



Produção de prova no processo penal cabe ao MP e à defesa

11/01/2010

1. Explicitação do problema

Com a reforma processual penal – levada a cabo pelo advento das Leis 11.689/08 (Tribunal do Júri), 11.690/08 (prova), 11.719/08 (procedimento) –, deu-se mais um importante passo na direção da concretização do princípio acusatório (art. 129, I, CF).

Isto ficou evidente, entre outros aspectos, no que diz respeito à produção da prova (Lei 11.690/08), com a substituição do sistema presidencialista – ou inquisitorial – pelo sistema fiscalizador – ou garantidor, vinculado ao *cross-examination* –, na medida em que passou a ser competência do juiz apenas o indeferimento de perguntas impertinentes e, em caráter excepcional, a complementação da inquirição das testemunhas a respeito de pontos eventualmente não esclarecidos, conforme determina a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal:

Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

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 (redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição (incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Neste contexto, entretanto, observa-se que tanto no caso da ausência do representante do Ministério Público quanto na situação em que o juiz, afora presidir a audiência, conduzir toda a instrução criminal, inquirindo (*stricto sensu*) as testemunhas arroladas pelas partes viola(r)am o art. 212 do CPP.

Todavia, ocorrendo tais hipóteses – ausência do agente ministerial e/ou condução da prova por parte do juiz, fora do permitido pelo art. 212, CPP –, a questão que resta é a seguinte: qual a interpretação adequada à Constituição?

2. O ESTADO D'ARTE DA QUESTÃO OU “DE COMO OS TRIBUNAIS ESTÃO DECIDINDO” E “A VISÃO DA DOUTRINA”.

De pronto, devemos referir que parcela considerável dos juízes e tribunais de *terrae brasiliis* nem estão “dando bola” para a nova redação do art. 212 do CPP. Olham o novo com os olhos do velho. Nenhuma surpresa nesse sentido. Afinal, o senso comum teórico tem exatamente essa função: obnubilar.



Mas há um conjunto de magistrados e membros do Ministério Público preocupado com a *quaestio juris*. Assim, por exemplo, a 5ª Câmara Criminal de TJ-RS está formando seu entendimento a respeito da matéria.

Em um primeiro momento, os integrantes desse órgão fracionário, adotando a linha proposta pelo desembargador Amilton Bueno de Carvalho, entenderam que a violação do novo art. 212 do CPP implicaria a anulação parcial do processo, invalidando a prova produzida diretamente pelo magistrado, para que fosse prolatada nova sentença:

“PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELA MAGISTRADA CONDUTORA. NULIDADE. A nova redação legal do art. 212 do CPP, dando largo passo em direção ao sistema acusatório consagrado na Lei Maior, previu expressamente a subsidiariedade das perguntas do Magistrado em relação às indagações das partes: do juiz é exigido o julgamento justo e equidistante, de modo tal que não pode ele ter compromisso com quaisquer das vertentes da prova. Anularam, em parte, o processo. Unânime” (Apelação-Crime nº 70028349843, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 18/03/09).

Já em um segundo momento, ainda no mesmo sentido da posição anteriormente firmada, consideraram ilícita – e, portanto, inválida – a prova coletada pelo magistrado, porém entenderam possível passar imediatamente ao julgamento do processo, cujo resultado foi a absolvição do réu em face da insuficiência probatória:

“PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELO MAGISTRADO CONDUTOR DA AUDIÊNCIA. NULIDADE. ROUBO TENTADO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. 1. A nova redação legal do art. 212 do CPP, dando largo passo em direção ao sistema acusatório consagrado na Lei Maior, previu expressamente a subsidiariedade das perguntas do Magistrado em relação às indagações das partes: do juiz é exigido o julgamento justo e equidistante, de modo tal que não pode ele ter compromisso com quaisquer das vertentes da prova. 2. A inobservância da ritualística legal, somada a desistência tácita da coleta da prova, permite enquadrar o vício como ilicitude da própria prova, nos termos do art. 157 do CPP, daí autorizado o pronto julgamento do feito, mediante a desconsideração das provas ilícitas. 3. A condenação só pode emergir da convicção plena do julgador – sua base ética indeclinável. A prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas possíveis enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio *in dubio pro reo*. Prejudicado o apelo ministerial, deram provimento ao defensivo. Unânime” (Apelação-Crime nº 70030112387, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 17/06/09).

Em um terceiro momento, entretanto, ocorre uma sensível mudança na orientação até então assumida. Acolhendo a virada proposta pelo desembargador Luís Gonzaga da Silva Moura, os integrantes desta Câmara passaram a entender que a inobservância do art. 212 do CPP configura nulidade relativa do processo:

1. PROCESSO PENAL. Ministério Público ausente na instrução criminal. Inobservância pelo Magistrado do artigo 212, caput, do Código de Processo Penal. Nulidade parcial da prova oral colhida. 2. Roubo majorado. Materialidade e autoria do fato denunciado, inclusive no que diz com a majorante do concurso de agentes, comprovadas. Condenação confirmada. Concurso formal e crime continuado determinam um só aumento. Precedente do STJ. Pena reajustada. Inviável afastar a multa, por pena cominada em lei. Cassada, por *extra petita*, a reparação mínima prevista no art. 387, IV, do CPP. Apelo parcialmente provido. Unânime” (Apelação-Crime nº 70029599941, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 08/07/09).

“PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELA MAGISTRADA CONDUTORA DA AUDIÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA NÃO CARACTERIZADA. ROUBO IMPRÓPRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO TENTADO. PENA REVISTA. 1. A nova redação do art. 212 do CCP, dando largo passo em direção ao sistema acusatório consagrado na Lei Maior, previu expressamente a subsidiariedade das perguntas do Magistrado em relação às indagações das partes, porém o fez apenas com alcance à inquirição das testemunhas, resguardando o antigo procedimento de inquirição ‘presidencialista’ para a oitiva do ofendido e para o interrogatório do réu (Apel. Crim. nº 70029599941, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. em 08/07/2009). 2. A interferência do magistrado na instrução, no tocante à inquirição das testemunhas, quando inobservados o art. 212 do CPP, há de ser qualificada como nulidade relativa, pois não será ela interferência maior do que aquela já autorizada para o interrogatório e para a coleta do depoimento do ofendido. 3. Em se tratando de nulidade relativa, somente quando as partes se rebelarem expressamente contra a forma de inquirição das testemunhas, na própria audiência (pena de preclusão), é que será viável acolher a alegação de nulidade por violação da norma insculpida no art. 212 do CPP, pois, do contrário, a acusação e a defesa terão concorrido para que a audiência se instrumentalizasse pela sistemática de inquirição presidencialista e, como sabido, nenhuma das partes pode argüir nulidade à qual haja dado causa (CPP, art. 625). 4. A confissão parcial do acusado, somada a elementos outros de convicção, autoriza a condenação. Entretanto, havendo dúvida razoável quanto à ocorrência da violência sucessiva à subtração, impõe-se a desclassificação da hipótese delitiva para a figura de furto. 5. Caracteriza-se a tentativa quando o agente é detido ainda antes de ter a posse tranqüila da *res*. Deram parcial provimento ao apelo. Unânime” (Apelação-Crime nº 70030638670, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 22/07/09).

Em um quarto momento, todavia, os demais integrantes da Câmara acompanharam o voto do desembargador Aramis Nassif – que repristinou a tese da prova ilícita – em julgado que restou assim ementado:

“APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. I. PRELIMINARES. AUTO DE RECONHECIMENTO. Reconhecimento em audiência. Informalidade admissível. Preliminar rejeitada. II. NULIDADE DO PROCESSO. Inocorrência. Prova ilegítima sem repercussão na condenação. III. MÉRITO. Existência e autoria do delito: Prisão em flagrante. Palavra das vítimas. Condenação confirmada. Desclassificação: Lesão grave configurada. Qualificadora

mantida. Apenamento. Readequação. Regime carcerário alterado. Pena pecuniária. Isenção. A multa não pode deixar de ser aplicada pelo juiz, sob pena de violação ao princípio da inderrogabilidade da pena, visto que é um imperativo legal. APELO PARCIALMENTE PROVIDO” (Apelação-Crime nº 70031632284, Rel. Des. Aramis Nassif, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 07/10/09).

Neste contexto, verifica-se que não existe ainda um entendimento consolidado acerca da matéria, ao contrário do que vem constando nos últimos acórdãos prolatados pela 5ª Câmara Criminal do TJ-RS.

A questão que se coloca é: faz sentido falar em nulidade relativa quando se está a tratar da imposição constitucional de respeito ao devido processo legal (*due process of law*)? Como se verá, a resposta é: não. A nulidade é sempre absoluta.

Isto porque não é possível exigir a demonstração de prejuízo para a decretação da nulidade, uma vez que o “princípio” (sic) *pas de nullité sans grief* não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, de maneira que toda nulidade pressupõe um prejuízo, sendo antigarantista e metafísico qualquer entendimento em contrário (cf. STRECK, Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009). Tampouco se pode alegar que as partes – em determinados casos – convalida(ra)m os atos instrutórios, sob pena de se passar de um “processo de partes” para um “processo das partes” – no qual elas disponibilizariam do seu próprio manejo – e, assim, colocar em xeque a função jurisdicional.

Ademais, mesmo que não se concorde com a revogação do referido princípio, a tese da nulidade relativa tampouco resiste ao argumento de Paulo Busato, membro do MP-PR e professor da UFPR, para quem não há de se falar em nulidade relativa, convalidável mediante ausência de prejuízo. Isto porque a contaminação da prova pela atuação do juiz gera duplo e incontornável prejuízo: por um lado, invalida a prova, cujo aproveitamento implica evidente pressuposto; e, por outro, torna suspeito o juiz, ao menos à luz de um sistema acusatório. Assim, ao contrário do que se afirma, é o próprio princípio reitor *pas de nullité sans grief* que torna inviável a tese adotada na maioria dos julgados desse órgão fracionário (5ª Câmara Criminal do TJ-RS), segundo afirma o professor paranaense.

Na mesma direção, embora sem fazer menção ao art. 564, inc. IV, do CPP – segundo o qual haverá nulidade em caso de omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato –, vale lembrar a posição assumida por Nereu Giacomolli e Cristina di Gesu em recente artigo publicado no Boletim do IBCCrim:

“A formulação de perguntas pelo magistrado, antes das partes, ultrapassa a mera irregularidade da metodologia da inquirição, pois o defeito atinge uma formalidade essencial, por não ter sido observado o devido processo legal, no plano formal (ordem de inquirição) e material (vício substancial, por ofensa ao contraditório e a distribuição das funções entre os sujeitos processuais). A inversão das perguntas ou a inquirição inicial do magistrado invalidam o depoimento e vedam a sua utilização no processo, pois a inutilizabilidade é uma forma de invalidade dos atos processuais (Lozzi, 2007, p. 193). A utilização dos depoimentos defeituosos, no julgamento, contaminam o *decisum*, o qual há de ser desconstituído e, em cada caso penal,

há de ser verificado o desdobramento causal do ato viciado, nos seguintes atos processuais, pois poderá haver contaminação dos atos processuais subseqüentes” (cf. GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Nova metodologia de inquirição das testemunhas e consequências de sua inobservância *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 201, ago. 2009).

Aliás, no sentido da nulidade absoluta, merece destaque um importante precedente do Superior Tribunal de Justiça, que – ao contrário do que passou a ser afirmado por esta Câmara – acolheu recurso interposto pelo Ministério Público, na mesma linha adotada neste parecer:

“*HABEAS CORPUS*. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. 1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos. 2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade. 3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma. 4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subseqüentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP” (HC nº 121.216, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, STJ, j. em 19/05/09).

Registre-se, ainda, que recentemente o Superior Tribunal de Justiça confirmou tal posicionamento em novo julgado sobre o mesmo tema:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. NÃO-OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/08. NULIDADE. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA. 1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP pela Lei 11.690/08 determina que as vítimas, as testemunhas e o acusado sejam ouvidos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição se entender necessários esclarecimentos. 2. Se o Tribunal de origem admite que houve a inversão na inquirição, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, patente o constrangimento, sanável pela via do *habeas corpus*, por ofensa ao devido processo legal. 3. Ordem concedida para, confirmando a liminar, anular a audiência de instrução e julgamento realizada em

desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, determinando que outra seja realizada, consoante as disposições do referido dispositivo” (HC 137.091/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, STJ, j. em 01/09/09).

Nesta esteira, igualmente, cumpre referir a importante decisão prolatada pela 6ª Câmara Criminal do TJ-RS, de relatoria do desembargador Nereu Giacomolli:

“CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. METODOLOGIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Da regra processual contida no artigo 212 do Código de Processo Penal se infere que as partes dirigem as perguntas às testemunhas, num primeiro momento, pois a elas interessa, *prima facie*, a produção dessa modalidade de prova e, num segundo momento, o magistrado, por ser o destinatário da prova, poderá complementar a inquirição, sem inovar, sobre pontos não esclarecidos. Trata-se de nova realidade processual, incorporada pelo legislador ordinário nas modificações parciais de 2008 e admitida no projeto de reforma total do Código de Processo Penal (art. 175), na opção por um processo penal republicano, eticamente comprometido e democrático. 2. Precedentes da 5ª Câmara do TJRS e do STJ. DESCONSTITUÍRAM A DECISÃO, POR MAIORIA. MÉRITO PREJUDICADO. (Apelação Crime Nº 70030301774, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Nereu José Giacomolli, j. em 25/06/09).

Por outro lado, entretanto, não é difícil constatar que a doutrina – cuja atividade, no Brasil, limita-se à habitual prática de colacionar a jurisprudência e reproduzir, acriticamente, a sua orientação (que, neste caso específico, ainda é incipiente) – ainda não compreendeu a mudança operada pela reforma processual penal de 2008, à medida que a trata como uma mera “formalidade”.

Basta ver, por todos, a – equivocada – posição defendida por Guilherme de Souza Nucci, em um dos manuais mais vendidos do país, segundo a qual a inovação legislativa não alterou o sistema anterior:

“69. Reperguntas diretas às testemunhas: a Lei 11.690/2008 eliminou o sistema presidencialista de inquirição das testemunhas, vale dizer, todas as perguntas, formuladas pelas partes, deviam passar pelo juiz, que as dirigia a quem estivesse sendo ouvido. Em outros termos, antes da reforma processual, quando a parte desejasse fazer uma repergunta, dirigiria a sua indagação ao magistrado que a transmitiria à testemunha, com suas próprias palavras. De fato, era um sistema vetusto e lento. Afinal, a testemunha havia entendido perfeitamente o que fora perguntado pela acusação ou pela defesa, bastando-lhe responder. Mesmo assim, era orientada a esperar que o magistrado repetisse a tal pergunta para que, então, pudesse dar sua resposta. Tratava-se de uma precaução para que as partes não induzissem as testemunhas ou não fizessem indagações despropositadas ou ofensivas. De todo modo, o sistema era anacrônico. Imaginemos a modernidade do processo informatizado, com os depoimentos colhidos em fita magnética. Para que ouvir duas vezes a mesma indagação? Desnecessário. Basta que a parte faça a repergunta diretamente à testemunha. Se houver alguma pergunta indevida, deve o juiz indeferi-la. Para isso, está o magistrado presente, controlando os atos ocorridos em audiência,



sob sua presidência” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 479-480).

E prossegue Nucci:

“Tal inovação, entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. A nova redação dada ao art. 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que ‘as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha’, agora se diz que ‘as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha [...]’. Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. Porém, quanto às perguntas das partes (denominadas reperguntas na prática forense), em lugar de passarem pela intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente às testemunhas. Depois que o magistrado esgota suas indagações, passa a palavra à parte que arrolou a pessoa depoente. Se se trata de testemunha da acusação, começa a elaborar as reperguntas o promotor, diretamente à testemunha. Tratando-se de testemunha da defesa, começa a reinquirição o defensor, diretamente à testemunha. Após, inverte-se. Finalizadas as perguntas do promotor à testemunha de acusação, passa-se a palavra ao defensor (se não houver assistente de acusação, que tem precedência). O mesmo se faz quando o defensor finaliza com a sua inquirição; passa-se a palavra ao promotor e, depois, ao assistente, se houver”.

Na mesma linha, cumpre referir, a leitura – de cariz nitidamente conservador, do ponto de vista da manutenção do sistema inquisitivo – feita por um dos processualistas mais conceituados no centro do país, Tourinho Filho:

“Os que vivem a vida forense sabem muito bem que o tradicional sistema superava e o supera o atual. Sempre defendemos o sistema presidencialista, para evitar discussão entre as partes, mesmo porque, quando as perguntas são formuladas pelo Juiz, a modulação da voz permanece inalterada e a audiência se realiza num ambiente de maior tranquilidade. Agora, as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes, com entonação de voz variada, às vezes influenciando positiva ou negativamente nas respostas. Se o Juiz não ficar bem atento, às vezes a sagacidade da parte pode burlar a sua vigilância. Vamos aguardar” (Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 627).

Observa-se, neste contexto, que tanto setores da jurisprudência quanto setores da doutrina parecem estar optando por andar na contramão da luta travada nesses últimos 20 anos pela afirmação – e concretização – do princípio constitucional do acusatório, ao menos no que se refere ao papel exercido durante a produção da prova.

Oportuno lembrar, a título de ilustração, as posições firmadas pela 5ª Câmara Criminal do TJ-RS ao longo de mais de uma década no sentido da necessária filtragem hermenêutica do Código de Processo Penal à luz da Constituição, a partir do princípio acusatório: a *produção de prova de ofício* (art. 156, CPP – ver apelações nº 70026105965, 70022266498, 70006183826), a figura

do *assistente de acusação* (arts. 267 a 273, CPP – ver apelações nº 70023493604, 70023119811, 70022405690), a *mutatio libelli* (art. 384 CPP – ver apelações nº 70013093968, 70012468765, 70006851752), o *requerimento de diligências* (art. 502, CPP – ver apelações nº 70013093968, 70012468765, 70006851752) e o *recurso de ofício* (art. 574, CPP – ver correições parciais nº 70015997273, 70014869697, 70007384779). E isto é do conhecimento de todos: a 5ª Câmara Criminal do TJ-RS foi a primeira a falar do princípio acusatório em *terrae brasilis* – sempre ladeada pelas posições do Procurador de Justiça (Lenio Streck) com assento no referido Órgão Fracionário.

Isto porque, como se sabe, a Constituição Federal ao estabelecer o princípio (ou sistema) acusatório – segundo o qual cabe ao Ministério Público a titularidade da Ação Penal Pública, afastando, desse modo, prerrogativas de ingerências na acusação da alçada do Poder Judiciário – não recepcionou uma série de institutos processuais penais, marcados pelo seu caráter inquisitório, eis que absolutamente incompatíveis com o sistema acusatório adotado pelo novo paradigma constitucional (cf. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006).

3. O ART. 212 DO CPP VISTO A PARTIR DE UMA ADEQUADA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DO VELHO E SUPERADO “SISTEMA INQUISITIVO”

Para além do que foi dito, há que se destacar que essa filtragem hermenêutica do processo penal decorre não somente do novo texto constitucional, mas também – e fundamentalmente – do novo paradigma do conhecimento, inaugurado com o giro lingüístico-ontológico (*ontologische Wendung*) operado no campo da filosofia da linguagem (cf. STRECK, Lenio L. *Verdade e Consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

Ora, se o processo (*lato sensu*) sempre esteve, historicamente, dependente do Estado-juiz em uma perspectiva solipsista (marcada pelo esquema sujeito-objeto), agora, no Estado Democrático de Direito, já não há mais espaço para esse protagonismo da figura do juiz.

Nesse sentido, não se pode olvidar que o novo texto constitucional estabeleceu um novo paradigma. E este deve ser visto, inevitavelmente, com os olhos do novo. Um juiz imparcial e um promotor de Justiça independente: são estes os requisitos indispensáveis à implantação de um processo penal democrático. O corolário disto, evidentemente, é a plena aplicação do princípio acusatório, cujo advento deveria ter sepultado, de uma vez por todas, o sistema inquisitorial que caracterizava o Código de Processo Penal, de 1941, ainda assentado no mito da verdade real (que, no fundo, sempre mascara a busca pela condenação do réu).

Dito de outro modo, é preciso compreender que o princípio acusatório constitui uma conquista do Estado Democrático de Direito. Tal princípio revoga o serôdio princípio inquisitório, de triste memória histórica. Ao juiz cabe julgar; ao promotor cabe deduzir a pretensão acusatória, investigar e produzir provas; ao advogado cabe efetuar a defesa e garantir os direitos do réu; ao legislador cabe produzir legislação adequada ao ordenamento jurídico. E, fundamentalmente, cabe à jurisdição constitucional – e isso é o que se está fazendo neste caso – adequar a legislação infraconstitucional à Constituição.

É neste contexto, portanto, também marcado pelo reconhecimento da função investigatória do Ministério Público (Cf. STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006), que se deve compreender o sentido e o alcance das alterações levadas a cabo com advento da Lei 11.690/08, no que se refere à gestão e produção da prova.

Trata-se, com efeito, de uma verdadeira guinada no interior do processo penal, que nada tem a ver com uma “doutrina contrária aos poderes instrutórios do juiz” (sic), mas sim com a tensão – contemporânea – entre democracia e jurisdição, entre o Estado das Leis (*Gesetzstaat*) e o Estado dos Juízes (*Richterstaat*).

Nessa mesma direção, inclusive, aponta a Escola Mineira (Marcelo Cattoni, Flaviane de Magalhães Barros, Dierle Nunes, Alexandre Bahia, André Cordeiro Leal, entre outros) – à qual rendemos, aqui, nossas homenagens, embora seu cariz procedimentalista – quando defende a concepção segundo a qual o processo deve ser entendido como “procedimento em contraditório”, a partir da influência de Elio Fazzalari (*Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992). A teoria de Fazzalari reconstrói os conceitos de processo e de procedimento, modificando a estrutura convencional do processo, ainda caudatária dos padectas, baseada no direito de ação e no processo entendido como relação jurídica, conforme sustenta a Escola Paulista, a partir das formulações desenvolvidas por Liebman e Chiovenda.

Todavia, essa nova compreensão do processo penal pressupõe a superação de um vício estrutural que lhe acarreta um grave prejuízo na sua função: o Código de Processo Penal, desde sua gênese, especialmente no que diz respeito à produção da prova, é refém do paradigma inquisitivo e, via reflexa, do paradigma da filosofia da consciência.

Neste contexto, então, discutir o “sistema acusatório” significa falar de paradigmas. Mais do que isso, implica tratar de rupturas paradigmáticas, tanto no âmbito do Direito quanto no campo da filosofia.

Isto porque é preciso entender que o “sistema inquisitório” está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade. No sistema inquisitório, o sujeito é “senhor dos sentidos”. Ele “assujeita” as coisas. Isto se evidencia, por exemplo, tanto na produção da prova *ex officio*, quanto na clássica noção de “livre convencimento do juiz” ou “livre apreciação da prova”.

De outra banda, entretanto, pode-se afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual penal. É o modo pelo qual se garante que não existe um “dono da prova”; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado trata de modo igualitário da aplicação da lei.

Tudo isso para dizer que um processo penal democrático depende de uma ampla intersubjetividade; depende da perspectiva acusatória, e não inquisitória; depende do respeito ao contraditório (cf. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008), tudo a partir de uma fundamentação/justificação detalhada no nível daquilo que venho denominando de *accountability* processual, em oposição ao crescente – e preocupante – “ativismo judicial”.

Ora, como se sabe, nem mesmo nos países em que (ainda) não há a figura do juiz de instrução, o juiz responsável pela investigação é aquele que faz o julgamento, tendo em vista aquilo que Cordero chama, acertadamente, de “quadros mentais paranóicos”, a partir do clássico “primado das hipóteses sobre os fatos” (Cf. CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986; e, também, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

Mas, afinal, qual é o modelo de juiz correspondente ao paradigma do Estado democrático de direito? (cf. STRECK, Lenio L. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do PPGD da UNISINOS*. v. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 10-20). E qual é o papel do juiz no interior do sistema acusatório estabelecido pela Constituição de 1988, como bem indaga Jacinto Nelson Miranda Coutinho (*O papel do novo juiz, op. cit*)?

Mas atenção: apenas delinear o papel do juiz neste novo cenário não é o suficiente. Para que isso ocorra, é preciso – também – colocar o representante do Ministério Público no seu devido lugar.

No Brasil, como se sabe, o Ministério Público não só é separado completamente do Poder Judiciário, como, com o advento da Constituição de 1988, assumiu um *status* de (quase) completa desvinculação do Poder Executivo. Sem querer cometer injustiças com outras instituições e tampouco incorrer em exageros – como aqueles que a ele se referem como o “quarto poder” –, é de notório conhecimento que o Órgão Ministerial foi alçado pelo texto constitucional a um lugar privilegiado de defesa da Constituição e da cidadania, mormente enquanto a sociedade civil não se organiza por si só. Não parece difícil de se constatar esse novo papel do Ministério Público.

Neste contexto, considerando o princípio do devido processo legal aliado ao princípio acusatório (sim, o “sistema” acusatório tem a função de “princípio” ou “padrão”), não há espaço – ao menos no plano de uma análise pragmati(ci)sta – senão para um processo de partes, na linha do que se está tentando fazer no anteprojeto de reforma global do CPP realizado por Comissão Externa de Juristas criada no âmbito do Senado Federal e ora em curso no Projeto 156/2009-PLS.

Claro que a isso se deve colocar uma ressalva: não se trata, aqui, de discutir se o Ministério Público é parte, *stricto sensu*, no processo penal. Também não é relevante discutir se o “processo de partes” repristina uma ideia liberal, pré-Estado social. Longe disso. Igualmente, não é importante saber se o processo penal é “luta entre partes” (*Parteienkampf*). Mas o fundamental é examinarmos as condições que temos para fazer cumprir o princípio acusatório. E, neste caso, parece que compreender o processo penal como um “processo de partes” é o modo mínimo para fazer com que, à luz do contraditório, possamos deixar que o Ministério Público e a defesa efetivamente produzam a prova, sem que sejam substituídos pelo juiz inquisidor.

Com efeito, no sistema acusatório, o exercício do papel da acusação está ligado a um princípio fundante do processo penal, ou seja, o princípio dispositivo. Centrado na *gestão da prova*, o processo penal será acusatório se ela não couber, em hipótese alguma, ao juiz.

Ocorre que, quando o juiz não sai à busca da prova – e nem deve sair! –, ao Ministério Público caberá fazer a prova da acusação, o que é o óbvio diante dos dispositivos constitucionais e – agora – do Código de Processo Penal (art. 212).

Desse modo, neste caminho rumo à concretização do sistema acusatório, o Ministério Público não pode restar inerte e permanecer confinado na mediocridade que o sistema inquisitorial lhe reservava, ou seja, de coadjuvante do juiz.

Em suma: a atuação do juiz deve se limitar àquela que lhe confere a Constituição e, para isso, é imprescindível que o Ministério Público assuma a tarefa que lhe foi constitucionalmente atribuída.

Na verdade, ao fim e ao cabo, trata-se simplesmente do dever – inerente ao Estado democrático de direito – de cumprir a lei (constitucional), pois este, como se sabe, é um dos preços impostos pelo direito e, sobretudo, pela democracia!

Ratio final, cabe ainda registrar que o sistema acusatório vem recebendo o tratamento adequado à Constituição por inúmeros juízes, cuja atuação vem se mostrando absolutamente louvável, como se verifica, por exemplo, nas Comarcas de São Borja (Maurício Ramires), Veranópolis (Paulo Meneghetti), Santa Cruz do Sul (Assis Leandro Machado) e Florianópolis (Alexandre Morais da Rosa), entre outras, assim como pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos acórdãos citados no decorrer deste artigo.

Para além de “disputas de poder” ou “disputas corporativas”, trata-se de dar ao (novo) processo penal o que dele é – a prevalência do acusatório – sem se esquecer que novos paradigmas implicam, inevitavelmente, novos olhares.

4. À GUIA DE CONCLUSÃO

Os juristas preocupados com a democratização das relações sociais vêm apostando há décadas na implementação de um sistema acusatório no âmbito do processo penal. Esse processo de convencimento dos legisladores por vezes gera frutos interessantes e alvissareiros, como foi o caso da alteração do art. 212 do CPP. Não importa, aqui, a vontade do legislador ou a sua intenção, discussão essa já superada há muito. O que importa é que ficou estabelecido que o juiz não pode mais inquirir as testemunhas nos moldes como vinha procedendo. Se assim o fizer, o processo é nulo! Chegou o momento de o Ministério Público e a advocacia dizerem a que vieram. A produção da prova é tarefa desses sujeitos processuais.

Trata-se do cumprimento de um comando legal. Não há como tergiversar. Tanto é assim que um juiz ou um Tribunal somente pode deixar de aplicar uma lei nas seguintes circunstâncias:

a- quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;

b- quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias (nesse caso, entretanto, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g.*, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes);

c- quando aplicar a *interpretação conforme a Constituição* (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição (neste caso, o texto de lei – entendido na sua “literalidade” – permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição);

d- quando aplicar a *nulidade parcial sem redução de texto* (*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal (observe-se, aqui, que, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido);

e- quando for o caso de *declaração de inconstitucionalidade com redução de texto*, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo (STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, especialmente o posfácio).

Fora dessas cinco hipóteses, o Poder Judiciário estará se sobrepondo à legislação produzida de acordo com a democracia representativa. Não parece que a nova redação do art. 212 do CPP seja inconstitucional. Logo, se não for inconstitucional ou não estiver em antinomia com outro dispositivo que o afaste, parece razoável que se possa não apenas requerer”, mas, sim, “exigir” que o Poder Judiciário aplique a lei processual, uma vez que o cidadão tem um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição (STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*).

Em síntese: às vezes, embora em pleno paradigma constitucional, ainda temos certa dificuldade em fazer cumprir até mesmo a racionalidade formal burguesa. No caso, não se está nem mesmo está exigindo que se cumpra “diretamente” a Constituição; está se exigindo somente que se cumpra o Código de Processo Penal. Numa palavra: crise é quando o novo não nasce e o velho não morre; no caso, basta que se deixe vir à tona a nova dicção da lei processual, que sepulta, de vez, o dogma do superadíssimo “princípio” (sic) da “verdade real” (que, diga-se de passagem, não resiste a mais do que cinco segundos de discussão filosófica).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Alexandre. *Recursos extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.



- BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.
- GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Nova metodologia de inquirição das testemunhas e consequências de sua inobservância *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 201, ago. 2009.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006
- ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do PPGD da UNISINOS*. v. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 10-20.
- STRECK, Lenio Luiz *Verdade e Consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mp-defesa/>