade real de sua confrontação pela defesa” (PACELLI, 2015, p. 480). Há também a autodefesa, que é exercida pelo próprio acusado em prol de seus interesses, geralmente praticada durante o seu interrogatório. Acerca do interrogatório dispõe Pacelli:

E o interrogatório é, de fato, a oportunidade que se estende ao acusado para que ele, diante do juiz, apresente a sua versão pessoal dos fatos. Evidentemente, não há qualquer limitação à atuação do defensor técnico, que, inclusive, poderá seguir caminho diverso daquele trilhado na autodefesa, ampliando a matéria de defesa. (2015, p. 480).

O artigo 261 do Código de Processo Penal prescreve que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (BRASIL, 2016c). Sendo assim, é estritamente necessária a presença de defensor no processo, seja por meio de advogado constituído pelo próprio réu, ou nomeado para determinado ato (*ad hoc*), bem como dativo/defensor público, que são nomeados pelo Estado quando o acusado deixa de constituir por sua vontade ou quando não tem condições financeiras de arcar com os honorários de um profissional particular.

Portanto, a função da defesa vai além de atender os interesses do acusado, pois se trata de elemento indispensável no processo, por assegurar ao indivíduo seus direitos e liberdades ameaçados pela ação penal.

Ao final, tem-se a função do magistrado, sujeito imparcial do processo. Nucci leciona sobre o assunto:

Desempenha o magistrado a função de aplicar o direito ao caso concreto, provido que é do poder jurisdicional, razão pela qual, na relação processual, é sujeito, mas não parte. Atua como órgão imparcial, acima das partes,

fazendo atuar a lei e compondo os interesses do acusador e do acusado, os outros dois sujeitos da tríplice – e principal – relação processual, até a decisão final. (2013, p. 553).

Desse modo, deve o juiz conduzir o andamento processual conforme o procedimento previsto em lei para, ao final, ser proferida a sentença. Logo, cabe a ele zelar pela regularização dos autos a fim de que ato algum esteja em desconformidade com a lei, conforme o disposto no artigo 251 do Código de Processo Penal: “Art. 251. Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública”. (BRASIL, 2016c).

Com a intenção de se obter um julgamento mais imparcial, o Código de Processo Penal também instituiu normas que proíbem a atuação do juiz nos casos de suspeição e impedimento, respectivamente:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:  
I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;  
II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;  
III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;  
IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.  
Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:  
I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;  
II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;  
III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;  
IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;  
V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;  
VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo. (BRASIL, 2016c).

Uma vez violado quaisquer incisos do artigo acima, conseqüentemente estar-se-á ofendendo o princípio do juiz natural e imparcial, previsto no artigo 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal. Esse princípio é oriundo do Estado Democrático de Direito e consiste no direito que o acusado possui em saber qual autoridade irá processá-lo e qual juiz irá julgá-lo, significando uma maior

abrangência de proteção, com interesse de evitar manipulações nos critérios de competência (LOPES JR., 2014, p. 158). Em outras palavras:

Trata-se da aplicação das normas relativas à vedação do juiz ou do tribunal de exceção e da exigência de competência *material* do juiz, tendo em vista que *ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade judiciária competente* (art. 5º, LIII). [...] O princípio do juiz natural, do ponto de vista substancial, pressupõe ainda o juiz *imparcial* e *independente*, sobretudo porque a imparcialidade sem independência não nos parece realizável. (PACELLI, 2015, pp. 456-457).

Ainda, acerca da imparcialidade do juiz, Rangel explica:

A imparcialidade do juiz, portanto, tem como escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada, pois o compromisso com a verdade, dando a cada um o que é seu, é o principal objetivo da prestação jurisdicional. (2015, p. 20).

Com relação à gestão de provas, deve o juiz permanecer afastado dessa atribuição, cabendo às partes esse ônus, para preservar sua imparcialidade, haja vista que o sistema processual vigente é o acusatório, que determina a separação das funções de acusar, defender e julgar, desconcentrando o poder das mãos do magistrado. Ainda na visão de Rangel:

A imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial, é que a Constituição Federal deu exclusividade da ação penal ao Ministério Público, separando, nitidamente, as funções dos sujeitos processuais (2015, p. 20).

A imparcialidade do juiz decorre na atividade probatória de uma estrutura de atuação oriunda do sistema acusatório. Destarte, há uma grande importância de ser afastado da iniciativa probatória, pois, quando age de ofício, o juiz está atuando em conformidade com o sistema inquisitório (LOPES JR., 2014, p. 214).

Todavia, no curso do processo, o juiz pode atuar de forma subsidiária para determinar produção de provas que esclareçam dúvidas sobre pontos relevantes, devido à busca pela verdade ou sistema da persuasão racional, desde que todas essas decisões sejam devidamente fundamentadas.

Diante da atuação complementar do magistrado, especialmente no tocante ao tema da presente monografia – prova testemunhal e artigo 212 do Código

de Processo Penal – cumpre às partes iniciar as perguntas às testemunhas, após o que o magistrado está autorizado a atuar na sua função complementar, esclarecendo pontos obscuros. Rangel (2015, p. 20-21) defende:

Inclusive, sustentamos, à luz do sistema acusatório, que o juiz, ao iniciar a audiência para ouvir testemunhas arroladas na denúncia pelo MP, deveria, imediatamente, sem fazer qualquer pergunta sobre os fatos, passar a palavra ao Ministério Público - órgão acusador -, que iria perguntar o que entendesse necessário para corroborar (ou não) sua imputação penal. Posteriormente, a palavra seria dada à defesa técnica, que agiria da mesma forma. Se a testemunha fosse arrolada na defesa prévia, o procedimento seria o mesmo: primeiro a defesa e depois o MP. O juiz se limitaria às informações e advertências de praxe (qualificação da testemunha, falso testemunho, impedimentos e suspeições, etc.).

Lopes Júnior tem o mesmo entendimento:

O juiz preside o ato, controlando a atuação das partes para que a prova seja produzida nos limites legais e do caso penal. Ademais, poderá fazer perguntas sim, para complementar os pontos não esclarecidos. Jamais se disse que o juiz não poderia perguntar para as testemunhas na audiência! (2014, p. 670).

Nesse sentido, percebe-se que a produção de provas e a iniciativa probatória devem incidir sobre as partes. No entanto, o magistrado não necessita adotar um comportamento totalmente inerte, tendo em vista que, para a busca de um processo justo, o juiz deve atuar de maneira subsidiária, complementando as provas trazidas aos autos pelas partes (LIMA, 2015, 1185).

Assim, de acordo com o que vigora no sistema acusatório, possui o juiz a função de regularizar o procedimento processual atuando como fiscal, e também a função de juiz-espectador na instrução processual, a qual consiste somente na atribuição de presidir o ato, a fim de que as partes iniciem a produção de provas, podendo, ao final, atuar de forma subsidiária, complementando o feito.

#### 4.4 IMPLICAÇÕES DA INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS ESTABELECIDAS PELO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A redação do artigo 212 do Código de Processo Penal dispõe o seguinte:

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 (BRASIL, 2016c).

Sob a ótica do sistema acusatório, o juiz abre a audiência para inquirição de testemunhas, passando a palavra às partes, para que estas deem início às perguntas, feitas diretamente às testemunhas, podendo o magistrado, ao final, completar o depoimento. Ao agir dessa maneira, o juiz fortalece seu papel garantidor e imparcial no processo; todavia, não é o que acontece na prática. O juiz brasileiro ainda não se acostumou com a mudança do sistema inquisitório para o acusatório.

O juiz, ao inverter a ordem de inquirição das testemunhas estabelecida no artigo supra, poderá ocasionar três situações no processo, segundo o parecer da doutrina e da jurisprudência, quais sejam: nulidade absoluta, nulidade relativa e mera irregularidade processual.

Primeiramente, as partes poderão alegar nulidade absoluta, porquanto o juiz violou o princípio do devido processo legal quando iniciou as perguntas às testemunhas, assumindo papel de protagonista na inquirição, e não de fiscalizador do ato. Há entendimentos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nessa lógica:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 33, §4º DA LEI 11.343/06. INVERSÃO NA ORDEM DE QUEM FORMULA AS PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. NULIDADE ABSOLUTA. ALEGAÇÕES DE POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA E DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PLEITOS PREJUDICADOS EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DE NULIDADE. PROGRESSÃO DE REGIME. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. LAPSO TEMPORAL PARA PROGRESSÃO DE REGIME NA FRAÇÃO DE 2/5.

I - O art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, determina que as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, possibilitando ao magistrado, caso entenda necessário, complementar a inquirição acerca de pontos não esclarecidos.

II - "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." (HC 121.216/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 01/06/2009; no mesmo sentido HC 137.091/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 13/10/2009);

III - Anulada a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo

Penal, bem como os atos subsequentes, perdeu o objeto, o presente writ, no que tange aos pleitos referentes à possibilidade de suspensão condicional da pena e direito de recorrer em liberdade.

[...]

Ordem parcialmente concedida, apenas para anular a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, determinando que outra seja realizada, consoante as disposições do referido dispositivo (BRASIL, 2016e).

E ainda:

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 (BRASIL, 2016e).

Ainda que seja entendimento minoritário, o posicionamento dos ministros do Superior Tribunal de Justiça se baseou na ofensa ao sistema acusatório, que preza pelo sistema direto e cruzado de inquirição de testemunhas e pela atuação completiva e fiscalizadora do magistrado, tendo como consequência a violação ao princípio do devido processo legal. Logo, o ferimento de um princípio constitucional gera nulidade absoluta no processo, anulando-se todos os atos subsequentes ao ato vicioso.

O entendimento majoritário, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, é pela nulidade relativa, sendo necessário comprovar o dano causado à parte.

Segundo Lopes Júnior: “Infelizmente, tem predominado o entendimento de que a inversão conduziria a uma nulidade relativa, exigindo a demonstração de prejuízo por parte da defesa”. (2014, p. 673).

No mesmo trilhar, explicam Pacelli e Távora, respectivamente:

Eventual resistência do magistrado na adoção das atuais regras, isto é, na hipótese de permanecer o juiz iniciando a inquirição e só após permitindo a intervenção das partes, não implicará nulidade do processo, a não ser que se demonstre o prejuízo ou a efetiva violação da imparcialidade do julgador. Não se pode pensar na anulação do processo unicamente como *pedagogia procedimental*. (2015, p. 423).

De acordo com a nova sistemática adotada pelo art. 212, caput, CPP, entendemos que as partes deverão formular suas perguntas à testemunha em primeiro lugar. Ao juiz incumbirá, ao final, esclarecer pontos ainda não elucidados. No mesmo sentido é o entendimento de Antonio Magalhães Gomes Filho e do STJ, para quem haverá nulidade relativa, no caso de inversão da ordem prevista no dispositivo mencionado. (2015, p. 667).

O Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões nesse sentido:

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 (BRASIL, 2016e, grifos no original).

E mais:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DIVERSO DO DISPOSTO NO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM ALTERAÇÃO DA LEI N. 11.690/2008. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. 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. 2. Ordem denegada (BRASIL, 2016e).

À luz dessa corrente, somente será objeto de nulidade relativa o ato do juiz que causar dano às partes, tendo de ser demonstrado e alegado em momento oportuno (alegações finais). Caso contrário, acarretará mera irregularidade ao processo.

Por fim, existe uma construção de entendimento por parte da doutrina que defende a mera irregularidade no processo, por não estar caracterizado o prejuízo sofrido pelas partes, tendo em vista que somente foi alterado o método de inquirição, isto é, o juiz é o destinatário das provas colhidas no processo, portanto, continua a abrir o depoimento, formulando perguntas às testemunhas de acusação e defesa e, no momento em que se esgotar seu esclarecimento, passa a palavra às partes para reperguntas feitas diretamente (NUCCI, 2013, p. 488).

Nucci ainda acrescenta:

Outro ponto a ser observado, levando-se em consideração os que defendem a alteração do modo de inquirição, devendo as partes iniciar a colheita dos depoimentos e somente ao final o juiz pedir esclarecimentos, haver a testemunha arrolada pelo juiz. Como proceder nesse caso, se a testemunha foi arrolada pelo magistrado, nos termos do art. 209 do CPP, para satisfazer uma dúvida sua? Quem começará a inquiri-la? Qualquer das partes poderá fazê-lo, porém sem nenhuma perspectiva real do porquê foi arrolada, visto tratar-se de dúvida do julgador. É mais um elemento a demonstrar que a posição de passividade do juiz na inquirição de testemunha é utópica, já que ele mesmo pode arrolar quem bem quiser, sem dar satisfação alguma às partes. (2009, p. 107).

Igualmente é a percepção de Capez:

Difícilmente poder-se-á falar em nulidade do ato processual na hipótese em que o juiz opta em intermediar as perguntas formuladas pelas partes, na medida em que essa providência poderá justamente visar superar as dificuldades surgidas pela inabilidade das partes na condução do testemunho. Cumpre ao juiz-presidente respeitar a prerrogativa das partes de inquirir diretamente as testemunhas, mas a sua inobservância implica mera irregularidade, por falta de prejuízo. Trata-se, portanto, de desrespeito a uma mera formalidade que não implica prejuízo às partes. Além disso, elas próprias podem anuir quanto à adoção do sistema presidencialista, sem que se possa falar em prejuízo à acusação ou à defesa. (2014, p. 447).

Para Gomes; Sanches Cunha; e Pinto (2008, p. 302), é melhor ficar com a fórmula tradicional anterior, pela qual o juiz inicia as perguntas à testemunha para após dar a palavra às partes, para que elas também possam inquirir a testemunha de forma direta, sem a necessidade de passar pelo filtro judicial.

Por fim, Nucci (2013, p. 489) conclui:

Porém, quem assim não entenda, pode crer na modificação na ordem de inquirição. Se tal assertiva for correta, em caso de desrespeito à “nova” disposição do art. 212, gera-se uma nulidade. O mais relevante é saber: absoluta ou relativa? E nesse ponto somos levados a defender enfaticamente seja a nulidade considerada relativa. Em outros termos, torna-se fundamental que a parte inconformada com a inversão (ex.: o juiz começou a inquirição e depois passou a palavra às partes) demonstre qual foi o prejuízo daí advindo. Afinal, inexistente possibilidade de se encontrar o prejuízo presumido. Qual teria sido este? A mera inversão na ordem de inquirição, sem trazer dano à parte, é pura formalidade. O processo não é um fim em si mesmo, mas um meio para se aplicar o direito material ao caso concreto. Logo, anular como se a falha fosse gravíssima, o processo, por conta da discussão havida em torno do art. 212 (quem começa a inquirição) não nos parece razoável, nem está em sintonia com a moderna visão do processo penal brasileiro, que busca a celeridade, com segurança.

A partir do conteúdo exposto por essa corrente, entende-se que a ordem estabelecida pelo artigo 212 do Código de Processo Penal é mera formalidade processual. Caso o juiz descumpra essa ordem, está incorrendo em mera irregularidade, não sendo reconhecido o prejuízo advindo desse ato, posto que o magistrado continua sendo o destinatário das provas colhidas no processo e por isso merece ter o primeiro contato com a prova, após o que as partes dão continuidade à produção.

Ademais, a redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, após a Lei nº 11.690, determinou somente uma mudança na maneira de inquirição de reperguntas, anteriormente feitas pelo magistrado, para o sistema de perguntas diretas às testemunhas. Assim, em nenhum momento o dano causado às partes fica demonstrado, não havendo causa que sustente a nulidade processual.

A título de curiosidade, destacam-se duas teorias relacionadas à prova testemunhal e à função do juiz no processo penal: a Síndrome da mulher de Potifar e a Síndrome de Dom Casmurro. A primeira associa uma passagem bíblica com o valor da palavra da vítima no âmbito probatório. Em contrapartida, a segunda faz uma relação da obra “Dom Casmurro” de Machado de Assis com a imparcialidade do juiz.

Potifar é um personagem bíblico; era casado e sua esposa tinha desejo de ter um relacionamento extraconjugal com José, braço direito de Potifar. A mulher por muitas vezes provocou José, quando um dia se dirigiu até seu quarto e o beijou à força. José conseguiu desvencilhar-se da mulher e fugir, com vergonha de seu

patrão. No entanto, a esposa de Potifar contou a ele uma outra versão dos fatos: que José havia tentado estuprá-la.

Essa teoria busca analisar a credibilidade da palavra do ofendido e identificar a validade e a seriedade da palavra da vítima nos crimes sexuais, haja vista que são praticados na clandestinidade, sem testemunhas presenciando o delito. Então, tem-se somente a palavra da vítima contra a do acusado.

O Código de Processo Penal prevê que a palavra da vítima é meio de prova e pode ser considerada para fins de condenação quando a vítima for imparcial. A Suprema Corte Americana utilizou essa teoria no julgamento do ex-boxeador Mike Tyson e por lá se formou um precedente: quando uma pessoa é recusada sexualmente por outra, o indivíduo rejeitado tende a querer prejudicar quem a rejeitou. Portanto, a palavra da vítima é adotada pelo Código de Processo Penal como meio de prova; aparte isso, deve ser analisada com cautela.

Na obra “Dom Casmurro” existem os personagens Bentinho, Capitu (esposa de Bentinho), Escobar (melhor amigo de Bentinho) e Ezequiel (filho de Bentinho e Capitu). À medida que Ezequiel crescia, foi ficando parecido com Escobar, o que deixou Bentinho desconfiado de que sua esposa tivesse um caso com seu melhor amigo.

No processo vigora o sistema acusatório (funções de acusar, defender e julgar concentradas em pessoas diferentes) e a persecução penal é dividida em duas etapas: investigatória, no momento da instauração do inquérito policial, e judicial, quando se inicia a ação penal.

A teoria é relacionada com o processo, uma vez que o juiz não pode determinar diligências de ofício na fase investigatória, somente na ação penal, tendo em vista que, agindo assim, o juiz extrapolaria a sua atividade de julgador e passaria a ser um pouco investigador.

O juiz deve ser imparcial e inerte. Quando pretende exorbitar sua função de julgador, acaba por se envolver em quadros mentais paranoicos, como aconteceu com Bentinho, no momento em que desconfiou da paternidade de Ezequiel.

Essa teoria deve ser evitada no processo penal, pois o juiz deixa de julgar para se arvorar na posição de acusador ou de investigador de um crime e de sua autoria.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme exposto no presente trabalho, obtém-se, no primeiro capítulo, que o princípio do devido processo legal, oriundo do direito inglês, chamado de *due process of law*, é o princípio constitucional base dos demais institutos processuais, que prevê o julgamento mais correto da lide, conforme as normas legais.

Qualquer que seja o ramo do direito processual, o referido princípio tem por objetivo juntar as demais garantias processuais dos cidadãos, atuando como um inabalável sustento das normas estabelecidas em lei. Uma vez desrespeitado esse preceito, ocorre a nulidade processual.

À luz do devido processo legal, prevalece, no direito brasileiro, o sistema acusatório, o qual desmonta a concentração das atribuições de acusar, defender e julgar, originalmente de poder do magistrado, conforme se praticava no antigo sistema inquisitório.

Por conseguinte, no capítulo de provas, percebe-se que o juiz forma seu convencimento a partir de fatos controvertidos no processo, sendo as provas os meios de comprovar a existência ou inexistência desses fatos controvertidos. Nesse diapasão, pode-se notar que o destinatário das provas é o juiz, que formará sua convicção a partir dos fatos trazidos aos autos. É a procura pela verdade. Só assim é possível decidir da forma mais devida, fazendo o que todos almejam: a justiça.

Todavia, ao produzir uma prova ilícita, a parte estará sujeita a praticar um ato passível de anulação, que poderá ser absoluta ou relativa. A nulidade absoluta é caracterizada pela infração aos preceitos constitucionais como o contraditório, ampla defesa, devido processo legal. O ato viciado atinge o interesse público, portanto o juiz deve decretar a nulidade de ofício, não precisando ser o prejuízo demonstrado, tendo em vista que a gravidade do ato viciado é flagrante, sendo o dano presumido. É arguida pela parte interessada a nulidade relativa quando a imperfeição e desconformidade com a lei não forem tão rígidas quanto à nulidade absoluta. A nulidade relativa deve ser alegada em momento oportuno e a parte precisa ter sofrido algum prejuízo, o qual deve ser expressamente demonstrado no processo.

Ainda no campo probatório, o ônus de provar incumbe à parte que alegar, conforme ensina o artigo 156 do Código de Processo Penal. No processo penal, o ônus principal é da acusação, já que ela exerce a atividade probatória principal,

devendo provar todos os detalhes acerca da autoria, materialidade e circunstâncias do crime. Ao réu cabe demonstrar causas de excludentes de ilicitude e culpabilidade.

Ao passar para o tema dominante da presente monografia, foi estudada a prova testemunhal, ferramenta fundamental no processo penal e no processo civil, proporcionando ao julgador uma versão mais clara dos fatos, trazendo, por consequência, grande probabilidade de que a decisão do magistrado esteja em conformidade com a verdade real.

O artigo 212 do Código de Processo Penal estabeleceu após a reforma de 2008 que as testemunhas serão inquiridas de forma direta e cruzada pelas partes (método *cross examination*), devendo o juiz não admitir perguntas que induzam resposta, que não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Ademais, a redação do artigo dada pela Lei nº 11.690 determinou que o juiz somente ao final do depoimento da testemunha poderá intervir, a fim de se esclarecer sobre pontos obscuros durante a inquirição, para complementá-la, já que ele é o destinatário da prova. Contudo, o sistema *cross examination* institui a função fiscalizadora ao juiz no ato, devendo indeferir perguntas de ofício ou a requerimento das partes, nas hipóteses citadas acima.

Logo, o magistrado deve conduzir o andamento processual conforme o procedimento previsto em lei para, ao final, ser proferida a sentença, zelando pela regularização dos autos, a fim de que ato algum esteja em desconformidade com a lei, conforme o disposto no artigo 251 do Código de Processo Penal.

Com relação à gestão de provas, deve o juiz permanecer afastado dessa atribuição, cabendo às partes esse ônus, a fim de preservar sua imparcialidade, haja vista que o sistema processual vigente é o acusatório, que determina a separação das funções de acusar, defender e julgar, desconcentrando o poder das mãos do magistrado. Assim, de acordo com o sistema acusatório, possui o juiz a função de juiz-espectador na instrução processual, a qual consiste somente na atribuição de presidir o ato a fim de que as partes iniciem a produção de provas, podendo, ao final, atuar de forma subsidiária, complementando o feito.

Ao arremate, o juiz, ao inverter a ordem de inquirição das testemunhas estabelecida no artigo supra, poderá causar três situações no processo, segundo o

parecer da doutrina e da jurisprudência, quais sejam: nulidade absoluta, por violar o princípio do devido processo legal; nulidade relativa, por causar prejuízo às partes; e mera irregularidade processual, por não estar demonstrado o prejuízo às partes, com o que se entende que o estabelecido na norma processual constitui apenas uma formalidade.

Por todo exposto no presente trabalho, pode-se concluir que a Lei 11.690/08 introduziu literalmente o sistema acusatório ao processo penal, tendo em vista que proporcionou às partes uma maior atuação na instrução processual, causando, assim, além da celeridade do ato, um julgamento mais próximo da realidade e colocando o magistrado na sua função fiscalizadora e julgadora.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3166>>. Acesso em: 4 out. 2015.

ALVES, Ítalo da Silva. Origens e aplicações do princípio do devido processo legal . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3752, 9 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25485>>. Acesso em: 5 out. 2015.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BENITES, Nórton Luís. **Mudança na lei 11.690 traz dupla interpretação**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-30/mudanca-regras-inquiricao-testemunha-traz-dupla-interpretacao>>. Acesso em: 22 maio. 2016.

BIANCHI, Eduardo. **O direito a liberdade individual**. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/psicologia/artigos/10196/o-direito-a-liberdade-individual#ixzz4AEzWWJaK>>. Acesso em: 31 maio. 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 dez. 1988. Seção 1, p. 2987. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 26 set. 2015.

\_\_\_\_\_, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 out. 1941. p. 29514. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2016.

\_\_\_\_\_, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Seção 1, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2016.

\_\_\_\_\_, **Superior Tribunal de Justiça**. Ementa no Habeas Corpus nº 153.140/MG. Relator: FISCHER Felix. Publicado no DJ de 13/09/2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=153140&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>> . Acesso em: 22 mai. 2016.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal**. Ementa no Habeas Corpus nº 84.679/MS. Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJ de 30/09/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%40JULG+%3D+20050830%29%28PRIMEIRA%2ESESS%2E%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hgqbg9u>> . Acesso em: 01 maio 2016.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal**. Ementa no Habeas Corpus nº 103.525/PE. Relator: LÚCIA, Carmen. Publicado no DJ de 27/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28103525%2EENUME%2E+OU+103525%2EACMS%2E%29+%28%28C%28C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORL%2E+OU+%28C%28C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORV%2E+OU+%28C%28C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORA%2E+OU+%28C%28C1RMEN+L%DACIA%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h6q37mz>>. Acesso em: 22 maio 2016.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal**. Ementa no Habeas Corpus nº 110.936/RS. Relator: LÚCIA, Carmen. Publicado no DJ de 08/10/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28110936%2EENUME%2E+OU+110936%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mcfhg44>>. Acesso em: 22 maio 2016.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal**. Ementa no Recurso Extraordinário nº 640.139/DF. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ de 14/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28640139%2EENUME%2E+OU+640139%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/k2wlubm>> . Acesso em: 02 maio 2016.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHAVES, Vinícius Pires. **O sistema cross examination e sua aplicação na inquirição de testemunhas no processo penal brasileiro**. 2011. 63 f. Monografia. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2011. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/2879/2657>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FANTECELLE, Gylliard Matos. Teoria do juízo aparente e o art. 567 do CPP. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3902, 8 mar. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26833>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

FARHAT, Camila Mahiba Pereira. **Das provas no processo penal**. 2008. 79 f. Monografia. Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Camila%20Mahiba%20Pereira%20Farhat.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

GARBIN, Ana Paula de Oliveira. **O acusado e seus direitos no processo penal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12298&verista\\_caderno=22](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12298&verista_caderno=22)>. Acesso em 02 nov. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito: novo procedimento do júri (Lei 11.689/2008)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. O devido processo legal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 202, 24 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4749>>. Acesso em: 3 out. 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES, Hálisson Rodrigo; PIRES, Gustavo Alves de Castro; PIRES, Carolina Lins de Castro. Princípios da verdade no processo brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 123, abr. 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/mnt/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14613&revista\\_caderno=21](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14613&revista_caderno=21)>. Acesso em: 01 mai. 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MANSOLDO, Mary. O Direito e o Dever de Provar no Processo Penal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 30 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. vol. 1. São Paulo: Millenium, 2003.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. **Devido Processo Legal e Indevido Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. vol. 1. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTEIRO, Taiana Alves. **Os benefícios da adoção do Cross Examination**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-24/cross-examination-aperfeicoa-principios-contraditorio-ampla-defesa>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SANTANA, Henrique Antônio Brito. A Lei 12.403/11 à luz do princípio do devido processo legal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11736](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11736)>. Acesso em: 19 out 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. II. 27ª ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Evander de Oliveira. **Desenvolvimento Histórico do Processo Penal no Brasil e no Mundo**. Disponível em:

<[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=14012](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14012)> Acesso em: 17 mai. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Ilara Coelho de. Princípio do devido processo legal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3405, 27 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22857>>. Acesso em: 4 out. 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

TÁVORA, Nestor. Art. 212: Inquirição das testemunhas e controle judicial. In: GOMES, Luiz Flávio (org.). **A Prova no processo penal: comentários à lei nº 11.690/2008**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 4 v.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TURBAY JR., Albino Gabriel. Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, conceitos, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11877&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11877&revista_caderno=9)>. Acesso em: 05 out. 2015.

VILLANOVA, Paulo Jorge Lellis. **Breves considerações sobre a Lei 11.690 que alterou o CPP**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=2877](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2877)>. Acesso em: 09 maio. 2016.