

A atuação do juiz segundo a óptica da nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal

Juliano Nanuncio*

O artigo 212, caput, do Código de Processo Penal, de acordo com a dicção conferida pela Lei nº 11.719/2008, estabelece que "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", enquanto seu parágrafo único preconiza que "sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição".

Diante da nova redação, obviamente se verifica de pronto ter sido abandonado o sistema presidencialista então em vigor nas audiências, sabendo-se que o antigo artigo 212 do Código de Processo Penal dispunha: "as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da partes, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida".

Ocorre que, diante da alteração legislativa, máxime em virtude do parágrafo único do dispositivo em comento, começaram a surgir vozes dando conta de que, doravante, o juiz não mais iniciaria a audiência de inquirição de testemunhas indagando estas, porém abrindo diretamente ao Ministério Público e após à Defesa, ou vice-versa, conforme tenha sido a testemunha arrolada por uma ou outra parte, de maneira que apenas ao final, "sobre pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição".

Cite-se, como exemplo, as assertivas do Promotor de Justiça Thiago André Pierobom de Ávila, concluindo-se "[...] que o art. 212 do CPP, em sua nova redação dada pela Lei nº 11.690/2008, efetivamente determina que as perguntas sejam primeiro formuladas pelas partes e, após, pelo juiz. A disposição é fundada na concretização das normas constitucionais relativas ao sistema acusatório (CF, 1988, art. 129, I), que determinam um distanciamento do juiz das funções de acusação, dentre as quais incluíse o ônus da prova de acusação. Esta conclusão pode ser obtida pela interpretação literal do dispositivo, interpretação histórica, interpretação teleológica (análise da vontade do legislador), interpretação sistemática (análise dos demais institutos introduzidos pela reforma tendentes à implantação do sistema acusatório) e, especialmente, em atenção ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. A inobservância deste novo procedimento gera a nulidade absoluta da prova produzida em inobservância ao princípio constitucional ora concretizado" [01].

Argumenta-se, em linhas gerais, estar tal interpretação em consonância com o sistema acusatório e, ao mesmo tempo, atenta aos princípios processuais penais constitucionais, de maneira que a atuação do juiz, por assim dizer, não se eivaria de parcialidade, tornando-se, por óbvio, mais limitada na colheita da prova. Acrescenta-se a necessidade de uma interpretação sistemática a respeito do tema, desencadeando também o entendimento da intervenção do magistrado apenas ao final do ato.

Não me parece, contudo, que o novo artigo 212 do Código de Processo Penal tenha por escopo que as partes inicialmente devam formular as perguntas, mudando-se a sistemática sempre adotada em audiência, tampouco que a circunstância de o juiz continuar a formular perguntas de início constitua atentado ao sistema acusatório, prejuízo à imparcialidade do julgador e, por conseguinte, inobservância a princípios esculpido na Constituição da República.

Tenho para mim que, se assim fosse, com o advento da Constituição da República, automaticamente o antigo artigo 212 do Código de Processo Penal já deveria ter sido interpretado de forma distinta, porquanto basta a leitura daquele para verificar não se estabelecer que o juiz formule primeiro as indagações para depois as partes requererem as perguntas, de modo que, a meu ver, nada se alterou nesse aspecto.

Por outro lado, a circunstância de o magistrado continuar a indagar primeiramente não constitui afronta ao sistema acusatório, porquanto, do contrário, parece-me que se está a dizer que o julgador, na busca da prova, necessariamente, substitua-se ao acusador ou investigador, implicando-se autoritarismo e parcialidade em seu agir.

Ora, o juiz, claro está, deve ter consciência e importância de sua função jurisdicional, atuando de forma desprovida de preferências subjetivas ou pessoais, favoráveis ou não a um ou outro sujeito processual parcial, não se olvidando, por óbvio, do devido processo legal, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, do juiz natural, independente e imparcial, da motivação das decisões, da publicidade dos atos, da duração razoável do processo, da licitude e legitimidade das provas, dentre outros, de maneira a não implicar o desbaratamento das partes e uma indevida supremacia próprios de um autoritarismo vislumbrado no sistema inquisitório, incompatível com os ditames constitucionais.

De mais a mais, como já se disse e se sabe, todas as teses levantadas pelas partes devem ser analisadas, com a suficiente motivação para acolhê-las ou rechaçá-las (artigo 93, inciso IX, da Constituição da República), pois, como adverte, por exemplo, o jurista Antonio Scarance Fernandes, "[...] se, na sentença, o magistrado deixa de apreciar questão suscitada pela parte, ocorrerá nulidade absoluta do ato, por falta de motivação. Outro ponto será o de verificar se a análise da questão foi feita na profundidade exigível, levando-se em conta, aí, a maior ou menor complexidade da matéria apreciada. Interessa, ainda, ressaltar que a falta de motivação não pode ser considerada suprida porque teria havida motivação implícita. Ela ainda será insuficiente e não atenderá à exigência do art. 93, IX, da Constituição" [02].

Acrescente-se, por oportuna, a arguta observação do Juiz de Direito Marcos Alexandre Coelho Zilli, para quem "[...] um conflito de altos interesses sociais, representado pelo confronto entre o interesse punitivo e o resguardo da liberdade jurídica do indivíduo, não pode ser palco de uma solução gerenciada, exclusivamente, pelos sujeitos parciais, sobretudo em uma sociedade exacerbadamente desigual. A modelagem sustentadora de uma disputa processual livremente travada pelos sujeitos parciais melhor se adequa àquelas sociedades que já atingiram um nível razoavelmente ideal de igualdade que, convenhamos, não é a hipótese brasileira" [03].

Uma interpretação sistemática, do mesmo modo, não permite, a meu juízo, concluir por uma diferente atuação do magistrado no respeitante à ouvida das testemunhas, exceto, é claro, quanto à questão das perguntas diretas, na medida em que, por exemplo, a disciplina das provas, de acordo com a Lei nº 11.690/2008, faculta ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, bem como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal).

A primeira parte do aludido artigo 156, ao estabelecer incumbir a prova da alegação a quem a fizer, segue a mesma diretriz do processo civil (malgrado se saiba que a posição de um juiz inerte não mais se admite também em tal seara).

Entretanto, a segunda parte do dispositivo, bem como o artigo 404 do Código de Processo Penal, atribui ao juiz, no processo penal, a possibilidade de agir de ofício, homenageando-se o princípio da verdade real e afastando-se, destarte, a mera condição de "convidado de pedra" no processo, citando-se a oportuna e conhecida expressão do jurista E. Magalhães Noronha [04].

Ademais, repita-se, não se verifica a descaracterização do sistema acusatório pela simples circunstância de possuir o juiz iniciativa probatória, pois, como assevera Eugênio Pacelli de Oliveira, "[...] a instituição de um órgão estatal específico para tutelar os interesses da acusação, como é o caso do Ministério Público, além das franquias e liberdades públicas garantidas no art. 5º da Constituição Federal, afirmam a existência de um perfil essencialmente acusatório" [05].

Complementando o assunto, convém colacionar a lição dos autores Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, segundo a qual: "[...] é sabido que uma das características mais marcantes no processo penal é a vigência de tal princípio [verdade real], que sugere ao juiz criminal não se satisfazer com a verdade formal (aparente) que lhe é exibida pelas partes. Definido o objeto do processo pela acusação e delimitando o objeto do julgamento, o julgador deve procurar a reconstrução histórica dos fatos (Germano Marques da Silva, Curso de processo penal, v. I. p. 78), buscando, por todos os meios admissíveis no processo, alcançar a verdade histórica, independentemente ou para além da contribuição da acusação e da defesa (art. 156 do CPP)" [06].

E os mesmos autores, ao comentarem o artigo 212 do Código de Processo Penal, assinalam que a leitura apressada de tal dispositivo pode passar a impressão de que o juiz só pudesse intervir após as partes formularem suas perguntas, sustentando que: "[...] Não parece ser bem assim. Basta ver, por exemplo, a redação do art. 188 do CPP, a determinar que, no interrogatório, de início as perguntas são formuladas pelo juiz que, depois, consultará às partes se há algo a ser esclarecido. E mesmo a atual redação do art. 473 do CPP, que, no plenário do júri, determina a primazia do juiz de colher o depoimento da vítima e das testemunhas, para depois facultar às partes a formulação de perguntas" [07].

O Juiz de Direito Guilherme de Souza Nucci, por seu turno, também esclarece que: "[...] 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 pelo art. 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que ‘as perguntas das partes serão requeridas 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 (denominada reperfurtações 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 àquele que arrolou a pessoa depoente" [08].

Igualmente, calcar-se o entendimento de uma "nova atuação do juiz" com fundamento no parágrafo único do artigo 212 do Código de Processo Penal não me parece a exegese mais consentânea com o espírito do legislador.

Reputo, ao contrário, que o referido parágrafo, ao dispor que o juiz poderá complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos, apenas realça a importância do julgador na condução do ato, prevendo expressamente aquilo que já costumeiramente se fazia nas audiências, vale dizer, surgindo fatos novos com as respostas feitas pelas indagações das partes, o magistrado poderá intervir, fazendo novas perguntas a respeito, em busca da tão propalada verdade real, não como um inimigo do acusado, com a exclusiva preocupação de angariar componentes para uma condenação, ao contrário dos modelos de índole inquisitória, porém como um julgador que poderá, ao final, decidir com segurança e imparcialidade, diante de elementos probatórios devidamente esmiuçados e submetidos aos crivos do contraditório e da ampla defesa, lembrando-se também da importância que isso representa ao princípio da identidade física do juiz, finalmente e felizmente adotado pelo Código de Processo Penal (artigo 397, § 2º, do Código de Processo Penal), o que reforça a tese de que uma interpretação sistemática não autoriza a conclusão inicialmente mencionada acerca da alteração da ordem na formulação das perguntas, deixando-se, por assim dizer, com tal entendimento, o juiz em último plano.

Consoante assinala Marco Antonio Marques da Silva, "[...] o magistrado, que manteve contato com o acusado, vítima, testemunhas e demais participantes do processo, e teve a oportunidade de colher a prova diretamente, estará sempre em melhores condições, fática e jurídica, inclusive pessoal, de decidir, impondo uma pena que não seja mera

medida aritmética, mas espelhe a realidade do que presenciou, vivenciou e depreendeu de todo o feito" [09].

Sabido é que a lei não contempla palavras inúteis. Por conseguinte, se o legislador realmente objetivasse a alteração propalada por alguns na condução da audiência das testemunhas, tenho que o mencionado parágrafo deveria contemplar que o juiz somente poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos. Isso, claro está, não é o caso, de sorte que nem mesmo uma interpretação teleológica permitiria conclusão diversa.

Não é dissonante, *mutatis mutandis*, a lição de Guilherme de Souza Nucci, segundo a qual "[...] embora desnecessário o conteúdo do parágrafo único, por ser óbvio, pode o magistrado continuar a perguntar à testemunha, mesmo quando as partes finalizem suas questões, caso não esteja satisfeito com as respostas dadas, em especial no tocante aos pontos não esclarecidos pela pessoa depoente" [10].

Ressalto que, de qualquer forma, a questão precípua é a formação do magistrado. O atuar de cada julgador revelará se a sua intervenção é ou não perniciosa, simplesmente porque sempre haverá bons e maus julgadores, consoante pondera Marcos Alexandre Coelho Zilli, arrematando ainda que o juiz "[...] deverá estar sempre consciente da imperiosa necessidade de buscar a harmonia equilibrada de suas ações", sendo "isso que torna a sua tarefa tão dignificante" [11].

Por derradeiro, nunca é demais rememorar o que nos ensina o Desembargador José Renato Nalini, ao ressaltar que o juiz de hoje e de amanhã, mais do que o domínio das técnicas jurídicas, "[...] precisa ter consciência de que ele concretiza ou sepulta valores. Antoine Garapon afirmou que o juiz é o guardião das promessas do constituinte. Cabe hoje asseverar que o juiz não é só o guardião, mas o concretizador das promessas do constituinte. Ele é o garante, é o avalista e é o implementador de tudo aquilo que o povo, mediante seus representantes, quis que a Justiça propiciasse à nação" [12].

Conscientes os juízes de tais questões, livrar-se-ão de quaisquer ingerências indevidas, desobedientes ao modelo acusatório e sem observância dos princípios constitucionais, para se alcançar, então, a justiça nas decisões.

Notas

1. ÁVILA, Thiago André Pierobon de. A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal (CPP, art. 212). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11604>>. Acesso em: 03.set.2008. No mesmo diapasão: "[...] Diante da nova redação do art. 212, caput, do Código de Processo Penal, que objetivou a simplificação da colheita de provas, pensamos que os depoimentos das testemunhas devem ser iniciados já com as perguntas formuladas pelas partes, cabendo ao juiz, na forma do parágrafo único do citado artigo, apenas a complementação da inquirição sobre pontos que lhe parecem relevantes e que não restarem esclarecidos", entretanto, em posicionamento diverso do apontado, pondera

que "[...] apesar deste nosso posicionamento, não vislumbramos prejuízo na hipótese do juiz, antes de dar a palavra às partes, formular algumas perguntas à testemunha, especialmente aquelas que tenham por objetivo apurar a forma como os fatos controvertidos chegaram ao conhecimento do depoente, isto é, se se trata de testemunha presencial ou indireta" (SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Reforma do processo penal: instrução e julgamento. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/35572>>. Acesso em: 03.set.2008).

2. FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 132.

3. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 273.

4. NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 90.

5. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 417.

6. GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 275.

7. Idem, p. 302.

8. NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 480. E quanto ao critério para o indeferimento das "reperguntas", com propriedade, o referido autor esclarece que "deve ser utilizado o máximo bom senso nessa situação. O magistrado não pode ser o senhor absoluto da inquirição, desejando filtrar tudo que se passa na mente das partes, envolvendo-se na estratégia da acusação ou da defesa. Muitas vezes, a parte tem um raciocínio próprio, que visa a envolver a testemunha de modo suficiente a descortinar as inverdades proferidas. Se o juiz quebrar esse método, exigindo saber, passo a passo, a razão do que está sendo reperguntado, a prova será mal colhida. Por isso, somente deve indeferir questões francamente irrelevantes, impertinentes ao processo, resvalando na agressão à testemunha ou na violação de sua intimidade gratuitamente, bem como quando se tratar de matéria já respondida. A inovação, trazida pela Lei 11.960/2008, cuida da vedação às reperguntas indutivas. Sem dúvida, uma repergunta que tenha por finalidade levar a testemunha a responder sem liberdade merece ser indeferida. O acréscimo, pois, é positivo" (op. cit., p. 480).

9. SILVA, Marco Antonio Marques da. A Vinculação do Juiz no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 9-10. "Não existir no processo penal o atributo da identidade física do juiz é enfraquecer, é fazer tábula rasa do princípio da insegurança. Se o juiz que sentencia não for o mesmo que acompanhou toda a instrução criminal, se assim não se dispuser, então não houve a sonhada, a almejada evolução do processo penal. O vilipêndio ao acusado, não mais tendo ensejo em seu próprio corpo, será realizado em seu espírito, em seu íntimo, pelo descaso, pela indiferença, pela falta de percepção de que somente o juiz que o ouviu, que ouviu os testemunhos e que examinou as demais provas, é que está moralmente, eticamente, juridicamente habilitado a julgá-lo. Como já assinalado com apoio no Professor Cândido Rangel Dinamarco, o direito do réu à identidade do juiz criminal é corolário de seu direito a juiz natural, de sorte que a identidade do juiz na área penal deveria ser exigência de

nobreza constitucional" (DUARTE, Walter Antonio Dias. Identidade do Juiz e o Processo Penal Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2006, p. 65).

10. NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 481.

11. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, op. cit., p. 275.

12. NALINI, José Renato. A Formação do Juiz após a Emenda à Constituição nº 45/04. Revista da Escola Nacional da Magistratura – Ano I, nº 01. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2006, p. 20

* Juiz de Direito Titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Entrância Final de Cascavel, Estado do Paraná. Professor e Coordenador de Prática Processual Penal da Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Cascavel-PR.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11692>> Acesso em: 08 set. 2008.