

**O papel dos sujeitos processuais nas reformas do
Código de Processo Penal:
a necessidade de discutir a formação dos juízes**

**Il ruolo di soggetii processuali nella riforme del Codice di Procedura Penale: la necessità
di discussione sulla formazione dei magistrati**

Flaviane de Magalhães Barros¹

PALAVRAS- CHAVES: Processo penal, Reformas processuais, formação de juízes.

PAROLE CHIAVI: Processo penale, Riforme processuali, formazione dei magistrati

RESUMO: O presente estudo, a partir de uma reconstrução de uma série de julgados sobre a aplicação da norma do art. 212 do CPP, discute o papel dos sujeitos dos processuais, em especial, do juiz, do Ministério Público e do defensor no processo de aplicação das reformas processuais. Com base no marco teórico procedimentalista do Estado Democrático de Direito e do reconhecimento do processo como garantia de direitos fundamentais, a pesquisa define as linhas interpretativas sobre o tema em debate. Ao longo da pesquisa, demonstra-se como há uma resistência à interpretação da norma processual a partir dos princípios constitucionais e de uma forte tendência nos julgados pesquisados em manutenção de uma base teórica de matriz inquisitorial. A partir de tal constatação discute-se a participação dos operadores do direito no processo de justificação e aplicação das normas e a necessidade de se voltar para a formação continuada de tais sujeitos, objetivando a conclusão do processo legislativo de reforma processual.

RIASSUNTO: Questo saggio comincia con la ricostruzione di una serie di decisione giudiciale rispetto all'applicazione del articolo 212 del Codice di Procedura Penale Brasiliano, discutendo il ruolo dei soggetti processuali, in specifico, del giuudice, del Pubblico Ministero e del difensore nel processo penal dopo la riforma di 2008 del codice. Sulla base della teoria procedimentalista del Stato Democratiche di diritto y del riconocimiento del processo come garanzie di diritti fondamentali, la ricerca ha definito due linee interpretative sul il tema in

¹ Doutora e mestre em direito processual (PUC Minas). Pós-Doutora (CAPES) junto a *Università degli studi di Roma TRE*. Professora adjunta da PUC Minas. Professora da UIT. Membro do Conselho Científico do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Advogada.

dibattito. Nel corso della ricerca, ha dimostrato la resistenza alla interpretazione della norma processuale a partire dei principi costituzionali y peraltro ha dimostrato la matriz inquisitoriale delle decizioni ricercati. A partire di questo accertamento, ha discusso rispetto alla partecipazione dei soggetti processuali nel processo di giustificazione y di applicazione delle norme, y dopo, la necessità di formazione dei soggetti per conoscere la riforma processuale.

1-Introdução

Já se tornou repetitivo falar da reforma parcial do Código de Processo Penal, das dificuldades de um texto fragmentado e sem coesão, da matriz inquisitorial que perpassa a tradição do processo penal brasileiro inspirado no *Codice Rocco* italiano.

Por outro lado, o discurso dos pesquisadores do Direito, em especial processualistas como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Eugenio Pacceli de Oliveira, Aury Lopes Junior, Paulo Rangel, Geraldo Prado, Alexandre de Moraes da Rosa e mesmo constitucionalistas como Lenio Streck, vem de forma reiterada asseverando que muitas mudanças são uma aproximação com o princípio acusatório esculpido na Constituição da República. Nesse sentido, viu-se, após 2008, um esforço hermenêutico interpretativo para que as reformas perpetradas pelas leis 11.689/08, 11.690/08, 11.719/08, 11.900/09 e 12.403/11 fossem interpretadas na “melhor luz”, ou seja, a partir do texto constitucional.

Contudo, sabe-se que essas vozes que buscam uma adequação do processo penal à Constituição, não são a unanimidade, muito menos nos inúmeros livros e manuais de processo penal que povoam as estantes jurídicas. Logo, vislumbra-se também um movimento oposto em sentido e perspectiva que pretende manter tudo como estava, ou seja, tudo como antes da Constituição de 1988, ou mais ainda, tudo como a tradição do processo penal brasileiro de matriz autoritária e inquisitorial estabelecia.

Se, nas discussões acadêmicas e doutrinárias, essa dicotomia é visível, é necessário ainda fazer referência à dificuldade de implementação, no cotidiano da prática forense brasileira, das mudanças efetivadas pela reforma parcial.

Muitos pesquisadores, dentre eles Boaventura Sousa Santos (2007, p66) já vem advertindo que não basta mudar a lei, reformar a legislação, mas que é necessário garantir que as novas leis passem a ser vivenciadas no dia a dia dos processos criminais, exigindo assim

uma atualização continuada dos operadores do direito envolvidos na questão, como juízes, promotores, advogados, escrivães, delegados de polícia, peritos e muitos outros.

Pois, há diferença entre a discussão legislativa, relativa à reforma e a sua aplicação no processo penal. É justamente no plano da aplicação das novas leis e seus impactos junto aos processos penais em andamento que a pesquisa da jurisprudência dos tribunais tem verdadeiro sentido. Pois, os pontos controversos, em que se exige uma interpretação constitucionalmente adequada da norma reformada e das novas situações processuais antes não discutidas, aparecem na jurisprudência seja por meio da arguição de uma nulidade seja por meio da arguição da inconstitucionalidade da lei.

A partir desse cenário é que se busca perquirir qual o papel do Poder Judiciário e das decisões dos Tribunais perante a aplicação das normas reformadas da legislação processual penal, principalmente quando tais normas buscam justamente uma aproximação do texto normativo processual às normas constitucionais.

Para analisar esse papel tomou-se como pano de fundo uma série de decisões sobre a nova ordem de oitiva das testemunhas no processo penal decorrente da nova redação dada ao art. 212 do CPP, já que ela foi objeto também de acalorados debates no seio acadêmico e na doutrina. Assim, o método escolhido foi o estudo de jurisprudência pelo acompanhamento dos precedentes, em especial, adotando a proposta de Dworkin a respeito das fases de interpretação, voltadas a hermenêutica crítica.

Busca-se, com tal discussão, demonstrar a importância da formação dos juízes para a reforma da legislação processual, nos termos da proposição de Sousa (2006) para que se adéque às novas perspectivas hermenêuticas constitucionais. Nesse ponto, o estudo tem como marco a compreensão procedimentalista do Estado Democrático de Direito que reconhece a relação interna entre Direito e democracia pelas bases do estudo de Habermas (1997) e a noção de direito como integridade de Dworkin(2010a, 2010b). Para repensar o processo, parte-se da proposição do processo como um procedimento em contraditório (FAZZALARI, 1992), mas aprimorando-a com uma perspectiva constitucional, em que o processo é uma garantia de direitos fundamentais (BARROS, 2009).

O presente trabalho se divide em três capítulos, sendo o primeiro a reconstrução de uma série de julgados sobre o art. 212 do CPP, provenientes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, escolhido em razão da relevante atuação do Ministério Público em defender a aplicação da nova lei. Justificando-se assim a opção por uma metodologia voltada ao estudo de casos e análise de jurisprudência.

No segundo capítulo, analisa-se criticamente a série de julgados tomando como base a atuação dos juízes, do Ministério Público e dos defensores na questão específica da aplicação do art. 212 do CPP e a necessidade de retomar os diálogos constitucionais das instituições.

Por fim, analisa-se criticamente tais posições a fim de demonstrar a necessidade de conformação do processo legislativo e da aplicação da reforma processual à formação dos juízes, membros do Ministério Público e advogados, visando o aperfeiçoamento das instituições democráticas, necessário em um Estado Democrático de Direito

2-O debate sobre a nova ordem de oitiva de testemunhas determinada pelo art. 212 do Código de Processo Penal

A nova redação do artigo 212 do CPP trouxe uma acalorada discussão sobre a ordem de oitiva das testemunhas na Audiência de Instrução e Julgamento. Desde a publicação da Lei nº 11.690/2008, foi possível delinear duas linhas de interpretação da referida norma, tomando como base as etapas pré-interpretativas e interpretativas propostas por Dworkin (2010, p. 82)².

Assim, uma primeira linha tomava, na etapa pré-interpretativa, a nova formulação do texto do art. 212 do CPP, que sustenta que as perguntas às testemunhas serão feitas diretamente pelas partes e que o juiz fará perguntas de forma complementar sobre pontos não esclarecidos pela testemunha. Já, na etapa interpretativa, verificava-se uma mudança na metodologia de inquirição da testemunha que, pondo fim ao sistema presidencialista, permitia uma maior aproximação da legislação processual ao princípio acusatório. Tal modificação estaria, em termos de direito comparado, aproximando o sistema brasileiro à prática do direito norte americano do *direct examination* e da *cross-examination* ou ainda a sistemática adotada no Código de Processo Penal italiano no *esame diretto e controesame* (art. 498 do CPPit).

Nessa linha de interpretação, a etapa interpretativa analisa a questão com base no princípio acusatório. Trata-se de uma interpretação com base em princípios reforçando que tal concepção garante a ampla defesa, a imparcialidade e o devido processo legal.

A segunda linha de interpretação entende, na etapa pré-interpretativa, que a nova redação do art. 212 do CPP não mudou a ordem tradicional da inquirição das testemunhas. Assim, o juiz é quem primeiro tem contato com a testemunha e lhe faz as perguntas pertinentes, tendo a nova redação apenas determinado que as perguntas das partes sejam feitas

² Dworkin estabelece um método hermenêutico em que divide a interpretação em uma etapa pré-interpretativa, etapa interpretativa e pós-interpretativa.

diretamente às testemunhas e não mais por intermédio do juiz, como no sistema presidencialista. Assim, o parágrafo único do referido artigo traz apenas um preciosismo do legislador que determina que o juiz, mesmo perguntando inicialmente, pode após as perguntas das partes reinquirir a testemunha. Na fase interpretativa se sustenta que, pela análise dos demais artigos do Código de Processo Penal, justificando que a reforma apenas pretendeu dar maior celeridade ao processo penal, que manteve e até mesmo reforçou os denominados poderes instrutórios do juiz como na nova redação do art. 156 do CPP, bem como, precisa se conformar com a disposição do art. 473 do CPP, que trata da instrução no tribunal do júri, mantendo nesse caso a ordem tradicional de inquirição da testemunha, sendo primeiro o juiz-presidente do Tribunal do Júri, depois as partes e, por fim, os jurados.

Tanto nos estudos doutrinários como nas decisões judiciais é possível reconhecer essas duas linhas interpretativas. Para demonstrar tal questão e a necessidade de buscar a interpretação a melhor luz que leva a sério a Constituição, os direitos fundamentais e as garantias do processo, passa-se a reconstruir a discussão sobre a aplicação do art. 212 do CPP e as implicações dos precedentes judiciais nas decisões em seus diversos níveis recursais, por meio de casos concretos.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios apresentou perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios inúmeras reclamações em face de juízes de primeiro grau. As reclamações decorriam das recusas de diversos juízes de primeira instância como os da 1ª e 2ª Vara Criminal de Ceilândia, 5ª Vara Criminal de Brasília, 2ª Vara Criminal de Samambaia e 2ª Vara Criminal do Tribunal do Júri da Ceilândia. Em específico, ao iniciar as audiências de instrução e julgamento o juiz iniciava fazendo as perguntas às testemunhas, após a sua qualificação e tomada de compromisso, ao invés de dar a palavra ao Ministério Público para primeiro inquirir a testemunha da acusação. A indeferir o pedido do MP de respeitar a nova ordem de inquirição da testemunha definida pelo art. 212 do CPP, fundamentavam que a nova redação não modificava a ordem das perguntas, apenas permitia a inquirição direta das partes. Em decisão do juiz da 2ª Vara do Tribunal do Júri de Ceilândia:

“apenas no sentido de se permitir as partes formularem perguntas diretas às testemunhas, mantendo-se a ordem na formulação das perguntas, uma vez que o fato de ser o juiz quem primeiro indaga as testemunhas não fere o sistema acusatório, pelo contrário, reforça o princípio da busca da verdade real”.(BRASÍLIA, TJ-DFT,2009b)

Oi ainda, o Juiz da 5ª Vara Criminal de Brasília:

“diante das recentes alterações, somente foi suprimido o sistema presidencial de reperfuntas - nada mais (...) que se mostrou lógico -

eis que o magistrado aparentava ser um tradutor. E mais, nos termos do artigo 251 do CPP, o destinatário da prova é o Juiz, ou seja, mais lógico que tenha o primeiro contato com ela e, só após ‘sentir’ o fato pelo relato da testemunha, que as partes apontem os esclarecimentos que entenderem pertinentes”. (BRASÍLIA, TJ-DFT, 2009a)

O Ministério Público ante tais decisões apresentou reclamação perante o Tribunal de Justiça, já que não há para a situação um recurso previsto. Reclamações como essas foram submetidas às duas turmas criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Em acórdão da 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a relatora Desembargadora Sandra de Sanchis diz que entre a posição de que o juiz continua a perguntar primeiro e a linha interpretativa que a nova redação determina a adoção da inquirição direta das partes e a atividade judicial passa a ser supletiva, ela como julgadora acompanha a segunda. Entende, contudo, tratar o desrespeito ao art. 212 de nulidade relativa, que deve portanto ser reconhecida quando houver prejuízo. Prejuízo que não foi demonstrado na situação reclamada, segundo a decisão da Desembargadora. Assim julgou improcedente a reclamação. Voto esse acompanhado pelo primeiro vogal. Já o segundo vogal, utilizando-se da linha doutrinária traçada por Guilherme Nucci, assevera que a nova lei não mudou a ordem da oitiva, ou seja, primeiro a testemunha é inquirida pelo juiz. Conclui que essa interpretação decorre da matriz “inquisitorial-garantista” adotada pelo Código de Processo Penal. Por esses fundamentos julga improcedente a reclamação (BRASÍLIA, TJ-DFT, 2009a).

Já, em acórdão da 2ª turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em caso semelhante em que o Ministério Público apresentou reclamação tendo em vista que o júízo da 2ª Vara Criminal do Tribunal do Júri de Ceilândia, na Audiência de Instrução, na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri manteve a inquirição nos moldes presidencialistas. A diferença da primeira reclamação analisada é sutil, pois ambos pugnam pelo respeito à nova redação do art. 212 do CPP, mas no primeiro processo, o procedimento determinado pela lei era o ordinário, ao passo que, no segundo caso, era o específico do Tribunal do Júri (BRASÍLIA, TJ-DFT, 2009b).

Nesse segundo acórdão analisado, o relator primeiro assevera que tinha posição diversa, quando proferiu voto em outra reclamação semelhante. Citando seu posicionamento anterior, ele sustentava que o artigo 212 não tinha retirado do juiz seus poderes instrutórios, mantendo assim a ordem que primeiro quem pergunta é o juiz. Sustentava tal posição na linha doutrinária de Guilherme Nucci, Alexandre Camara³. Assevera, ainda, que a manutenção da

³ A referencia aos autores segue as bases do acórdão e visam esclarecer as fontes dos julgados.

ordem tradicional é a interpretação correta pelo critério da sistematicidade, já que no art. 473 do CPP, que trata da inquirição das testemunhas em plenário, dispõe que é o juiz presidente quem primeiro pergunta às testemunhas. Contudo, segundo o julgador, em razão da decisão da 5ª turma do STJ, ao analisar a mesma questão originada do TJDFT, no Habeas Corpus 121.216, da Relatoria do Min. Jorge Mussi, passou a seguir posicionamento idêntico. Assim, reconheceu a linha interpretativa que as perguntas são feitas primeiro pelas partes, cabendo ao juiz perguntas supletivas, que o desrespeito a tal disposição fere a garantia do devido processo legal, ensejando assim nulidade absoluta. Com base em doutrina sobre nulidades⁴, capitaneada por Ada Pellegrini Grinover⁵, ressalta que a base para a decretação da nulidade é o princípio *pás de nulite sans grief*, que sustentando a instrumentalidade das formas reconhece a nulidade apenas quando essa causar prejuízo. Apresenta precedentes do STF, STJ e do próprio Tribunal sustentando que seja em nulidade absoluta ou relativa é necessário a demonstração do prejuízo concreto. Assim, concluiu que, no caso analisado da reclamação, o autor desta não demonstrou o prejuízo concreto, apenas argumentou da existência de prejuízo presumido, portanto julgava improcedente o pedido para anulação da audiência de instrução. Por fim, decidiu pelo provimento parcial do pedido, determinando que o juiz, nas futuras audiências daquela ação penal, respeitasse a ordem determinada pelo art. 212 do CPP.

Na sequência dessa reclamação o primeiro vogal votou de forma diversa, fundamentando apenas que seguia o entendimento da 5ª Turma do STJ, no HC 121.216 e HC 131.091, todos referentes ao TJDFT. Já o segundo vogal, seguiu o voto do relator. Concluiu-se o julgamento com o provimento parcial da reclamação.

Como se vê, as inúmeras reclamações feitas pelo Ministério Público junto ao TJDFT deram origem a processos julgados no STJ. Em verdade, O Ministério Público usou do *Habeas Corpus*⁶ como meio processual para obter a pretendida anulação das Audiências de Instrução e Julgamento realizadas em desconformidade com a nova redação do art. 212 do CPP.

No STJ a discussão sobre a nova ordem de inquirição de testemunhas gerou controvérsia, pois as duas turmas que possuem competência criminal, a princípio, divergiam na interpretação do artigo reformado, tendo consolidado um único entendimento posteriormente. Logo, pelo marco adotado nessa pesquisa, é importante reconstruir essa discussão. Assim, seguindo o caminho da questão levantada pelo Ministério Público do

⁴ Sobre nulidade ver : Gonçalves(2012); Barros e Machado (2010). Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2007).

⁵ A referencia a autora segue o acórdão analisado.

⁶ Segundo o CPP, o MP tem legitimidade para impetrar ordem de HC em favor dos acusados, mesmo quando ele é o autor do processo penal.

Distrito Federal, analisou-se três decisões diferentes, todas tratando de Reclamações do MP junto ao TJDFT.

A primeira decisão é sobre o HC 121.216 julgado pela 5ª turma do STJ (BRASÍLIA, STJ, 2009c), com relatoria do Min. Jorge Mussi, que foi inclusive base para fundamentar voto na segunda reclamação acima referida. Ao analisar o caso submetido a julgamento, o Relator salienta que o MP, antes de iniciar a oitiva, requereu ao juiz que o ato fosse realizado nos termos da nova redação do art. 212 de CPP. O magistrado negou o pedido sustentando que cabia a ele a presidência dos atos procedimentais, logo o sistema se mantém presidencial e fica mantido o poder/dever de arguir primeiro as testemunhas. Quando da análise do caso pelo Tribunal de Justiça, este entendeu tratar-se de erro de procedimento, não reconhecendo a nulidade. Fundamentando seu voto, o Relator apresentou posições da doutrina que asseveram que a mudança do art. 212 do CPP é decorrência do princípio acusatório, devendo o juiz atuar na inquirição presidindo o ato, indeferindo perguntas e, de forma suplementar, ao final, fazer perguntas de pontos não esclarecidos. Reconheceu que os dispositivos do art. 212 visam a garantia do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual o respeito à determinação legal fere o devido processo legal, ensejando assim nulidade absoluta. Admitiu que, a despeito da nulidade ser absoluta ou relativa, houve no caso prejuízo por desrespeito ao devido processo legal, já que o acusado foi condenado em primeiro grau. Assim, decidiu o Relator pela anulação do processo desde a audiência de instrução. Os demais ministros da 5ª turma seguiram o voto do Relator, tendo o julgamento ocorrido em 19 de maio de 2009.

Já, em 1º de dezembro de 2010, na 6ª Turma do STJ (BRASILIA, STJ, 2010ª), foi julgado caso semelhante, proveniente de reclamação do Ministério Público submetida ao TJDFT, por meio do HC nº 121.215 - DF. A Relatora do processo, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, após apresentar o caso, asseverou que o HC 121.216 julgado pela 5ª turma deve ser seguido, considerando-o um *leading case*. Com base nos argumentos do parecer do Ministério Público, pelo Sub Procurador Juarez Tavares, ressaltou que a questão está colocada na compreensão da nulidade absoluta ou relativa, sendo a nulidade absoluta aquela que decorre de violações diretas ou reflexas dos princípios constitucionais, e as relativas aquelas que tratam de interesses privados. Ressaltou que a questão do cumprimento do art. 212 do CPP decorre do princípio acusatório. Analisando o caso concreto em exame, asseverou que a recusa do juiz em seguir a ordem definida do art. 212 do CPP, assumindo a ordem presidencialista, compromete a acusação, fragilizando o princípio da imparcialidade, do devido processo legal e da presunção de inocência. Por fim, no seu voto, a Relatora aduziu que a mudança de ordem não se trata de mero preciosismo como argumenta o magistrado que

determinou a manutenção da ordem anterior, mas sim de respeito às garantias constitucionais. Ainda, que a nova ordem valoriza a imparcialidade, já que o juiz, de produtor da prova, em uma matriz inquisitiva, passa a destinatário. Concluiu o voto, concedendo a ordem para anular o processo desde a audiência de instrução.

O voto da Relatora não foi seguido pelos demais Ministros. Ficou a cargo do Ministro Og Fernandes a produção do voto vencedor. No seu voto, referido Ministro estabeleceu que a discussão debruça na seguinte indagação: a determinação do parágrafo único do art. 212 inverteu a ordem de formulação das perguntas às testemunhas ou ela continua a mesma? Ou seja, quem tem o poder de inquirir primeiro é o juiz ou a reforma inverte a ordem de inquirição com objetivo de garantir a imparcialidade?

Reconheceu no seu voto que há dois posicionamentos doutrinário e jurisprudencial. Um posicionamento que, fundado na decisão do HC 121.216 DF da lavra do Ministro Jorge Mussi, bem como, da posição de parte da doutrina, representada no voto pela análise de Eugenio Pacelli de Oliveira, Aury Lopes Junior, Antonio Magalhaes Gomes Filho e outros⁷, entende que a nova ordem deve ser respeitada em razão dos princípios acusatório e do devido processo legal. Caso a ordem de inquirição não seja respeitada, a sanção é a nulidade absoluta. O outro posicionamento que, fundado na posição doutrinária de Guilherme Nucci, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Damásio de Jesus⁸, sustenta que não houve mudança da ordem de inquirição. Ao analisar o caso, o Relator sustenta que, se o juiz de primeiro grau tivesse impedido as partes de perguntarem, seria caso de nulidade absoluta. Mas isso não ocorreu na hipótese, o juiz permitiu a inquirição das testemunhas pelas partes de forma direta, somente mudando a ordem e as inquirindo primeiro. Entendeu o Relator que, a partir de uma interpretação sistêmica, a mudança da ordem pode gerar nulidade relativa, se houver prejuízo, já que se trata apenas de uma inversão, pois a redação do art. 212, da ao juiz a possibilidade de fazer perguntas, subsidiariamente, para esclarecer a verdade real, e assim o interesse a ser protegido é exclusivamente das partes. Utilizou o Relator como situação semelhante a inversão da ordem de oitiva entre acusação e defesa, que é reconhecida como nulidade relativa, além de se filiar à posição no próprio STJ, que a condenação por si só não demonstra o prejuízo. Conclui assim o voto denegando a ordem de *Habeas Corpus*.

No voto do Ministro Celso Limongi, este apresentou sua visão pessoal, em razão da experiência como juiz de primeiro grau que presidiu audiências de membros de organização

⁷ Os autores foram referidos no acórdão citado.

⁸ Os autores foram referidos no acórdão citado.

criminosa na década de 70. Defendeu que o juiz não é uma estátua de pedra e que a presidência da audiência pelo juiz que preside toda a prova, é permitida pelo CPC, que tem mais cientificidade que o CPP. Assim argumenta:

Então, é preciso ter em mente, em primeiro lugar, que o juiz é imparcial. Se duvidarmos dessa imparcialidade, não temos mais processo. Por quê? Que prejuízo? Que lesividade às partes, ao interesse público ocorrerá só porque o juiz formulou a pergunta em primeiro lugar? Ele é o próprio destinatário das provas e comanda as provas. É ele que sabe, em primeiro lugar, o que ele precisa ter em mãos para decidir. Os elementos de convicção são trazidos a ele. (BRASILIA, STJ, 2010a)

Concluiu seu voto com uma crítica ao legislador penal e processual penal, dizendo que este devia preocupar-se com questões importantes, ao invés de reformar esse tema.

Por fim, foi proferido voto-vista pelo Ministro Nilson Naves. Justificou que no modelo brasileiro o juiz não é mero espectador, possui participação ativa, no processo civil e mais ainda se justifica no processo penal, no qual se discute liberdade e se exige a verdade real. Reforçou a questão citando a doutrina de Nucci⁹ e a redação do art. 473 do CPP que se refere ao Tribunal do Júri. Concluiu que, seja o juiz perguntando primeiro ou depois, num ou noutro procedimento, o caráter acusatório está preservado. Asseverou ainda que a nulidade somente pode existir se houver prejuízo para a defesa. Assim, no julgamento o resultado foi a denegação da ordem, como voto vencido da relatora.

O terceiro acórdão referente à reclamação julgada pelo TJDF (HC 133.654 DF), em caso semelhante, é da lavra do Ministro convocado do TJ SP, Celso Limongi, na 6ª Turma do STJ. Em seu voto reconhece a divergência de posicionamento dessa Sexta Câmara com a Quinta Câmara, faz referência a decisões de sua própria Câmara, bem como do julgamento do Supremo Tribunal Federal, no HC 103.5265/PE. Segundo o relator do acórdão:

A questão referente à alteração, na audiência de testemunha (Código de Processo Penal, artigo 212, na redação da Lei nº 11.690/08), da ordem de quem formula perguntas já foi objeto de debate no âmbito da 6ª Turma. Aqui, consolidou-se o entendimento segundo o qual, sem a demonstração de efetivo prejuízo, não há falar em nulidade, muito menos absoluta, quando, como no caso dos autos, o juiz inverte a ordem de inquirição de testemunhas, ouvindo-as antes que as partes – autor e réu – formulem suas perguntas. (BRASILIA, STJ, 2010b)

Com base na definição na consolidação do entendimento pela Sexta Câmara, nessa vez por votação unânime, decide-se pela denegação da ordem, já que no presente caso não houve,

⁹ Autor referenciado no acórdão analisado.

pela parte, demonstração de prejuízo, sobretudo porque argumentava-se que, por se tratar de nulidade absoluta, aquele era presumido.

Cabe ressaltar que a posição acima ficou consolidada com precedente a ser seguido não só pela Sexta Câmara, mas também pela Quinta Câmara. Assim, na pesquisa jurisprudencial realizada nesse estudo, verifica-se uma mudança diametral entre as primeiras decisões do STJ, vinculadas à primeira linha interpretativa definida no início do presente trabalho, e as decisões mais recentes que consolidou no Tribunal a segunda linha interpretativa definida nesse trabalho. Atualmente o STJ, órgão do poder judiciário responsável constitucionalmente pela uniformização da jurisprudência brasileira em matéria infraconstitucional, entende que o não respeito à ordem do art. 212 do CPP, gera nulidade relativa, devendo ser demonstrado o prejuízo.

Logo, há de se ressaltar a mudança, portanto, da linha interpretativa da Quinta Câmara do STJ. Na pesquisa, a referida Câmara indica que seu novo posicionamento se deu no caso do HC 180.787, relatado pela Ministra Laurita Vaz, em dezembro de 2010. Em julgados posteriores, da mesma turma, verifica-se a manutenção do referido alinhamento jurisprudencial como no acórdão relatado pelo Ministro Jorge Mussi, HC 143.968/PE, em outubro de 2011¹⁰.

A diametral mudança de linha interpretativa se deve, grande parte, em razão de um específico julgado do STF, que é o precedente referenciado por todos os acórdãos do STJ decididos posteriormente. Trata-se do julgamento ocorrido na primeira turma do STF, no HC 103.525/PE, da relatoria da Ministra Carmen Lúcia, datado de agosto de 2010.

Tal caso, diversamente dos analisados até então, não se originou de uma reivindicação do Ministério Público para que a audiência seguisse o novo tramite estabelecido pela reforma de 2008. Trata-se de um julgamento em crime de tráfico de entorpecentes, que possui legislação específica (Lei nº 11.343/2006). Pelas informações do acórdão, o paciente foi denunciado pela conduta tipificada nos art. 33 e 34 da Lei 11.343/2006. Narra que, na audiência de instrução e julgamento, a juíza monocrática não seguiu a ordem prevista no art. 212 do CPP para oitiva de testemunhas. Em sentença a juíza condenou o acusado. Foi impetrado *Habeas Corpus* junto ao TJ de Pernambuco, que denegou a ordem, entendendo se

¹⁰ “2. Em anterior *writ* aqui impetrado, esta Corte Superior de Justiça reconheceu a eiva ora reclamada na mesma ação penal em tela, embora em ato distinto, considerando tratar-se de nulidade absoluta.

3. Nos dias atuais, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça evoluiu para exigir que o reconhecimento da nulidade pela inobservância do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal seja precedida da sua arguição oportuna, bem como da comprovação do efetivo prejuízo suportado.”(HC 143.968/PE)

tratar de nulidade relativa, já que a parte tinha se insurgido tardiamente, operando-se a preclusão e que não havia prejuízo. Os impetrantes do HC, então, formularam outro pedido de *Habeas Corpus* junto ao STJ, tendo sido decidido pela 6ª turma. O relator Ministro Nilson Naves, em seu voto, repete a fundamentação apresentada no voto vista do HC 121.215 DF, já analisado nesse trabalho. Assim, denega a ordem pelos mesmos fundamentos: a mudança da ordem não afeta o caráter acusatório e tal alteração não acarreta prejuízo para a defesa. Impetrado outro HC, agora junto ao STF, teve liminar indeferida. O Ministério Público lançou parecer pela denegação da ordem.

Em seu voto, a relatora Ministra Carmen Lúcia disse que os fundamentos fáticos e jurídicos não se afastam do que foi decidido pela Sexta Turma do STJ. Assim, reproduz a fundamentação do voto vista do Ministro Nilson Naves do HC 121.215 DF, que tinha sido a base para fundamentação da denegação da ordem do HC do presente caso de Pernambuco. Após reafirmar que não há novos fundamentos jurídicos para não manter a decisão do STJ, reforça que a questão se trata de nulidade relativa, que deveria ser arguida nas alegações finais, o que não ocorrera no caso, já que a questão fora suscitada apenas em sede de apelação no Tribunal de Justiça. Ademais, independente da sanção prevista ser decorrente nulidade absoluta ou relativa, não se declara nulidade por presunção do prejuízo. Logo, afirmou a Ministra, o prejuízo deve ser concreto, em decorrência do caráter instrumental do processo. Concluiu, após analisar os demais pedidos dos impetrantes, pela denegação da ordem. No julgamento ainda votou o Ministro Marco Aurélio, apresentando seu entendimento que o processo é liberdade em sentido maior. Considerou que a forma prevista no art. 212 do CPP é essencial à valia do ato. Reconheceu que o juízo no caso “se empolgou” ao iniciar seus questionamentos às testemunhas sem aguardar as partes. Concluiu avaliando que o prejuízo está demonstrado pela sentença condenatória, mas que, como a questão encerra uma nulidade relativa, no caso em pauta não houve o insurgimento da defesa em momento próprio. Assim, concluiu pela denegação da ordem. O julgamento foi finalizado com decisão unânime de denegação da ordem. (BRASILIA, STF, 2010d)

Nesse momento vale a pena analisar todos os pontos apresentados nessa série de julgados que formam um precedente importante para a interpretação da reforma parcial do Código de Processo Penal, que pode ser repristinada quando da aprovação do novo Código de Processo Penal, em debate no Congresso Nacional.

3-As interpretações possíveis do (des)cumprimento do art. 212 do CPP

Fica bem claro que ambas linhas interpretativas inicialmente apresentadas nesse estudo foram utilizadas nos diversos casos analisados e que sobrepõem a discussão.

A atuação do Ministério Público do Distrito Federal e o Ministério Público Federal por seus órgãos junto ao STJ adotaram a primeira linha interpretativa, que reconhece a mudança do art. 212 do CPP como uma repercussão do princípio acusatório, que garante a ampla defesa, a imparcialidade e o devido processo legal.

É importante ressaltar que, como os titulares da atribuição constitucional de órgão de acusação no processo penal, outra não deveria ser sua posição institucional. Afinal, ao permitir que o promotor faça as perguntas primeiro às testemunhas de acusação, aquele assume de forma concreta o seu lugar no processo penal. Assim, terminar-se-ia com uma prática recorrente nas instruções processuais penais brasileiras em que o juiz começa fazendo as perguntas, depois quando se dá a palavra à parte acusatória, esta não tem mais perguntas relevantes a serem formuladas, pois todas já foram feitas pelo juiz. Logo, deve-se ressaltar a atuação do Ministério Público em requerer antes do início da inquirição o cumprimento da norma do art. 212 do CPP, como ocorreu de forma reiterada no Distrito Federal, após a mudança da lei, bem como, a atuação em apresentar as reclamações junto ao Tribunal de Justiça e por fim impetrar *Habeas Corpus* no STJ. Tal atuação está vinculada ao seu papel constitucional no processo penal. Assim, exigir o cumprimento de tal norma não se trata apenas de dever da defesa do acusado, mas de direito das partes. Apenas no julgamento ocorrido junto à Primeira Turma do STF que o Ministério Público abordou a questão da inversão da ordem de oitiva das testemunhas sob o enfoque da nulidade relativa, a exigir arguição no tempo oportuno.

O voto do Ministro Jorge Mussi no HC 121.216 DF também adota a primeira linha interpretativa. Sustentando toda a sua fundamentação no respeito aos princípios constitucionais, desde o princípio acusatório, passando pelo devido processo legal. No que se refere à compreensão da teoria da nulidade, percebe-se a adoção, por parte de referido Ministro, da distinção entre nulidade absoluta e relativa, entendendo ser direito das partes o cumprimento do devido processo legal, que é garantia para uma decisão justa. Assim, reconheceu a nulidade como absoluta. Mesmo considerando tratar-se de nulidade absoluta, não deixou de analisar a questão do prejuízo, reconhecendo-o em razão da existência de sentença condenatória fundada em provas produzidas ao arrepio do devido processo legal. No mesmo sentido, o voto vencido da Ministra Maria Thereza de Assis Moura também seguiu a primeira linha interpretativa construindo a fundamentação da decisão com base no princípio acusatório, no papel do juiz como destinatário da prova e sua importante função de garantir a

imparcialidade do julgador. Reconheceu a nulidade como absoluta por contrariar os ditames constitucionais.

Por outro lado, a posição dos juízes do Distrito Federal seguiu a segunda linha interpretativa, que avalia a questão a partir de uma interpretação sistêmica do Código de Processo Penal. Entenderam, nas diversas decisões pesquisadas, que o juiz pode sim perguntar primeiro que as partes, que seu papel não é apenas supletivo como trata o parágrafo único do art. 212, mas sim um papel ativo, decorrente de seus poderes instrutórios.

Já a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em que pese concluir pela nulidade relativa e a ausência de prejuízo, não contempla o entendimento de que é possível a manutenção do sistema anterior, presidencialista. Ou seja, o julgado se coloca em uma linha interpretativa intermediária entre as duas propostas no início deste trabalho. Isso porque as decisões reconhecem que, pela interpretação do art. 212 do CPP, quem pergunta primeiro são as partes. Tanto é verdade que, em uma das decisões analisadas, a reclamação foi julgada parcialmente procedente para determinar que o juiz, nas próximas audiências do referido caso, respeitasse a ordem acusatória de inquirição. Ela se aproxima da primeira linha em razão de argumentar a questão a partir do princípio acusatório e da adoção da *cross examination* como um ditame constitucional. Contudo, a decisão, ao reconhecer a questão como uma nulidade relativa que exige demonstração do prejuízo, usa a teoria das nulidades como aparato teórico justificador para a manutenção do ato impugnado.

O voto do Ministro Og Fernandes, que foi estabelecido como voto vencedor do HC 121.215, labora também nessa linha intermediária, mas aproximando ainda mais na segunda linha interpretativa que entende que o juiz continua perguntando primeiro. Sua fundamentação não aduz às questões constitucionais, fica ancorado na tese de que a aplicação da *cross examination* no Brasil garante que as partes perguntem diretamente às testemunhas, e não mais passe pela sistemática anterior que o juiz é quem se dirigia à testemunha para fazer a pergunta requerida pelas partes. Assim, conclui que, se o juiz não permitisse às partes fazer perguntas diretas à testemunha, essa nulidade seria absoluta, mas se o juiz perguntasse antes das partes ai se trataria de nulidade relativa, pois atingiria interesse exclusivo das partes. Utiliza-se, portanto, a teoria das nulidades, fazendo uso da distinção clássica entre nulidade absoluta e relativa, em que a primeira é de interesse público e a segunda de interesse privado, para justificar na não aplicação do art. 212 do CPP. Portanto, não chega a afirmar categoricamente que nada mudou, mas contudo chega à mesma conclusão da segunda linha interpretativa, ou seja, caso o juiz pergunte primeiro, tal atitude não gera prejuízo algum .

Também adota uma posição intermediária o voto do Ministro Marco Aurélio, mas se aproximando da primeira linha interpretativa quando reconhece o processo penal como uma garantia constitucional e entende que se deve cumprir o art. 212 do CPP, com a atuação preponderante das partes. Contudo, ao usar as bases da teoria das nulidades sem vinculação com os princípios, reconhece a questão como nulidade relativa, exigindo a arguição no tempo oportuno.

Já o voto do Ministro Celso Limongi se enquadra na segunda linha interpretativa que entende que o juiz deve sempre perguntar primeiro, justificando que nada mudou porque os juízes não são estátuas de pedra, são sempre imparciais, não havendo lesão a interesse público algum quando ele pergunta primeiro.

O voto do Ministro Nilson Naves também segue a segunda linha interpretativa pois considera que, se o juiz perguntar primeiro ou depois, isso não violará a lei, pois o caráter acusatório é o mesmo em um ou noutro procedimento. Mesmo fazendo uma referencia a princípio, a faz para manter o reconhecimento que se desdobra da legislação processual anterior à Constituição. Usa a teoria da nulidade, reconhecendo a nulidade relativa, mas de forma irônica, pois duvida que se possa demonstrar algum prejuízo pelo fato do juiz perguntar primeiro.

Já o voto apresentado no Supremo Tribunal Federal pela Ministra Carmen Lucia, por se subsidiar na análise do voto do Ministro Nilson Naves, segue também a segunda linha interpretativa, pois diz que não há mais fundamentos a incluir na decisão que os pontos já apresentados no STJ. Assim, não se pode obter nesse voto uma análise da questão que enfrente as questões constitucionais negadas por essa linha interpretativa. O voto ainda utiliza-se da teoria da nulidade para afastar a necessária análise da questão constitucional inserta na discussão. Ao reconhecer que a nulidade é relativa e que portanto deve ser arguida em momento oportuno, não debruça sobre as questões constitucionais.

O núcleo da questão até aqui apresentada em uma análise hermenêutica da série de decisões judiciais sobre o tema da adoção da *cross examinatio* na reforma do CPP é essencial para demonstrar que há um importante vínculo entre a aplicação de novas leis e a necessidade de reforçar a formação dos operadores do direito, no caso específico, juiz, membro do Ministério Público e defensor para aplicação das reformas processuais. Reformas, que são produto de estudos, pesquisa e de um processo legislativo, que se pretende conforme a Constituição de 1988 e visa o avanço das instituições democráticas no contexto jurisdicional.

4-A formação dos juízes e a reforma do processo penal

A análise da questão do cumprimento da norma disposta no art. 212 do Código de Processo Penal, modificada pela Lei 11.690 de 2008, pelos operadores do direito, em especial, por parte dos magistrados, verifica-se controversa, como demonstrado nos capítulos antecedentes do presente artigo que reconstruiu uma série de julgados em que a matéria foi debatida.

De tal modo, que a reconstrução dos julgados apresentados na presente pesquisa demonstram, com base em um critério hermenêutico de interpretação, que segue a proposição dworkiniana, a existência de mais de uma interpretação para a matéria, que se diferem nas bases da interpretação, ou voltada aos princípios constitucionais do processo (primeira linha), ou voltada as bases inquisitórias da gestão da prova (segunda linha).

Então, cabe agora perquirir como a reforma processual deve influir na formação dos operadores do direito, em especial na formação dos juízes, para que a interpretação fundada em princípios prospere e seja adotada como a interpretação adequada à Constituição. Para a análise se definiu dois momentos: primeiro o acompanhamento do processo legislativo de reformas parciais ou macroestruturais do processo; o segundo, a aplicação da reforma processual nos processos.

No processo legislativo a atuação dos operadores do direito se realizaria por meio de uma participação mais adequada nas diversas etapas do referido processo. No que se refere a estas etapas, definiu-se em estudo anterior sobre o processo legislativo de macroreformas estruturais processuais que visam a reforma da codificação (BARROS, NUNES, 2012), uma etapa prévia de diagnóstico e duas etapas finais de formação dos operadores e monitoramento da reforma.

Certamente, um dos pontos que se critica das reformas processuais brasileiras, é a reduzida participação em debate contraditório dos operadores em direito. Na referida etapa prévia do processo legislativo seria muito importante a participação dos operadores em pesquisas qualitativas e quantitativas de diagnósticos dos problemas visualizados na atuação prática-profissional no processo penal.

Com relação específica à reforma do art. 212 do CPP, o projeto de lei data de 2001 (PL 2.405/2001) e foi enviado pelo Poder Executivo, tendo a colaboração de uma comissão de juristas presidida por Ada Pellegrini Grinover e vinculada ao IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). (BARROS, 2009).

Assim, mesmo tendo uma participação dos pesquisadores de ciências processuais, certo foi que a etapa prévia dos processos legislativos de reforma não precedeu de uma fase

de diagnóstico definida de forma científica e comprovada empiricamente com pesquisas qualitativas e quantitativas.

Mas, por outro lado verifica-se que a reforma do art. 212 do CPP vincula-se a uma discussão relevante entre os pesquisadores de processo penal que desde o processo de redemocratização brasileira, buscam redefinir o papel de cada sujeito do processo penal, a partir do princípio acusatório. Nessa esteira seguiram a pesquisa de Scarance Fernandes (2002), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1998, 2001), Geraldo Prado(2006), dentre outros.

Desta feita, pode-se asseverar que o processo legislativo relativo à reformulação da produção da prova testemunhal com a limitação da gestão da prova pelo juiz(art. 211 do CPP), característica inquisitorial do processo penal (COUTINHO, 2009), se baseou nas críticas da pesquisa jurídica produzida no Brasil e estava em consonância com os estudos de direito comparado (TARUFFO, 2002) que passou por um importante movimento processual para retirada de conteúdos autoritários da legislação como se verificou no Código de Processo Penal para a America Latina, na reforma do CPP Italiano de 1988 e na reforma portuguesa, dentre outras.

Portanto, mesmo existindo um déficit de participação na referida fase da reforma, não se pode deixar de constatar que a reforma do artigo debatido se justificava como um ganho democrático e adequado aos princípios constitucionais. De modo que na fase de *vacatio legis* da referida lei, essa mudança foi reconhecida como um importante avanço (BARROS,2009; LOPES JUNIOR, 2008) e prosseguiu sendo analisada a partir de uma interpretação principiológica após a sua entrada em vigor (GIACOMOLI, DI GESU, 2009; STRECK, TRINDADE, 2010; MACHADO, 2010).

Como ressalta Boaventura de Sousa Santos, seria relevante que quando das mudanças legislativas por meio de reformas processuais fosse esta seguida por um período em que se reforçaria a formação dos juízes sobre a aplicação da nova lei, como ocorre de forma clara na Alemanha (Santos, 2008, p. 66). Tal preocupação pode ser reconhecida, no Brasil, pela previsão da *vacatio legis*, período para preparo e adaptação à nova Lei.

A previsão de *vacatio legis* na reforma do CPP de 2008, estabelecida para um período de 60 dias. No referido período, já se apresentaram posições dissonantes entre operadores do direito, no sentido de manter as mesmas bases da gestão da prova pelo juiz no processo penal (SOUZA, 2008).

Evidencia-se que no referido período da *vacatio legis*, em que pese ter se evidenciado uma discussão acadêmica entre a posição conforme o princípio acusatório e a outra linha

sustentada pela manutenção dos poderes instrutórios, não houve um debate institucional entre Magistratura, Ministério Público e Advocacia de como a mudança legislativa implicaria no cotidiano dos processo penais, quais as consequências da mudanças na metodologia de trabalho existente na instrução criminal.

Por fim, verifica-se que a reforma processual penal de 2008 não se encontra monitorada¹¹, por meio de institutos de pesquisa, que seria uma ultima fase do processo legislativo, em que se acompanharia a aplicação das novas normas e seus resultados. A experiência portuguesa do Observatório da Justiça Portuguesa¹² que monitorou a reforma parcial do CPP Português e que esta sendo replicada no Observatório da Justiça Brasileira (CES-AI) não possui projetos específicos sobre o monitoramento da reforma processual penal¹³.

Na etapa de aplicação da reforma, em que se concentra o estudo jurisprudencial apresentado acima evidenciou que a discussão das duas linhas interpretativas tem influenciado de forma relevante e evidente a metodologia de trabalho adotada para a realização da audiência de instrução e julgamento. Com a reconstrução dos casos concretos apresentados nos julgados analisados verifica-se uma recusa inicial do magistrado de realizar o ato processual de oitiva, nos termos da interpretação constitucional do art. 212 do CPP. Assim, verifica-se que o ato processual continua sendo documentado dos mesmos moldes da anterior disposição contida na redação original do CPP de 1941, ou seja, qualifica-se a testemunha, o juiz apresenta suas perguntas, depois passa a palavra às partes para as perguntas.

Como a linha interpretativa que é seguida no Superior Tribunal de Justiça, com algumas resistências como da Ministra Maria Teresa de Assis Moura¹⁴ ou dos pareceres do membro do MP Federal, Juarez Tavares¹⁵, não há como os demais operadores do direito como Ministério Público e Advocacia se ampararem em uma interpretação dos tribunais superiores para o cumprimento da reforma. Ademais, falta ainda um pronunciamento do STF que leve a sério a questão constitucional e principiológica que se encontra desvelada por inúmeras pesquisas e críticas (STRECK, 2009, MACHADO ,2010; BARROS, 2009)

Parece ainda ganhar estranheza que ante a resistência à aplicação do art. 212 do CPP a partir de uma interpretação principiológica, nas salas de audiência não houve nenhuma

¹¹ O Ministério da Justiça possui uma secretaria específica sobre Reformas Legislativas, mas não possui projetos específicos de monitoramento das reformas.

¹² Site oficial: <http://opj.ces.uc.pt>

¹³ Site oficial: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/node/43>

¹⁴ Ver voto vencido da Ministra no HC 183.696, do STJ.

¹⁵ Ver parecer em Agravo em RESP n. 49.889, do STJ.

mudança relevante no ato, como se os operadores desconhecem a nova lei processual. Pois, quando o juiz deixa de aplicar a nova norma, não estabelece uma fundamentação prévia das razões pelas quais não aplica o art.212, apenas continua mantendo o sistema presidencialista de produção de prova. Logo, a reforma é simplesmente negligenciada pelos operadores do direito, seja ele, magistrado, promotor ou advogado do acusado. Não há um aperfeiçoamento das instituições e do próprio processo de aplicação da norma, que após quatro anos de vigência da Lei, poderia concluir por uma parcial ineficiência da referida mudança, demonstrada pelo número de *Habeas Corpus* e Recursos analisados pelo STJ¹⁶ que tratam da matéria.

Ficando evidente o distanciamento entre o processo legislativo de justificação das normas e o processo judicial de aplicação desta, como em um descompasso que não significa uma revisão da legislação a melhor luz dos princípios da época, como diria Dworkin(2010a), mas sim uma manutenção da estrutura inquisitorial do processo penal, como sustentado por Coutinho(2009). Ou ainda, evidencia a incapacidade brasileira de aplicar normas mais democráticas e revisitar institutos consolidados em uma tradição autoritária, em verdadeiro descompasso com as reformas processuais de outros países da América Latina, por exemplo.

Assim, pergunta-se como influir na formação dos juízes para que tais reformas já introduzidas na legislação seja cumpridas em sua interpretação constitucional? Com base na análise da Resolução 126 de 2011 do CNJ¹⁷ verifica-se existe no Brasil uma preocupação com a formação inicial do juiz e depois com sua continuidade e atualização. Contudo, não estabelece estratégias específicas seja para formação de intérpretes das leis que as pense a partir dos princípios, bem como para o acompanhamento e discussão das reformas processuais, que têm implicação direta no cotidiano da atuação jurisdicional.

Percebe-se, ainda, com o dilema sobre como interpretar o art. 212 do CPP a necessidade retormar um diálogo institucional sobre o papel do juiz e do Ministério Público no processo penal. Por isso, a compreensão do MP nos casos concretos analisados no sentido de defesa de uma interpretação a partir do princípio acusatório para o art. 212 do CPP, já é um importante passo para que o debate do tema se volte para a questão constitucional.

¹⁶ Ver busca jurisprudencial no site oficial do STJ([WWW.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)), pelos termos : oitiva de testemunha , inversão, processo penal, art. 212 do CPP.

¹⁷ Essa foi reformulada na 150ª sessão ordinária do CNJ, mas ainda não se encontra divulgado no site sua versão oficial : <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/20119-cnj-estabelece-novas-regras-para-formacao-dos-magistrados> , acesso em 30 de agosto de 2012.

Do mesmo modo que as Escolas Judiciais devem colocar o tema em discussão¹⁸, será importante que as Escolas do MP e da Advocacia sustentem esse debate, para que as reformas não virem meras letras mortas desconsideradas no cotidiano dos processos penais.

Outrossim, percebe-se que o presente debate amplia a litigiosidade, já existente no processo penal, e alarga ainda mais as matérias objetos de recursos ou de *Habeas corpus*. O que gera um paradoxo no próprio movimento de reforma, que tem como umas das suas propostas básicas¹⁹ buscar a celeridade e a simplificação procedimental, por não estar sendo efetivada, culmina nesse aumento do número de recursos e habeas corpus.

Assim, a etapa de monitoramento da reforma parcial que se volta justamente à aplicação e efetivação das mudanças pretendidas²⁰ e a análise dos resultados concretos alcançados pode levantar o debate da questão para o cumprimento da interpretação constitucional do art. 212 do CPP. O que demonstra que não basta um processo legislativo concluído, mas sim o constante debate, discussão, acompanhamento e estudo do tema. Responsabilidade que deve ser conduzida não só pelos pesquisadores do direito processual vinculados às pós-graduações brasileiras, mas também pelas escolas profissionais da Magistratura, Ministério Público e Advocacia, ao se dedicarem a formação continuada dos operadores do direito.

A necessidade de constante atualização e refundação das bases principiológicas para a aplicação das normas jurídicas se apresenta ainda mais urgente, quando se vislumbra o

¹⁸ A reformulação da Resolução 126 do CNJ ocorrida em julho de 2012 visa, segundo informações contidas do site oficial, garantir a autonomia das diversas escolas judiciais para a definição dos conteúdos didáticos de seus cursos.

¹⁹ Ver razões presidenciais do veto do art. 157 do CPP, reformado em 2008.(BARROS, 2009)

²⁰ Conforme preleciona Taruffo, podemos perceber pelo menos duas perspectivas de eficiência no sistema processual. Uma primeira, por mim nominada quantitativa, se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, completaria, democráticas para aplicação do direito. Como o próprio Taruffo explicita, ambas as perspectivas seriam faces da mesma moeda, mas que podem e comumente são vistas como concepções contraditórias uma vez que um processo rápido e barato pode formar decisões incompletas ou incorretas, ao passo que para busca de uma decisão “justa” (correta e legítima) exige-se dinheiro, tempo e uma atividade compartilhada entre o juiz e os demais sujeitos processuais. Tal situação, nesses termos, costuma impor a escolha de uma das faces da eficiência e à exclusão da outra por completo. (TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008. p. 185 et seq.) Infelizmente, em face de inúmeros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais (padronização decisória), mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos “resolvidos”. Chega-se ao requinte do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro criar metas de produtividade (a Meta 2, por exemplo) e colocar em seu *site* um “processômetro” com o índice de produtividade dos Tribunais brasileiros (www.cnj.jus.br - Acesso em 10/07/2009).

aproximar da reforma total do Código de Processo Penal e as dificuldades que se seguiram para a sua efetiva aplicação no cotidiano do processo penal brasileiro.

5-Conclusão

O presente estudo tomando como base a reconstrução de uma série de julgados buscou demonstrar a necessidade de que a formação dos operadores em direito, em especial, dos juízes levem a sério as reformas processuais. A discussão, que tomou como base os estágios da interpretação jurídica definidos por Dworkin, pode definir duas linhas interpretativas para o problema concreto estabelecido na pesquisa, qual seja, o cumprimento e a extensão da norma do art. 212 do CPP, reformado pela Lei 11.690/2008. Em uma primeira linha voltada a uma interpretação sustentada pelo princípio acusatório e corroborada pela imparcialidade do juiz e pelo devido processo legal ou e em uma segunda linha, voltada a uma interpretação sistemática do Código de Processo Penal e suas disposições relativas à gestão da prova pelo juiz.

Com base na reconstrução da controvérsia sobre o tema nos julgados pesquisados e no reconhecimento das referidas linhas interpretativas na decisão dos diversos julgadores e na participação dos membros do Ministério Público, pode-se asseverar a necessidade de que a formação dos operadores do direito, em especial dos juízes, promotores e advogados, acompanhe o movimento de reforma macroestrutural da legislação processual penal, que se encontra em andamento. O distanciamento entre o processo legislativo de justificação das normas e a aplicação nelas no processo penal gera um perda à concretização do Estado Democrático de Direito e impede o aperfeiçoamento das instituições democráticas brasileiras. Assim, o olhar constante e crítico na formação continuada dos operadores do direito pode ser reconhecido como uma necessidade que deve-se conjugar com o monitoramento das reformas processuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flaviane de Magalhães Barros. *(Re)forma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle José. Estudo sobre o movimento de reformas processuais macroestruturais: a necessidade de adequação ao devido processo

legislativo. *Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi*. <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3482.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2012.

BARROS, Flaviane; MACHADO, Felipe. Nulidades no Processo Penal: a necessidade de revisão a partir da noção de modelo constitucional de processo In: *Processo Penal: Constituição e Crítica*. 1ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 277-288.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 103-115, 2009.

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

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

_____ *Levando os direitos a sério*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni de diritto processuale*. Padova, CEDAM, 1992.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Nova metodologia de inquirição das testemunhas e consequências de sua inobservância. *Boletim do IBCCrim*, n. 201, São Paulo, ago. 2009.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. Bom para quê(m)? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 16, n. 188, julho de 2008, p. 9-11.

MACHADO, Felipe D.A. Nulidade na oitiva de testemunhas: por uma interpretação conforme do art. 212 do CPP. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 87, p. 165-187, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa . *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

STRECK, Lenio Luiz . Novo Código de processo Penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 117-140, 2009.

STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam. Produção de prova cabe ao MP e à Defesa. *Conjur*, 11.01.2010. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mpdefesa>]. Acesso em: 01.03. 2010.

SOUZA, José Barcelos de. Novas Leis de processo: inquirição direta de testemunhas, identidade física do juiz. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 16, n. 188, julho de 2008, p. 14-16.

TARUFFO, Michele. *Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008. p. 185 et seq

JULGADOS

BRASÍLIA, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Reclamação n.2008.00.2.012057-9 do Ministério Público do distrito Federal e DF. Primeira Turma. Relatora Sandra de Santis. Julgado em 29 de janeiro de 2009a.

_____, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Reclamação n. 2009.00.2.009543-4 do Ministério Público do distrito Federal e DF. Segunda Turma. Relator Roberval Casemiro Belinati. Julgado em 22 de outubro de 2009b.

BRASILIA, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.121.216- DF. Relator Ministro Jorge Mussi. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico: 01/09/2009c.

BRASILIA, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 121.215- DF. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Relator para o Acórdão Ministro Og Fernandes. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico:22/02/2010a.

BRASILIA, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 133.654- DF. Relator Celso Limongi. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico:20/09/2010b.

BRASILIA, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 180.787. Relatoria Laurita Vaz. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico: dezembro de 2010c.

BRASILIA, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 143.966/PE. Relator Jorge Mussi. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico: outubro de 2011a.

BRASILIA, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n103.525 PE. Relatora Carmen Lúcia.
Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 27/08/2010d.