
Habeas Corpus 12216 - Rcl 117923

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Paciente: R.S.S.

Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Excelentíssimo Senhor Presidente do e. Superior Tribunal de Justiça:

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com base no art. 5º, inciso LXVIII, e art. 105, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal, arts. 647 e segts. e 654 do Código de Processo Penal, vêm impetrar ordem de

Habeas Corpus, com Pedido Liminar

Em favor de R. S. S., brasileiro, nascido em Brasília/DF aos 3/04/1986, filho de O. A. S. e M. C. S. S., portador da CI/RG nº [...] – SSP/DF, residente na [...], réu nos autos nº 2007.03.1.006253-0, em trâmite pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF.

O pleito aponta como autoridade coatora a e. 2ª Turma Criminal do TJDFT que negou provimento a reclamação proposta pelo MPDFT.

1 Resumo dos Fatos

O Ministério Público ajuizou denúncia em desfavor de R. S. S. pela prática do delito capitulado no art. 157, caput, do CPB (doc. 01).

Instaurada a ação penal, a audiência de instrução se realizou em 14/08/2008. Nessa data, já estava em vigor a Lei n. 11.690/2008, que

deu nova redação ao artigo 212 do CPP. Na audiência, em questão preliminar, o Ministério Público formulou requerimento ao juízo para que aplicasse a ordem das perguntas previstas no art. 212 do CPP, de forma que primeiro as partes pudessem perguntar e após o juízo somente complementasse as perguntas sobre os pontos não esclarecidos (doc. 02).

Todavia, o Juízo reclamado, por entender que a ordem de formulação de perguntas permaneceu inalterada, indeferiu o pedido do Ministério Público.

Diante disso, o Ministério Público propôs no TJDFT reclamação contra o *error in procedendo* pelo desrespeito à ordem de realização das perguntas prevista no art. 212 do CPP, que restou, assim, violado. Apontou, também, desrespeito ao artigo 129, inciso I (sistema acusatório); inciso LIV, do artigo 5º (devido processo legal); e inciso III, do artigo 1º (dignidade da pessoa humana) (doc. 3).

A manifestação do *Parquet* naquele Tribunal foi pelo acolhimento do pedido (doc. 4).

No entanto, a e. Corte, aqui apontada como coatora, apesar de reconhecer a violação ao artigo 212 do CPP, daí não extraiu qualquer consequência jurídica, em flagrante violação a garantias constitucionais elencadas pelo Ministério Público (doc. 5 - Reclamação nº 2008.00.2.011792-3).

2 A legitimidade do Ministério Público, a Competência do Superior Tribunal de Justiça e os Demais Pressupostos Processuais e Condições da Ação

O Ministério Público, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis (CF, art. 127), tem como função institucional zelar pelo respeito dos poderes públicos aos direitos

assegurados constitucionalmente, promovendo as medidas necessárias para tanto (CF, art. 129, II). Possui essa instituição, evidentemente, legitimidade para impetrar este *writ of mandamus*. Há muito já se afirmou sua legitimidade para casos como o presente. No colendo STF, os seguintes precedentes corroboram a afirmação:

HC nº 91024, Relatora: Min. ELLEN GRACIE
DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008
PACTE.(S): ANTÔNIO GERALDO DE OLIVEIRA
IMPTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO NORTE
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Ementa

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. POSTULADO DO JUIZ NATURAL. ESPECIALIZAÇÃO DE COMPETÊNCIA (RATIONE MATERIAE). RESOLUÇÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Alegação de possível violação do princípio do juiz natural em razão da resolução baixada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. 2. *Reconhece-se ao Ministério Público a faculdade de impetrar habeas corpus e mandado de segurança, além de requerer a correição parcial (Lei nº 8.625/93, art. 32, I)*. 3. *A legitimidade do Ministério Público para impetrar habeas corpus tem fundamento na incumbência da defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis (HC 84.056, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 04.02.2005), e o Ministério Público tem legitimidade para impetrar habeas corpus quando envolvido o princípio do juiz natural (HC 84.103, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ 06.08.2004)*. 4. O mérito envolve a interpretação da norma constitucional que atribui aos tribunais de justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, em consonância com os limites orçamentários, a alteração da organização e divisão judiciárias (CF, arts. 96, II, d, e 169). 5. O Poder Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas, porque é matéria que se insere no âmbito da organização judiciária dos Tribunais. O tema referente à organização judiciária não se encontra restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, eis que depende da integração dos critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos tribunais. 6. A leitura interpretativa do disposto nos arts. 96, I, a e d, II, d, da Constituição Federal, admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação do tribunal

de justiça, desde que não haja impacto orçamentário, eis que houve simples alteração promovida administrativamente, constitucionalmente admitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada. 7. *Habeas corpus* denegado.

HC nº 90305/RN, Relator: Min. CARLOS BRITTO
DJe-023 DIVULG 24-05-2007 PUBLIC 25-05-2007
PACTE.(S): JOSÉ PINTO DA COSTA
IMPTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO NORTE
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO QUE PRETENDE O RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO PROCESSANTE. O pedido de reconhecimento de incompetência absoluta do Juízo processante afeta diretamente a defesa de um direito individual indisponível do paciente: o de ser julgado por um juiz competente, nos exatos termos do que dispõe o inciso LIII do artigo 5º da Constituição Federal. *O Ministério Público, órgão de defesa de toda a Ordem Jurídica, é parte legítima para impetrar habeas corpus que vise ao reconhecimento da incompetência absoluta do juiz processante de ação penal.* Ordem parcialmente concedida para que, afastada a preliminar da ilegitimidade, o Tribunal Estadual aprecie o mérito como entender de Direito.

HABEAS CORPUS nº 79.572/GO - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfm, da verdade.

No corpo desse último v. aresto, o eminente Ministro Marco Aurélio de Melo asseverou:

Registre-se, em primeiro lugar, que este habeas corpus veio a ser formalizado pelo Ministério Público do Estado de Goiás, estando a peça primeira subscrita pelo Procurador-Geral de Justiça Substituto, Dr. Altamir Rodrigues Vieira Júnior. O fato bem revela a *seriedade* da impetração e, mais do que isso, o *cumprimento do múnus público*, a atuação *equidistante* do Órgão, no que voltada à busca da *prevalência*

do arcabouço normativo constitucional, da predominância da verdade real, entendida esta última em seu sentido lato. A ação constitucional de habeas corpus *não possui balizamento rígido sobre legitimados*, abrangendo, a norma primária de regência para ajuizá-la, *qualquer do povo*, podendo, inclusive, *ser concedido de ofício*, o que se dirá quando *a impetração ocorre mediante ato de quem tem o dever de tornar prevalecente a ordem jurídica*. Neste sentido é a jurisprudência desta Corte, pouco importando a atuação de regra, como Estado-acusador, na persecução criminal. (g.n.).

Afigura-se, portanto, inadmissível a discussão sobre legitimidade do Ministério Público para manejo desta ação constitucional.

Registre-se, ademais, que a defesa do réu, regularmente intimada, corroborou as razões apresentadas pelo *Parquet* na Reclamação proposta na origem (doc. 06). Não há, pois, sequer que se cogitar em interferência na atuação do patrono constituído. Tampouco que a medida cuida, unicamente, da defesa de interesses da acusação.

Ainda que desnecessária, a adesão da defesa à tese legítima, sob qualquer enfoque, a atuação ministerial.

O *habeas corpus* objetiva, exclusivamente, ver reconhecido o direito do réu a uma audiência hígida, na qual se proceda à inquirição das testemunhas em estrita obediência à nova legislação processual, com as perguntas das partes e, em complemento, se for o caso, as do juiz.

Visa, ainda, a que se assegure o devido processo legal inscrito no rol de garantias constitucionais (CF, art. 5º, inc. LIV), bem como a defesa do sistema acusatório, também de estatura constitucional, vigente em nosso sistema processual penal.

Está em foco, pois, direito fundamental do cidadão e a preservação da ordem jurídica, ambos a exigirem interferência desta instituição.

Ademais, a e. Suprema Corte há muito definiu a eficácia do *writ* para invocar nulidades processuais absolutas.¹

Trata-se, portanto, de clara hipótese de cabimento do remédio heroico. Afinal, a decisão atacada, ao negar qualquer consequência jurídica ao desrespeito ao artigo 212 do CPP, feriu de morte as garantias constitucionais previstas nos artigos 5º, inc. LIV, e 129, inciso I, da *Lex Maxima*.

A pretensão, adiante-se, prescinde de dilação probatória incompatível com o rito sumário do remédio heroico, porquanto basta, aqui, definir-se a correta interpretação do artigo 212 do CPP e artigos 5º, inc. LIV, e 129, inciso I, da *Lex Maxima*.

A matéria trazida à colação, enfim, versa sobre direito estrito, restando fixar-se o exato alcance jurídico das normas de regência, o que se amolda ao rito do remédio heroico, proveniente a coação, diretamente, de Tribunal de Justiça local, o que remete à competência originária do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o *habeas corpus* (CF, art. 105, inc. I, alínea “c”).

3 Os Antecedentes da Causa

Com advento da Lei nº 11.690/08, nova redação foi conferida ao art. 212 do Código de Processo Penal:

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. (NR).

1 STF - HC 71.810/DF, 2ª Turma, DJ de 27/set/94 (impetrado pelo Promotor de Justiça Andreilino Bento Santos Filho).

Percebe-se, pois, que segundo a nova disciplina processual, as partes devem formular suas perguntas diretamente à testemunha e, apenas após a inquirição feita pela acusação e pela defesa, o juiz poderá complementá-la.

Busca-se, assim, reforço da imparcialidade do julgador ao torná-lo efetivamente equidistante dos interesses imediatos das partes, preservando-lhe para a eficaz complementação dos quesitos em busca, concretamente, sem outra preocupação, da verdade real. Nesse sentido, as considerações tecidas pelo culto representante do MPDFT Rodrigo de Abreu Fudoli (RCL nº 2008.00 2 011492-2):

De acordo com a nova regra, as partes (Ministério Público ou querelante, como autores, e réu) formularão suas perguntas diretamente à testemunha, mas o juiz não admitirá as perguntas que puderem induzir a resposta, que não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida (“*caput*”). Somente após a inquirição feita pelas partes é que o juiz poderá complementar a inquirição (parágrafo único).

Pela redação original do Código, autor e réu ocupavam posição cômoda e secundária nas audiências, somente realizando perguntas complementares quando - e se - um ou outro ponto não foi abordado pelo juiz em sua inquirição, que é a principal. A regra antiga colidia com o sistema acusatório (gestão das provas nas mãos das partes), o que veio a ser corrigido. O sistema de inquirição presidencial, pelo qual é vedado às partes se dirigirem pessoal e diretamente às testemunhas, foi superado pela nova lei. Em seu lugar, adotou-se o sistema do “*examination-in-chief*” (inquirição direta ou principal, feita pela parte que arrolou a testemunha), seguindo-se a “*cross examination*” (feita pela parte contrária, em *seguida*).² Após tomar o compromisso (se o caso) das pessoas que serão ouvidas, o juiz deve passar a palavra às partes.

Membros do Ministério Público e advogados (do querelante, do assistente de acusação e do réu), exercendo efetivamente o papel de parte, em plena consonância com o sistema acusatório, passam a ter o ônus de extrair das testemunhas as informações relevantes, inquirindo-

2 A respeito, vide RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. SP: RT, 2006. p. 190.

as em primeiro lugar.

Modifica-se assim positivamente o sistema de inquirição de testemunhas, que, anteriormente, deixava ao juiz a incumbência de fazer as perguntas mais importantes, e, não raro, esgotava a inquirição com seus questionamentos, levando as partes a um certo comodismo e, por outro lado, os juizes a certo comprometimento psicológico com a prova produzida, pois assumiam, ainda que inconscientemente, o papel de inquisidores.

A inovação legislativa trata de prestigiar o papel das partes na aquisição da prova, conferindo-se maior imediação entre as partes e as testemunhas e vítimas. Trata-se de aprimorar o sistema acusatório (abrigado na Constituição da República, art. 129, I), caracterizado que é, dentre outros aspectos, pela gestão da prova colocada na mão das partes, o que é louvável.

O papel do juiz passa a ser aquele que lhe é conferido tipicamente: o de preservar as garantias fundamentais das partes, em especial garantindo que o contraditório e outros princípios processuais sejam atendidos plenamente, proporcionando condições para que as partes produzam a prova num ambiente que viabilize, no futuro, uma decisão justa. Daí seu poder de indeferir perguntas inúteis, impertinentes ou repetidas.

Para que não haja dúvidas de que a ordem das perguntas foi alterada, tenha-se em vista que:

- a) a previsão das perguntas das partes está no “caput” do art. 212 do CPP, e a previsão de perguntas pelo juiz está somente no parágrafo único, devendo ser lembrado que o parágrafo único é acessório em relação ao “caput”;
- b) ao tratar das perguntas do juiz, o legislador empregou a expressão “poderá complementar a inquirição”. “Complementar” significa “tornar completo”, “concluir”, “rematar”, “preencher”, e só completa aquilo que se iniciou;
- c) a intenção do legislador foi nitidamente a de fortalecer o sistema acusatório, o que também foi a intenção do legislador constituinte, devendo-se ter em mente que permitir que as partes perguntem primeiro é mais compatível com o sistema acusatório do que a inquirição inicial pelo juiz;
- d) não faria sentido que o procedimento fosse “perguntas do juiz – perguntas das partes – complementação com perguntas do juiz”, como se se tratasse de uma espécie de “réplica” a ser exercida pelo juiz.

Também o Juiz Federal Nazareno Cesar da Silva Reis (REIS, Nazareno Cesar da Silva. Primeiras impressões sobre a lei n. 11.690/2008: a prova no processo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1818,

23 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11414>>. Acesso em: 25 ago. 2008.):

A mais relevante das novidades é, sem dúvida, a que modifica a forma de inquirição das testemunhas. Migrou o CPP de um sistema essencialmente inquisitorial, em que o juiz não só preside os trabalhos como também protagoniza a inquirição, para um sistema mais próximo do *adversarial system* do direito anglo-americano, ou seja, um método de trabalho em que o magistrado apenas coordena a ação das partes, deixando à acusação e à defesa a tarefa de indagar diretamente as testemunhas sobre os pontos que considerem relevantes. Ao transferir às partes o ônus da inquirição, a lei procurou naturalmente garantir mais isenção ao juiz, ao tempo em que conferiu maiores responsabilidades aos sujeitos parciais do processo, presumivelmente os grandes interessados na produção da prova. Em todo caso, o velho princípio da verdade real não foi abandonado, pois a lei buscou uma solução conciliatória, ao admitir que o juiz indague as testemunhas sobre pontos “não esclarecidos.

As ensinanças de Eugenio Pacelli Oliveira trilham o mesmo caminho (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. RJ: Lumen Juris, 2008, p. 331-356):

Nos termos do art. 212, CPP (Lei 11.690/08), as testemunhas serão inquiridas diretamente pelas partes (e não mais por meio do juiz), *cabendo ao juiz, após as perguntas e respostas, complementar a inquirição. Note-se: complementar. A modificação, portanto, é total, afastando o juiz da função de explorar, prioritariamente, a prova.*

A Lei 11.690/08 trouxe importante alteração no procedimento de inquirição de testemunhas.

Ali se prevê que as perguntas das partes serão feitas diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem a repetição de outra já respondida (art. 212, CPP). *E, mais ainda, prevê que o juiz poderá complementar a inquirição, sobre pontos eventualmente não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, CPP).*

Observa-se, então, que a medida encontra-se 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.

O Procurador de Justiça do MPDFT Rogerio Schietti (SCHIETTI, Rogerio. Com a palavra, as partes. *Boletim do IBCCRim*, São Paulo, n. 188, julho de 1988.) observou:

Parece-nos que, sem embargo do relevo dessas alterações legislativas, a que produzirá maior mudança na rotina dos profissionais do foro criminal é a consubstanciada no artigo 212 do CPP, que passa a 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.

A simples leitura desse dispositivo faz aflorar a percepção quanto a duas importantíssimas modificações na metodologia de colheita da prova oral: (a) *as perguntas à vítima e às testemunhas passarão a ser feitas diretamente a esses sujeitos processuais* (exame direto), *sem a intermediação judicial* (exame judicial); (b) o juiz, na tomada dos depoimentos, deverá assegurar *às partes a iniciativa das perguntas*, reservando a si o papel de complementar a inquirição, diante de eventual dúvida ou omissão sobre o *thema probandum*.

A mudança é alvissareira. Nosso sistema processual penal, em que pese caracterizado como acusatório (com separação das funções de acusar, defender e julgar), nunca conseguiu livrar-se do ranço inquisitorial que vem de longa data. Recorde-se das primeiras décadas de vigência de nosso primeiro Código de Processo Criminal do Império, quando os policiais detinham funções judiciais e os juizes, funções policiais (policialismo judiciário). Exemplo disso era a nomeação, entre os desembargadores e juizes de Direito, para exercerem, também, a função de chefe de polícia e delegado.

A confusão de papéis também atingiu, no passado, o órgão oficial de acusação. Vale como exemplo, ainda no Império, a denominação dos membros do Ministério Público em segundo grau como “desembargadores promotores de Justiça” (Decreto nº 1.723, de 16/02/1856). Na República, a confusão de papéis se mostrava nítida na composição de tribunais, como o Tribunal de Justiça de São Paulo, onde o procurador-geral podia tomar parte no julgamento das causas, como

relator ou revisor(1). O que dizer então do largo período — interrompido com a Carta Magna de 1988 — em que a redação original do Código de 1941 permitia ao juiz de Direito iniciar processos, por meio de portaria (os assim chamados processos judicialiformes), tal como ocorria, por exemplo, no procedimento sumário das contravenções? O fato é que essas anomalias na distribuição dos papéis principais desempenhados na persecução penal ainda afetam, nem sempre conscientemente, a praxe do foro criminal, como o demonstra o hábito judicial de iniciar os depoimentos das testemunhas e ofendido, deixando às partes o papel complementar na colheita da prova oral.

Com a vigência da Lei 11.690/08, expurga-se tal lógica inquisitorial, reservando-se às partes o bem-vindo protagonismo na iniciativa probatória, *sem, todavia, privar o juiz de complementar, se necessário, a comum missão de buscar a verdade sobre os fatos subjacentes à imputação*, conforme a dicção dada ao artigo 156 do CPP.

Por fim, em workshop organizado pela Escola da Magistratura do TRF 4ª Região (18 e 19 de agosto de 2008 – Porto Alegre/RS), sobre essa alteração no código de processo penal os Magistrados concluíram:

A redação do artigo 212 do CPP confere às partes a prerrogativa de primeiro formular perguntas às testemunhas, podendo o juiz intervir a qualquer momento, perguntando, esclarecendo ou indeferindo-as. Na ausência ou deficiência de perguntas das partes, é dado ao juiz formulá-las de forma complementar e subsidiária.³

Cumpre, outrossim, salientar que o advento da Constituição Federal de 1988 definiu, em seu artigo 129, inciso I, o sistema acusatório como o vigente em nosso sistema processual penal (HC 84051/PR, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 02-03-2007): “No ordenamento jurídico brasileiro, vigora o sistema acusatório”.

É, pois, o Ministério Público, titular da ação penal pública incondicionada, o legitimado, constitucionalmente, para atuar no pólo ativo das demandas criminais em todas as suas fases e, como

3 Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?no=531>>.

consequência, produzir as provas necessárias para confirmar o substrato fático dos seus pedidos. Em contrapartida, à defesa cabe sustentar, como for de seu alvedrio, os interesses dos réus.

Cabe ao juiz, nesse contexto, a posição de imparcial garantidor da igualdade das partes e do contraditório, o que remete a sua iniciativa probatória em sucessão e complementação às partes, em prol da verdade material.

Afigura-se assim, sem dúvida, conflitante com o sistema acusatório constitucional e com as normas processuais que o corroboram, permitir ao julgador poder instrutório preferencial, circunstância que turvaria a garantia do juiz imparcial.

Portanto, ao contribuir para a parcialidade do julgador, a inquirição de testemunhas *contra legem* acarreta, inequivocamente, nulidade absoluta. Sob esse aspecto, é precisa a lição do Promotor de Justiça Thiago André Pierobom de Ávila (ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal. CPP, art. 212. *Jus Navigandi*, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11604>>):

Assentado que o art. 212 do CPP efetivamente estabelece que as partes deverão perguntar primeiro e o juiz deverá perguntar ao final, cumpre analisar qual será a consequência desta atipicidade processual.

As normas relativas à produção da prova em juízo são normas de garantia, na medida em que estabelecem um mecanismo que é predisposto a uma melhor formação da verdade no processo. Ademais, especificamente este dispositivo do art. 212 do CPP, visa assegurar maior imparcialidade e isenção ao magistrado, em consonância com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal.

A nova regra do art. 212 visa quebrar uma cultura secular de inquisitorialidade judicial. Há uma forte resistência à mudança das regras. Talvez alguns Promotores de Justiça não desejem a alteração da regra pois ela implicará na obrigação deles deverem assumir sua responsabilidade constitucional de efetivamente promover a ação penal, havendo, em consequência, maior trabalho aos Promotores de Justiça, que deverão preparar-se adequadamente para as audiências

para preparar suas perguntas às partes (já que deverão perguntar em primeiro lugar e o ônus de provar é todo seu). Talvez alguns Juizes também não vejam com bons olhos a alteração, pois temam que ela signifique simbolicamente perda de poderes pelo magistrado (tanto que houve proposta oriunda de comissão do Poder Judiciário para Emenda Modificativa do dispositivo quando de sua tramitação no Senado Federal), descurando que a função do magistrado juiz imparcial, presidente da ordem dos trabalhos, e fiscal da restrição dos direitos fundamentais é das mais relevantes na estrutura garantista de processo. Todos são resistentes a mudanças, especialmente o é o Poder Judiciário, guardião da ordem e tradicional por definição. Para se mudar uma cultura secular de ranço inquisitivo é necessária uma postura também radical.

Caso os Tribunais afirmem que a violação à ordem das perguntas prevista no art. 212 não gere qualquer nulidade, não haverá qualquer adesão dos magistrados ao novo regramento legal. Significará afirmar que o dispositivo determina que o juiz pergunte ao final, mas se o juiz violar a norma não haverá qualquer sanção. Portanto, os juizes estão liberados para continuar violando reiteradamente o novo dispositivo legal e mantendo a tradição inquisitiva de desde sempre. Não há direito sem sanção e para que haja efetividade da nova norma é essencial que os Tribunais assegurem seu *enforcement*, mediante a criação de um efeito dissuasório às violações.

Se reconhecermos que a norma legal do art. 212 do CPP, que assegura cumprimento ao sistema acusatório, é uma norma importante, então deve existir uma sanção à sua violação, e esta sanção não pode ser outra que não a nulidade do ato processual. Sobre as nulidades, afirma Carrara ^[17]:

Sanção natural é a nulidade de qualquer ato que viole [as normas legais relativas ao procedimento probatório]. Um Código de Processo que prescreve certas formas sem decretar a anulação daquilo que foi feito em contravenção daquelas formas é uma mistificação maliciosa, com a qual se quis fazer crer ao povo que obtém a proteção dos honestos, enquanto nada disso é garantido.

É certo que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Em nosso entendimento, o prejuízo está presente pela violação à necessidade de uma postura do juiz coerente com o sistema acusatório, de maior imparcialidade e distanciamento da produção da prova. Juiz que se recusa a aplicar o ordem das perguntas prevista no art. 212 do CPP é juiz que não aceita a ordem de valores prevista na Constituição Federal e no sistema acusatório, é um juiz que ainda acredita que ele é o principal responsável por trazer as provas de acusação, é um juiz que quer investigar os fatos, é um juiz que se afasta do modelo de imparcialidade previsto na Carta Magna e ora concretizado com a

reforma processual.

Sobre a nulidade absoluta decorrente da violação a normas constitucionais, assim se manifestam Grinover, Fernandes e Gomes Filho ^[18]:

Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo. [...]

Nessa dimensão garantidora das normas constitucionais-processuais, não sobra espaço para a mera irregularidade sem sanção ou nulidade relativa. A atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa uma violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e a normas de ordem pública.

Assim, o prejuízo está presente pela necessidade de assegurar aplicação concreta ao novo sistema de valores previsto na Constituição Federal e que a reforma processual veio dar realização prática. O prejuízo decorre da necessidade de seriedade no sistema jurídico. Assim, o prejuízo na violação da ordem das perguntas previstas no novo art. 212 do CPP, decorrentes da concreção de preceitos constitucionais, é presumido: há nulidade absoluta dos depoimentos colhidos com violação.

Colhe-se das ensinanças, portanto, que o desrespeito ao artigo 212 do CPP acarreta imperfeição tão grave que não admite convalescimento. Desnecessária, ademais, a demonstração de prejuízo para anulação dos atos daí decorrentes. Pode, outrossim, a eiva ser invocada em qualquer tempo e grau de jurisdição e, por fim, deve ser decretada de ofício.

4 Ato Coator. Ilegalidade. Nulidade absoluta. Negativa de Vigência ao Artigo 212 do CPP, Desrespeito ao Devido Processo Legal e ao Sistema Acusatório.

A e. Corte local, não obstante afirmar que houve o desrespeito ao artigo 212 do CPP, asseverou que da violação não se originou qualquer vício comprometedor da lisura do feito. Colhe-se da ementa da decisão (doc. 05):

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCESSO PENAL. RITJDFT. DEVIDO PROCESSO LEGAL E SISTEMA ACUSATÓRIO. ARTIGOS 5º. LIV E 129, I, DA CARTA MAGNA. ART. 212 DO

CPP. ART. 84, II, DO REGIMENTO INTERNO. PREJUÍZO PARA O RECLAMANTE. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO NA AUDIÊNCIA, INCLUSIVE, REIQUIRINDO TESTEMUNHAS. RECURSO DESPROVIDO.

1. O novo texto do art. 212, do Código de Processo Penal, esclareceu que as indagações, doravante, serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, e o *Parágrafo único*, de forma incontroversa, ser a inquirição pela autoridade judiciária *complementar*.

2. No presente caso, a audiência foi realizada, e, em virtude das respostas dadas pelas testemunhas, conforme fls. 117-119, não se percebe o mínimo indício de comportamento irregular por parte do magistrado, que formulou perguntas sobre os meios, motivo e oportunidade utilizados pelo réu para cometer o delito. Dela participaram o d. Promotor de Justiça e a d. Defesa Técnica do réu, inclusive, formulando indagações. Não se percebe ter sido imparcial a autoridade judiciária.

3. Além do mais, conforme inciso II, do art. 184, do RITJDFT, exige-se, para acolhimento da reclamação, que do ato processual surja dano irreparável ou de difícil reparação para o reclamante, situação fática que não ocorreu, pois, conforme realçado, da audiência participou o d. Promotor de Justiça, inclusive, também reinquirindo as testemunhas.

4. Nenhuma ofensa aos arts. 5, LIV e 129, I, da Constituição Federal.

Há, pois, situação de flagrante ilegalidade na decisão coatora, na medida em que encampou nulidade absoluta ocorrida em primeiro grau.

Com efeito, o douto juízo da 1ª Vara Criminal da Circunscrição de Ceilândia/DF, contrariamente ao previsto no artigo 212 do CPP, formulou, durante a audiência de instrução no feito noticiado, suas perguntas antes das partes. Reza o dispositivo:

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.

Percebe-se, segundo a nova disciplina processual, que as partes devem formular suas perguntas diretamente à testemunha e, apenas

após a inquirição feita pela acusação e pela defesa, o juiz poderá complementá-la.

A coação, portanto, é evidente, pois apontado ato instrutório em desacordo com as normas processuais vigentes. O artigo 212 do CPP, ilegalmente afastado da sua órbita de regência, busca o reforço da imparcialidade do julgador ao torná-lo efetivamente equidistante dos interesses imediatos das partes, preservando-lhe para a eficaz complementação dos quesitos em busca, concretamente, sem outra preocupação, da verdade real.

O desrespeito, portanto, à formula processual em questão depõe contra a garantia do juiz imparcial. Afinal:

O Juiz que se recusa a aplicar a ordem das perguntas prevista no art. 212 do CPP é juiz que não aceita a ordem de valores prevista na Constituição Federal e no sistema acusatório, é um juiz que ainda acredita que ele é o principal responsável por trazer as provas de acusação, é um juiz que quer investigar os fatos, é um juiz que se afasta do modelo de imparcialidade previsto na Carta Magna e ora concretizado com a reforma processual. (Thiago Ávila, *op. cit.*)

Colhe-se das ensinanças, portanto, que o desrespeito ao artigo 212 do CPP acarreta imperfeição tão grave que não admite convalescimento. Desnecessária, ademais, a demonstração de prejuízo para anulação dos atos daí decorrentes. Pode, outrossim, ser invocada em qualquer tempo e grau de jurisdição e, por fim, deve ser decretada de ofício.

Nessa senda, há indicação precisa de ilegalidade que denota clara hipótese de nulidade absoluta.

Assim, revela-se evidente que a impetração busca, apenas e tão somente, no caso concreto, a prevalência do arcabouço normativo processual constitucional. Almeja ainda, mas a partir da correção da ilegalidade individualmente posta, é preciso que se assente, a posição dos Tribunais maiores sobre o tema.

Não se está, de forma alguma, importante frisar, na defesa de interesses da acusação. A impetração, reitere-se, busca, no caso concreto, o respeito ao devido processo legal e ao sistema acusatório, encampados, legislativamente, pelo artigo 212 do CPP.

É importante salientar que o sistema acusatório, de estatura constitucional, tem por objetivo primeiro estabelecer nítida separação entre as funções de acusador e de juiz. Trata-se de norma de garantia estabelecida em favor dos acusados, pois privilegia, acima de tudo, a imparcialidade do julgador. Nesse sentido, a precisa lição de Paulo Rangel (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006):

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é o órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição (cf. Item 1.7, supra), todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim, no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.

No sistema acusatório, o juiz não mais inicia, *ex officio* a persecução penal *in iudicium*. Há um órgão próprio, criado pelo Estado, para propositura da ação. Na França, em fins do século XIV, surgiram os *les procureurs du roi* (os procuradores do rei), dando origem ao Ministério Público. Assim, o titular da ação penal pública passou a ser o Ministério Público, afastando, por completo, o juiz da persecução penal.

Joan Verger Grau deixa consignado em sua obra que:

O importante é não encomendar ambas as tarefas (acusar e julgar) a mesma pessoa: o juiz. A separação inicial de ambas as funções é pressuposto necessário mesmo que não suficiente para configurar o caráter acusatório do processo.

No fundo a última razão do processo acusatório é a de preservar a imparcialidade do juiz, para que seja um autêntico julgador supra partes (La Defensa del imputado Y el Principio Acusatorio, Barcelona, Bosch, 1994, p. 23). (g.n.)

Não se duvida, pois, que com a afirmação do sistema acusatório reforça-se a imparcialidade do julgador. Por outro lado, condutas antagônicas a esse sistema, v.g. desrespeito ao artigo 212 do CPP, contrariam a garantia constitucional.

Há, ainda, que se destacar que a audiência de instrução realizada em desacordo com o artigo 212 do CPP afronta o princípio constitucional do devido processo legal e seus consectários (art. 5º, LIV, da CF/1988). Tal eiva, causa de nulidade absoluta processual, por certo, é passível de corrigenda pelo *writ*⁴. No mesmo sentido a jurisprudência dessa e. Corte, *in verbis*:

Em regra, o habeas corpus é via adequada para decidir questões de competência, nulidades, prescrição e cerceamento do direito de defesa, a não ser que dependam de exame aprofundado de provas. (LEX, 89:30) (g.n.).

E também: STF - HC 88.914-SP, DJ 5/10/2007, e STJ - HC 108.457-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 18/9/2008.

Ainda que se admita, *ex hipotesys*, tratar-se a violação do artigo 212 do CPP de nulidade relativa, sendo necessária a demonstração do prejuízo, o caso em desate permite a anulação do ato também se partindo dessa premissa.

Com efeito, em 16/9/2008, o paciente foi sentenciado e condenado a 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime *fechado* (doc. 7).

É, por óbvio, evidente o prejuízo para o réu. A sentença foi prolatada por juiz com imparcialidade questionada, na medida em que teve inadmissível iniciativa probatória. Por outro lado, as provas colhidas ilegalmente fundamentaram o decreto condenatório, o que, a

4 STF - HC 71.810/DF, 2ª Turma, DJ de 27/set/94 (impetrado pelo Promotor de Justiça Andreilino Bento Santos Filho).

toda evidência, acarretou flagrante injustiça. Registre-se, ademais, que o ato de colheita de provas foi oportunamente impugnado pelo Promotor de Justiça oficiante (doc. 2).

Não se pode, portanto, sob qualquer ótica, negar a existência de clara hipótese de cabimento e deferimento do remédio heroico.

Permita-se a repetição, o *habeas corpus* objetiva, exclusivamente, ver reconhecido o direito do réu a uma audiência hígida, na qual a inquirição das testemunhas se dê em estrita obediência à nova legislação processual, com as perguntas das partes e, em complemento, se for o caso, as do juiz. Visa, ainda, assegurar o devido processo legal inscrito no rol de garantias constitucionais (CF, art. 5º, inc. LIV), bem como a defesa do sistema acusatório, também de estatura constitucional, vigente em nosso sistema processual penal.

Em foco, pois, direito fundamental do cidadão e a preservação da ordem jurídica.

Nessa senda, há indicação precisa de ilegalidade praticada em primeiro grau que denota clara hipótese de nulidade absoluta. Confirmada, ademais, pelo e. Colegiado apontado como coator. Também inequívoca a legitimidade do impetrante e que tal eiva deveria ser corrigida por meio da reclamação proposta na origem. Nessa ordem, o Tribunal coator, ao negar-se a examinar a apontada ilegalidade por afirmar a inexistência de qualquer vício, em flagrante desrespeito aos arts. 5º, inc. LIV, e 129, inciso I, da *Lex Maxima*, deu azo à coação ilegal apontada, o que implicou no ajuizamento deste pedido.

5 Concessão do *Writ* pelo STJ. Peculiaridades que Recomendam o Exame pelo STJ.

Definida, pois, a legitimidade do impetrante e o cabimento do *habeas* para equacionamento da questão deduzida, urge se evidenciar a

necessidade de que essa e. Corte decida sobre a coação perpetrada pelo juízo do DF.

Já se demonstrou que a e. Corte local, não obstante afirmar que houve o desrespeito ao artigo 212 do CPP, asseverou que da violação *não se originou qualquer vício comprometedor da lisura do feito*.

A decisão coatora, é inequívoco, encampou nulidade absoluta ocorrida em primeiro grau.

Por outro lado, várias razões recomendam o exame liminar da questão por esse Sodalício.

Com efeito, os doutos juízos criminais desta unidade da federação, em sua esmagadora maioria, contrariamente ao previsto no artigo 212 do CPP, vêm formulando, durante as audiências de instrução, suas perguntas antes das partes. Também evidenciado tratar-se tal eiva de nulidade absoluta.

Segundo esclarecimento de um dos Juízos, houve reunião no e. Tribunal de Justiça do DF (12/08/2008) para discussão do tema (doc. 8). Na oportunidade, orientou-se os magistrados com atuação em varas criminais que iniciassem as inquirições das testemunhas tal como antes do advento da nova lei.

Percebe-se, pois, que a violação ao artigo 212 do CPP é a regra na justiça criminal comum do DF. Tal situação, ademais, ao que tudo indica, conta com o beneplácito do e. TJDFT. No que depender, portanto, daquela e. Corte, a situação de ilegalidade vai ser mantida.

Por outro lado, as nulidades daí decorrentes, absolutas como já demonstrado, contaminaram e continuam contaminando, diariamente, um incontável número de feitos criminais por todo o Distrito Federal.

Tal situação, gravíssima, acarretará, caso não solucionada, atrasos, repetição de atos, anulação de decisões. Tudo isso, sem dúvida, em oposição aos princípios que regem nosso sistema processual.

Registre-se que a magnitude e abrangência da questão deduzida reclama a atuação desse e. Tribunal, mormente em face da posição já assumida pela Magistratura local, o que torna inócua qualquer medida judicial deduzida no e. TJDFT.

É de se salientar que a definição do tema por essa e. Corte, não se pode negar, prestigiará a tendência legislativa de se dar a questões multitudinárias soluções rápidas, com qualidade e que evitem nas Cortes Superiores uma inútil sobrecarga de trabalho. Assim é a Lei da repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), e a lei dos recursos repetitivos, no Superior Tribunal de Justiça (STJ). É, pois, de suma importância racionalizar a carga de processos nos tribunais sob o risco de o Poder Judiciário se inviabilizar pelo excesso de recursos.

A atuação célere do STJ, no caso, prevenirá, certamente, pelo efeito pedagógico, o manejo de numerosas ações e recursos nascidos da incorreta interpretação da nova disciplina processual penal. A análise do tema, por um Tribunal nacional, apresentará um norte aos magistrados brasileiros e segurança a todos jurisdicionados do país.

6 Liminar

A fumaça do bom direito, é certo, restou demonstrada ao longo do pleito. Houve uma nulidade absoluta, confirmada pelo órgão coator, por violação ao artigo 212 do CPP e artigos 129, inciso I, e 5º, inc. LIV, da *Lex Maxima*, que contaminou a colheita de provas em audiência. Tal eiva, todavia, não foi declarada. Inequivocamente, presente um ato coator passível de impugnação pelo *writ*. Nesse sentido a jurisprudência do e. STJ, *in verbis*:

Em regra, o habeas corpus é via adequada para decidir questões de competência, *nulidades*, prescrição e cerceamento do direito de defesa, a não ser que dependam de exame aprofundado de provas. (LEX 89:30).

(g.n.).

Evidente, ainda, o perigo na demora, afinal, o paciente já foi condenado (doc. 7). Devem, pois, serem obstados os efeitos da sentença até análise final deste pedido, sob pena de serem realizados atos que, certamente, serão anulados com o deferimento desta ordem e deverão, por conseguinte, ser refeitos. Também para evitar que produza efeitos a sentença prolatada por juiz com imparcialidade questionada, na medida em que teve inadmissível iniciativa probatória. Por outro lado, as provas colhidas ilegalmente fundamentaram o decreto condenatório, o que, a toda evidência, acarretou flagrante injustiça. O paciente foi condenado *a 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão*, em regime *fechado*.

Tal situação, percebe-se, deve ser, liminarmente, equacionada, sob pena da ocorrência de novas ilegalidades, atrasos, repetição de atos, anulação de decisão. Tudo isso, sem dúvida, em oposição aos princípios que regem nosso sistema processual.

7 Pedido

Em face do exposto, requer o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:

- a) a concessão de medida liminar para que, preventivamente, se determine a paralisação da Ação Penal nº 2007.03.1.006253-0 (1ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF) e que seja obstado, até julgamento deste writ, o cumprimento da sentença condenatória;
- b) a solicitação de informações à Corte coatora;
- c) a oitiva do Ministério Público;

d) a concessão da ordem de habeas corpus, no mérito, para decretar-se a nulidade da audiência indicada e dos atos subseqüentes, bem como para que se determine ao juízo criminal da 1ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF que proceda à inquirição das testemunhas em estrita obediência ao artigo 212 do CPP, com as perguntas das partes e, em complemento, se for o caso, as do juiz.

Pede deferimento.

Brasília, 7 de novembro de 2008.

Maria Aparecida Donati Barbosa
Vice-Procuradora-Geral de Justiça

Evandro M. S. Gomes
Promotor de Justiça – Assessor da PGJ