

A reforma processual penal de 2008 e a ordem de inquirição das testemunhas após a novel redação do art. 212 do CPP

Pedro de Araújo Yung-Tay Neto*

I. Introdução

Prevvia o art. 212 do Decreto-Lei n. 3.689/1941 (Código de Processo Penal), em sua redação original:

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.

Com o advento da Lei Federal n. 11.690, de 09 de junho de 2008, referido dispositivo legal passou a ter a seguinte redação:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Após a entrada em vigor da legislação reformadora, alguns estudiosos começaram a defender a interpretação de que o magistrado criminal estaria impedido de iniciar a inquirição das testemunhas podendo, tão-somente e ao final, complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos.

Desse modo, passaram a sustentar, ainda, que caso o Juiz inicie a oitiva das testemunhas, estará incorrendo em error in procedendo e violando o sistema acusatório previsto no art. 129, inciso I, da CF/88, o que ensejaria o cabimento de reclamação face à ausência de previsão de outro recurso para a espécie.

Em apertada síntese, os argumentos – equivocados, conforme procuraremos demonstrar – mais comuns dos defensores de tal pensamento são os seguintes:

1. O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema acusatório desde a Constituição Federal de 1988 (art. 129, I);

2. Os poderes instrutórios do Juiz no processo penal devem se limitar a uma atuação meramente suplementar;
3. O novo art. 212 do CPP alterou a ordem das perguntas entre partes e Juiz para que aquelas perguntem antes deste;
4. É equivocada a interpretação daqueles que argumentam que a única alteração do dispositivo foi permitir as perguntas diretas, sem alterar a ordem da inquirição;
5. Existe claro ranço inquisitivo no direito processual penal brasileiro eis que o CPP de 1941 foi concebido sob as luzes, dentre outras, das Ordenações Portuguesas;
6. A vontade da lei foi a de implantar um sistema garantista que assegurasse a imparcialidade do Juiz e a vontade do legislador foi a de permitir que, primeiro, as partes pudessem perguntar e, após, o Juiz teria a iniciativa probatória suplementar;
7. A reforma teve como objetivo assegurar a implantação do sistema acusatório puro;
8. A legislação infraconstitucional deve ser interpretada para dar o máximo de efetividade possível às normas constitucionais;
9. Haverá um prejuízo presumido e, conseqüentemente, a nulidade absoluta dos depoimentos colhidos caso a interpretação defendida para o novel art. 212 não seja observada.

II. O novel art. 212 do CPP e sua interpretação literal e doutrinária

Pela leitura dos dispositivos constantes da Lei Federal n. 11.690/2008, percebe-se claramente que o novel art. 212 do CPP não determina, em nenhum momento, que o Juiz deixe de iniciar a coleta da prova oral para exercer função meramente supletiva no curso da ação penal.

Em sentido diametralmente oposto, temos que a nova redação, em especial em seu parágrafo, veio apenas reforçar a possibilidade de o Juiz, além de iniciar a tomada dos depoimentos (como, aliás, lhe é expressamente determinado, sistematicamente, pelos artigos 185, 188, 201 e 473 do CPP, dentre outros), também poder, após a inquirição das partes, formular perguntas complementares para o melhor esclarecimento da verdade material.

Nesse norte, ao analisar a nova redação do art. 212 do CPP e seu parágrafo único, o magistrado paulista – referência do moderno direito processual penal brasileiro – professor Guilherme de Souza Nucci [01], afirma:

"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 re pergunta, 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 re pergunta 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.

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 re perguntas 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 re perguntas 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." (grifei)

E quanto ao preciosismo do legislador no tocante ao parágrafo único do novel art. 212 do CPP, o qual, juntamente com os demais artigos da mini-reforma processual, reafirma e amplia ainda mais os poderes instrutórios do juiz, arremata o mestre paulista [02]:

"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."

Observe-se que o fortalecimento dos poderes instrutórios do Juiz também faz parte da mais moderna e crescente doutrina processual civil mundial a qual – após muitas e muitas décadas sustentando que o julgador não deveria influir na instrução probatória, acabou por compreender a legitimidade democrática da atribuição de tais poderes ao

Juiz, o qual, antes de quedar-se inerte e passivo, como mero espectador de um duelo das partes, deve, sim, assumir uma posição de protagonista e dirigir realmente o processo, determinando a prática de todos os atos que se façam necessários para que a prestação jurisdicional possa se dar da melhor forma possível.

Nesse sentido é a lição do respeitado processualista e professor Alexandre Câmara [03]. Vejamos:

"A possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício está intimamente ligada à evolução do direito processual, que não mais admite um juiz passivo. Exige-se um julgador participante, que dirija realmente o processo, determinado a prática de todos os atos que se façam necessários para que a prestação jurisdicional possa se dar da melhor forma possível. Assim é que a determinação judicial para que se produza certa prova não deve ser considerada como meramente livre, desde o início do processo, e sejam as partes atuantes ou não neste sentido, para determinar a produção dos meios probatórios necessários à formação de seu convencimento.

Diverge, profundamente, a doutrina moderna acerca da possibilidade de o juiz, em um processo civil democrático, determinar ex officio a produção de provas. Não tenho, porém, qualquer dúvida em afirmar a legitimidade democrática da atribuição de tais poderes ao juiz. Como já tive oportunidade de sustentar em passagem anterior destas Lições, em um Estado que tenha a configuração do brasileiro, que busca a transformação da realidade social através da implementação de políticas públicas, o processo civil (microcosmo desse Estado) dever ser, também, ativo, cabendo ao juiz a implementação dessas políticas e a busca de decisões verdadeiras (isto é, comprometidas com a verdade). Assim, é preciso reconhecer o poder do juízo de determinar, de ofício, a produção das provas que sejam necessárias para que o juiz encontre a verdade e atue, corretamente, a vontade concreta do ordenamento jurídico." (grifei)

Assim, dentro da moderna teoria (e necessidade!) de fortalecimento dos Órgãos do Poder Judiciário como forma de se buscar decisões comprometidas com a verdade real e que sirvam para, verdadeiramente, ajudar a transformar a realidade social de nosso país [04], a correta interpretação do parágrafo único do art. 212 parece ser, de fato, aquela que apenas reafirma a possibilidade de o Juiz, após colher o depoimento das testemunhas e passar a palavra ao Ministério Público e à Defesa para que formulem suas perguntas diretamente, também poder, ao final, complementar a inquirição para dirimir qualquer dúvida que eventualmente ainda paire nos autos.

Ademais, como imaginar que, no processo civil (que cuida de matéria eminentemente privada), os doutrinadores defendam uma maior participação da autoridade judiciária na coleta de provas e na busca da verdade materialmente possível e, no processo penal (que trata de matéria eminentemente pública), tal atuação passe a ser vedada, reservando ao Juiz um papel de mero espectador do duelo das partes?

Nesse particular, interessante notar que a tese dos que defendem posição contrária também esbarra na lição de outros grandes processualistas penais brasileiros.

A professora Ada Pellegrini Grinover, titular da cadeira de direito processual penal da Universidade de São Paulo, reconhecidamente uma das maiores defensoras da introdução do sistema acusatório no ordenamento jurídico-penal brasileiro, possui entendimento diametralmente oposto ao daqueles que defendem a supressão dos poderes instrutórios do Juiz no processo penal.

Não obstante ser considerada como uma das idealizadoras das reformas processuais penais que ora estão se incorporando no ordenamento jurídico-penal brasileiro, a mestra da USP, ao analisar a iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório, afirma [05]:

"A observância das normas jurídicas postas pelo direito material interessa à sociedade. Por via de consequência, o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social.

Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes.

Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.

O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a par condicio. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.

Nessa visão, que é eminentemente política, é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário.

Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva

decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele.

Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento.

Mas, se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Até as regras processuais sobre a preclusão, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao poder-dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos." (grifei)

Também o renomado jurista Luiz Flávio Gomes e os festejados professores e membros do Ministério Público de São Paulo, Rogério Sanches e Ronaldo Batista, afirmam com absoluta lucidez, que a nova redação do art. 212 do CPP em nada deve alterar a ordem das perguntas em audiência. Peço vênha para transcrever excertos de um dos primeiros livros editados a respeito das reformas processuais penais. Senão vejamos:

"A leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece ser exatamente 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. Afrontaria mesmo nossa tradição conceder-se, desde logo, a palavra às partes, para que o juiz, por último, pudesse perguntar á testemunha. Melhor que fiquemos com a fórmula tradicional, arraigada na "praxis" forense, pela qual o juiz dá início às suas indagações para, depois, facultar às partes a possibilidade de, também, inquirirem a testemunha, desta feita diretamente, sem a necessidade de passar, antes pelo filtro judicial". [06]

No mesmo sentido, ainda, é o entendimento do culto professor e colega de magistratura do Distrito Federal e Territórios, Dr. Fernando Tavernard, o qual, ao analisar a nova redação do art. 212 do CPP, destaca sua visão sistêmica a respeito das mudanças introduzidas pela reforma, em especial o fato de que a lei reformadora em nada modificou a ordem das perguntas às partes, entendimento esse que ratifica e autoriza – na esteira do pensamento de Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Câmara,

Guilherme de Souza Nucci, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches e Ronaldo Batista – a interpretação que estamos a adotar. Vejamos excertos de seu artigo [07]:

"(...) Em interpretação preliminar (literal), ter-se-ia a idéia de que o julgador apenas indagaria a testemunha após a inquirição primária da promotoria criminal ou do querelante e da defesa, e mesmo assim de modo complementar, como se estivesse equidistante da produção probatória, entregue principalmente às partes (sistema acusatório puro).

Ledo engano. A cogitada norma não inverteu a ordem procedimental. Acentuou tão-somente a conveniência da perquirição ser também conduzida pelos próprios interessados na melhor exploração dessa específica prova subjetiva, quer dizer, retirou o obstáculo (incondicional intermediação do juiz) que não raro constituía imediata repetição de pergunta bem inteligível. Deixou o magistrado de ser "intérprete" das partes para a testemunha e vice-versa. Agora a comunicação entre o inquirido e os demais sujeitos da relação processual (inclusive o assistente da acusação) é plena, mas sob a fiscalização judicial que vetará indagação impertinente (induzir resposta, sem relação com a causa ou repetição de outra já respondida).

É de se pontuar que, fossem as partes os primeiros inquiridores, não faria sentido a não admissão de pergunta "já respondida" (controle judicial), se tivermos em mente a prematura perquirição da testemunha de acusação pela própria promotoria criminal ou querelante.

De outro ângulo, a norma situa-se no capítulo atinente à prova e não ao procedimento. Aliás, tanto no rito ordinário quanto no sumário, a ordem de produção da prova subjetiva em única audiência é a seguinte: oitiva do ofendido, inquirição das testemunhas da acusação e depois as da defesa, esclarecimentos dos peritos (e dos assistentes técnicos), acareações, reconhecimento de pessoas e interrogatório (CPP, artigos 400 e 531).

Nas perguntas direcionadas aos ofendidos, peritos, assistentes técnicos e acusados não foi contemplada a "primária" inquirição direta pela promotoria criminal ou pelo querelante ou pelo defensor. Por sinal, no interrogatório, as partes questionam o réu após o julgador (CPP, artigo 188), o que afasta a idéia de absoluta adaptação - dos mencionados ritos - ao sistema de catalogação da prova em depoimento cruzado (cross-examination norte-americano ou verhören alemão).

Ademais, outros imbróglios surgiriam a fortalecer a conveniência da homogênea tomada dos depoimentos primeiramente pelo magistrado: a) testemunha do juízo e/ou referida (indicada intempestivamente a pedido das partes ou por insistência do juiz após a desistência da respectiva parte); b) acareação entre testemunhas da acusação e da defesa ou entre testemunhas comuns (arroladas pelas partes) ou entre acusado e testemunha; c) direito do assistente da acusação à inquirição direta, como parte coadjuvante da promotoria criminal, mas com interesse imediato à reparação dos danos (CPP, artigo 63, parágrafo único); d) réus com defensores diversos e a factível insistência de perguntas desviantes a recomendar freqüente atuação controladora do

juiz, especialmente nas ações privadas; e) risco de malogro do reconhecimento de pessoa em audiência, por condução inadequada da inquirição direta pela parte.

A interferência complementar judicial a que alude o parágrafo único do artigo 212 do CPP se operaria na perquirição isolada de cada testemunha, exatamente para que o magistrado não perca o enredo e possa esclarecer imediatamente o ponto duvidoso, sobretudo em virtude da possibilidade de gravação dos depoimentos (CPP, artigo 405 e parágrafos).

Entretantes, é o juiz quem adverte o sujeito acerca do falso testemunho e conhece da contradita formulada pelas partes (CPP, artigos 210 e 214). E para que a testemunha não se assuste com o súbito "despejo" de expressões jurídicas em prol da (i)doneidade do depoimento primeiramente a ser tomado pela promotoria criminal, querelante ou defensor e também para se obviar nulidades em razão das citadas situações processuais (v.g. inversão da ordem da indagação "primária"), mais prudente que a produção originária desse meio de prova seja efetuada pelo dominus processus.

Assim se facilitaria o controle das perguntas impertinentes e se impediriam a alternância de iniciativa na perquirição e, conseqüentemente, a assimétrica condução e realização da única audiência instrutória (ora o juiz começaria a tomada do depoimento, ora as partes). Prestigia-se, pois, a harmonia procedimental: inquirição primária pelo destinatário da prova (jugador - CPP, artigo 251) e, ato contínuo, os questionamentos diretamente formulados pelas partes (promotoria criminal, assistente da acusação, querelante, defensor).

Por fim, não se revelaria absolutamente incompatível ao processo penal a adoção pontual da inquirição direta do ofendido, peritos, assistentes técnicos e acusado, desde que posteriormente à perquirição judicial e com a prévia solicitação e/ou anuência das partes (CPP, artigos 3º, 212, 563 e 565)". (grifei)

Também o eminente magistrado e coordenador de prática processual penal da Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Cascavel/PR, professor Juliano Nanuncio, ratifica, integralmente, o entendimento de que o art. 212 do CPP não alterou a ordem das perguntas a serem formuladas às testemunhas bem como que o fato de o Juiz iniciar a inquirição das testemunhas não fere o sistema acusatório. Vejamos fragmentos de suas lições [08]:

"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 esculpados 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.

(...)

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.

(...)

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."

Dessa forma, considerando que a nova redação do art. 212 do CPP não promoveu nenhuma alteração sistêmica do direito processual penal brasileiro, em especial diante do fato de que todos os demais artigos do código de processo penal continuam determinando – expressamente na maioria dos casos – que o Juiz seja o primeiro a interrogar o denunciado, bem como o primeiro a tomar o depoimento dos ofendidos, acareados, peritos, assistentes técnicos e testemunhas, correta a decisão do magistrado que inicia a coleta das provas testemunhais na audiência de instrução e julgamento.

III. Do sistema de nulidades do CPP brasileiro, ainda em vigor, e a impossibilidade de declaração de nulidade sem a comprovação de prejuízo – princípio do *pas de nullité sans grief*

Importante pontuar, não obstante eventuais alegações em contrário, que mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988 e até a presente data o Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (código de processo penal brasileiro) continua em plena vigência e produzindo todos os efeitos legais dentro do ordenamento jurídico-penal brasileiro, tendo sido devidamente recepcionado pela Constituição Cidadã em todos os artigos cuja aplicabilidade não foi afastada pelo Excelso Pretório nesses quase 20 (vinte) anos de vigência da Carta Política.

Desse modo, analisando a possibilidade de interposição de eventual recurso contra ato de Juiz que, corretamente, inicie a coleta da prova testemunhal, imediatamente surge o seguinte questionamento: qual seria o prejuízo sofrido pelo MP, pela Defesa ou mesmo pelo acusado em razão de o Estado-Juiz, presidente do ato e destinatário imparcial das provas colhidas, ter iniciado as indagações às vítimas e testemunhas?

Esclareça-se: vítimas e testemunhas essas arroladas pelo órgão ministerial e/ou pela Defesa, trazidas para o bojo de uma ação penal onde a única missão do Juiz é a tentativa de descoberta da verdade real (ou verdade materialmente possível dentro das limitações do processo), por intermédio das provas (testemunhais, no caso) que lhe foram indicadas pelas próprias partes, limitando-se o Juiz, ainda, e com suas perguntas, a uma tentativa de encadear e registrar logicamente os fatos relevantes que tais testemunhas possam saber.

Repise-se que o fato de o Juiz iniciar a oitiva das testemunhas arroladas e indicadas exclusivamente pelas partes, além de ser a determinação sistêmica do próprio CPP, em nada viola o sistema acusatório e, muito menos, traz qualquer prejuízo às partes.

Note-se que no direito processual civil – onde a matéria submetida ao crivo jurisdicional geralmente é afeta ao rol dos direitos disponíveis dos cidadãos – os Juízes sempre iniciam a coleta dos depoimentos pessoais das partes e das testemunhas arroladas sendo que nunca houve qualquer tipo de questionamento acerca de eventual prejuízo às partes em razão do Órgão Judicial iniciar essa coleta ou mesmo que o ativismo jurisdicional comprometeria, de alguma forma, a imparcialidade do julgador.

O argumento utilizado pelos defensores de entendimento diverso é o de que as mudanças introduzidas pela nova Lei estariam assegurando um sistema garantista; a imparcialidade do magistrado e a própria efetividade do sistema acusatório puro, já previsto e determinado pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, inciso I), mas ainda não devidamente praticado no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Surgem, então, alguns questionamentos.

Considerando a afirmação de que a Carta Magna Republicana, já desde 1988, teria introduzido o sistema acusatório puro no Brasil; considerando a alegação de que quando o Juiz inicia a inquirição de testemunhas estaria violando referido sistema acusatório; considerando, ainda, que a norma do art. 212 recém reformado – para a corrente que defende opinião contrária – não passaria de mera afirmação do sistema já introduzido pela Carta Política no art. 129, inciso I de seu texto, então todos os processos criminais julgados desde o advento da Constituição de 1988 até a presente data também estariam eivados de nulidades insanáveis, em virtude da imensa maioria dos Juízes Brasileiros (senão todos!) terem, supostamente, violado o sistema previsto pela Constituição Federal?

Haveria, então, a necessidade de se anular todos os processos criminais já julgados desde o dia 05 de outubro de 1988, até a presente data, para que se pudessem repetir todos os atos processuais viciados?

Ora, se fosse procedente a alegação de que o sistema acusatório puro foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988 e se também fosse procedente a alegação de que quando o Juiz – imparcialmente – formula perguntas às testemunhas indicadas pelas partes isso, ipso facto, violaria o princípio acusatório e geraria nulidade insanável, então também teria de ser procedente a alegação de que todas as ações penais processadas e julgadas desde o advento da Constituição Republicana de 1988 – onde tenha havido oitiva de testemunhas – são nulas na origem e devem se repetir todos os atos processuais viciados, inclusive gerando para o Estado o dever de indenizar todos aqueles sentenciados que foram indevidamente processados, tiveram o trânsito em julgado de suas sentenças certificado e cumpriram integralmente suas penas!

Não nos parece que essa seja uma interpretação razoável.

Primeiramente, e não obstante o profundo respeito deste autor por todos aqueles que defendam eventuais posicionamentos em contrário, tenho que – além de não haver, efetivamente, nenhuma ofensa ao sistema acusatório quando o Juiz-Imparcial é o primeiro a colher o depoimento das testemunhas arroladas pela partes – o art. 212 do CPP e seu parágrafo único não determina que as perguntas sejam iniciadas pelo Ministério Público, não reserva ao Juiz o papel de mero espectador e, muito menos, também não relega a atividade judicial a uma atividade meramente supletiva.

Como é cediço, os códigos de processo têm como destinatários principais os Órgãos do Poder Judiciário.

Ou seja, as normas processuais, em sua grande maioria, são confeccionadas com vistas a orientar a atuação jurisdicional bem como esclarecer como deve ser o impulso oficial ao qual os processos estão subordinados.

Dessa forma, não é raro as normas processuais – quando endereçam seus comandos aos Órgãos do Poder Judiciário – omitirem a menção expressa à autoridade judiciária, não obstante estarem a ela endereçadas.

E assim ocorreu, por exemplo, com o reformado art. 212 do CPP, o qual, mesmo antes da vigência da atual Constituição, não dizia que o Juiz era o primeiro a formular as indagações às partes e, mesmo assim, os Juízes, como destinatários das provas, sempre iniciaram a coleta das provas.

De outro modo, também não é incomum que as leis processuais indiquem, expressamente, qual dos sujeitos processuais deve fazer o quê e em que ordem.

Assim é que, no próprio sistema desta micro-reforma do CPP, o art. 473 (alterado pela Lei Federal n. 11.689/2008), determina que prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o Juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

Como imaginar que, dentro de um mesmo sistema processual co-exista uma norma que – em sede de julgamento plenário pelo Tribunal do Júri, onde o destinatário da prova é o Conselho de Sentença e, não, o magistrado – determine que o Juiz-Presidente inicie a tomada de declarações das pessoas que devem ser ouvidas e, dentro do mesmo sistema, determine que outro sujeito processual – nos feitos submetidos ao julgamento pelo Juiz singular – inicie as perguntas impedindo que a autoridade judiciária busque a verdade material no momento processual que achar mais adequado?

Da mesma forma, o art. 201, caput, do CPP (alterado pela Lei Federal n. 11.690/2008) determina que sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

Tendo em vista que o Código não diz, expressamente, qual sujeito processual deverá qualificar, perguntar sobre as circunstâncias da infração e tomar por termo suas declarações, quem deverá fazê-lo?

Será o Juiz.

E o fará primeiramente, passando a palavra ao Órgão da acusação e, posteriormente, à Defesa.

Note-se que a novel redação do art. 201 e seguintes do CPP não diz, em nenhum momento, que após a coleta das declarações do ofendido o Juiz deve dar a palavra às partes para que também formulem suas perguntas.

E não diz justamente porque é lugar comum entre os operadores do direito que deve haver o exercício do contraditório relativamente a qualquer prova produzida nos autos, bem como se deve possibilitar aos réus em ação penal a mais ampla defesa possível.

Do mesmo modo ocorre com a nova redação do art. 212 do CPP.

O artigo 212 – nem na antiga nem na nova redação – nunca disse que o Juiz seria o primeiro a formular suas perguntas às testemunhas.

Entretanto, o Juiz sempre iniciou a coleta dos depoimentos.

Isso em razão de sua imparcial e desinteressada atividade de tentativa de descoberta da chamada verdade real, ou mesmo em razão do próprio mandamento legal, que ainda hoje determina que é o Juiz quem deve redigir e reduzir a termo o depoimento prestado pelas testemunhas (artigos 215 e 216 do CPP), o que só poderá ocorrer de forma minimamente lógica e encadeada se for o próprio Juiz quem iniciar a coleta.

Se assim não fosse, e se de fato a lei – em algum momento futuro da história processual penal brasileira [09] – determinar que a acusação inicie a coleta do depoimento a ser prestado pela testemunha, o qual deverá ser redigido pelo Juiz (art. 215), mediante redução a termo (art. 216) que, no Distrito Federal é feito por intermédio de ditado direto do magistrado para o secretário de audiência, certamente haveria inúmeras dificuldades operacionais para a concretização de tal mudança, dificuldades essas que certamente seriam superadas com o esforço do labor dos magistrados brasileiros, mas que, dificilmente, espelharia a tradição jurídica de nossa sociedade e, muito menos, o real desejo de nossa população – a qual sempre depositou no Juiz a certeza de que seria um indivíduo encarregado da descoberta da verdade real e da administração da Justiça com equidade, imparcialidade e destemor, o que, a toda evidência, só é possível quando se conferem ao magistrado os poderes necessários para perscrutar a realidade.

Da mesma forma, verifico não proceder a alegação de que a presente interpretação ensejaria prejuízo à acusação ou à defesa e que o ato praticado seria nulo, acarretando a necessidade de sua repetição.

Bem sabemos que no direito processual penal nenhum ato será declarado nulo se o prejuízo não for demonstrado.

De acordo com o professor Fernando da Costa Tourinho Filho, "nulo é o ato imperfeito, defeituoso, atípico, a que se aplicou a sanção de ineficácia" [10].

Mais adiante, e sobre o princípio do *pas de nullité sans grief*, leciona o respeitado mestre:

"Em matéria de nulidade, e para simplificar o rigorismo formal, foi adotado o princípio do *pas de nullité sans grief*". Não há nulidade sem prejuízo. Para que o ato seja declarado nulo é preciso haja, entre a sua imperfeição e o prejuízo às partes, um nexu efetivo e concreto. Se, a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade. A não ser que se trate de "nulidade absoluta", cujo prejuízo é presumido. O prejuízo, aqui, evidentemente, é "juris et de jure"... inadmitindo prova em contrário". [11]

Guilherme de Souza Nucci, também escreve sobre os princípios que regem as nulidades. Senão vejamos:

"Registremos que a forma prevista em lei para a concretização de um ato processual não é um fim em si mesmo, motivo pelo qual se a finalidade para a qual se pratica o ato foi atingida, inexistente razão para anular o que foi produzido. Logicamente, tal princípio deve ser aplicado com maior eficiência e amplitude no tocante às nulidades absolutas, é presumido pela lei, não se admitindo prova em contrário". [12]

Dessa forma, considerando que a lei em nenhum momento determinou a alteração do rito procedimental no que pertine à ordem das inquirições, bem como que não há nenhum prejuízo efetivo – nem para a Defesa nem para a Acusação – não há falar-se em anulação de nenhum ato judicial sem que haja efetiva demonstração de prejuízo.

Neste particular, a exposição de motivos do Código de Processo Penal ainda em vigor, também deixa bastante claro que a intenção do sistema brasileiro como um todo é a sanabilidade dos atos. Vejamos excertos da exposição de motivos:

"Item XVII – AS NULIDADES – Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, "um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito "mínimo" que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos".

O projeto não deixa respiradouro para o frívolo "curialismo", que se compraz em espiohar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa.

Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.

Fora desses casos, ninguém pode invocar direito à irredutível à subsistência da nulidade.

(...)

Se a parte interessada não argúi a irregularidade ou com esta implicitamente se conforma, aceitando-lhe os efeitos, nada mais natural que se entenda haver renunciado ao direito de argüi-la. Se toda formalidade processual visa um determinado fim, e este fim é alcançado, apesar de sua irregularidade, evidentemente carece esta de importância. Decidir de outro modo será incidir no despropósito de considerar-se a formalidade um fim em si mesma.

É igualmente firmado o princípio de que não pode argüir a nulidade quem lhe tenha dado causa ou não tenha interesse na sua declaração. Não se compreende que alguém

provoque a irregularidade e seja admitido em seguida, a especular com ela; nem tampouco que, no silêncio da parte prejudicada, se permita à outra parte investir-se no direito de pleitear a nulidade."

Reafirmando a idéia de que o atual Código de Processo Penal foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, bem como todos os seus princípios – em especial no que pertine ao sistema de nulidades – encontram-se as recentíssimas decisões do Excelso Pretório (STF) [13] e do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), as quais afirmam que eventuais nulidades só podem ser declaradas se o efetivo prejuízo for demonstrado:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE ABSOLUTA. PROCEDIMENTO DO JÚRI. FALTA DE COMPARECIMENTO DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DOSIMETRIA DA PENA. CONTINUIDADE ESPECÍFICA. TENTATIVAS DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Duas são as questões de direito tratadas neste habeas corpus: a) pretensa nulidade absoluta no julgamento do paciente pelo tribunal do júri em razão do não-comparecimento de duas testemunhas; b) alegado equívoco na dosimetria da pena imposta ao paciente devido à continuidade delitiva. 2. No Direito brasileiro, a falta de qualquer das testemunhas não será motivo para o adiamento da sessão do tribunal do júri, salvo se alguma das partes houver requerido sua intimação, declarando expressamente não prescindir do depoimento, com indicação de seu paradeiro para intimação (CPP, art. 455, caput). 3. Com o advento da Lei n° 11.689, de 09 de junho de 2008 (que ainda não está em vigor, devido ao prazo de *vacatio legis*), há clara indicação do desestímulo quanto à não-realização da sessão de julgamento pelo tribunal do júri. Assim, o julgamento não será adiado em razão do não comparecimento do acusado solto, do assistente de acusação ou do advogado do querelante que fora regularmente intimado (nova redação do art. 457, do CPP). A respeito do não comparecimento de testemunha, o art. 461, do CPP (na nova redação dada pela referida Lei n° 11.689/08), reproduz substancialmente o tratamento atual. 4. Não houve o apontado vício na sessão de julgamento, tanto assim é que constou da própria ata de julgamento o requerimento feito pela defesa no sentido da substituição de testemunha, o que foi indeferido. 5. O Direito Processual Penal, na contemporaneidade, não pode mais se basear em fórmulas arcaicas, despidas de efetividade e distantes da realidade subjacente, o que é revelado pelo recente movimento de reforma do Código de Processo Penal com a edição das Leis n°s. 11.689 e 11.690, ambas de 09 de junho de 2008, inclusive com várias alterações no âmbito do procedimento do tribunal do júri. 6. O regime das nulidades processuais no Direito Processual Penal é regido por determinados princípios, entre os quais aquele representado pelo brocardo *pas de nullité sans grief*. A impetrante não indica, concretamente, qual teria sido o prejuízo sofrido pelo paciente. (...). 9. Habeas corpus denegado. (STF – HC 92819 / RJ, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 24/06/2008, Segunda Turma, public. 15-08-2008 – Grifei)

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. (ART. 214 C/C ART. 224, AMBOS DO CPB). AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO DA PAUTA DE

JULGAMENTO DOS RECURSOS DE APELAÇÃO. NULIDADE AFASTADA EM RAZÃO DO LAPSO TEMPORAL JÁ DECORRIDO E DA AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER PREJUÍZO À DEFESA. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, constitui prerrogativa da Defensoria Pública, ou de quem lhe faça as vezes, a intimação pessoal para todos os atos do processo, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, a teor dos arts. 5o., § 5o. da Lei 1.060/50 (acrescido pela Lei 7.871/89), 370, § 4o. do CPP e 128 da LC 80/94. 2. Contudo, a hipótese em comento apresenta particularidade apta a afastar tal orientação, porquanto o julgamento das Apelações manejadas pela acusação e pela defesa ocorreu em 24 de fevereiro de 2005, portanto, há mais de três anos. Outrossim, o mandado de prisão foi cumprido em 27 de setembro de 2007 (fls. 214), não tendo sido suscitada pela Defensoria Pública qualquer alegação de prejuízo, não sendo razoável acolher-se, somente nesse momento processual, a pretensão ora deduzida por meio de advogado regularmente constituído, sem que se vislumbre a existência de real prejuízo à defesa, consoante bem asseverado no parecer do MPF. 3. O Direito Processual Brasileiro é informado, no que toca às nulidades, pelo princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não se declara nulidade sem a efetiva demonstração de prejuízo para a parte que a alega, o que, deveras, não ocorreu na espécie. 4. Ordem denegada, em conformidade com a manifestação do Ministério Público Federal. (STJ – HC 97533 / MG, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 19/06/2008, Data da Publicação/Fonte: DJe 04.08.2008 – Grifei)

Assim, além da nova redação do art. 212 não ter alterado a ordem das perguntas durante a audiência – devendo o Juiz continuar formulando, inicial e imparcialmente, seus questionamentos para, só após, passar a palavra ao Órgão de acusação e à Defesa que deverão inquirir diretamente a testemunha, sem a intermediação do Julgador – também não há falar-se em qualquer vício que autorize a interposição de recurso face à absoluta ausência de prejuízo concreto no sentido de que o Juiz, ao cumprir sua missão constitucional e legal de buscar a verdade materialmente possível dentro do processo, formulando suas perguntas dentro do sistema previsto no CPP teria de algum modo, causado qualquer tipo de dano às partes.

Fazendo uma sensata e aguda análise da árdua tarefa dos Juízes brasileiros, a eminente Ministra Ellen Gracie – durante o exercício da Presidência do Excelso Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, no dia em que o Poder Judiciário Brasileiro abriu mão do feriado do dia da Justiça, em 08 de dezembro de 2006, para realizar mutirões de conciliação em todos os Juizados Cíveis, Criminais, Trabalhistas e Federais do país – vaticinou com a serenidade que lhe é peculiar:

"Nós, magistrados, recebemos de segunda e terceira mão a realidade dos fatos; quem conhece as motivações explícitas e ocultas que estão por trás de cada processo judicial são as partes envolvidas. O que fazemos, com grande esforço, dedicação e seriedade, é uma tentativa de enxergar através desse nevoeiro e buscar a solução mais próxima da Justiça." [14]

Desta feita é que, data maxima venia aos entendimentos divergentes, não se nos afigura sequer imaginável a possibilidade de o Juiz "enxergar através do nevoeiro" dos fatos que lhes são trazidos pelas vítimas, testemunhas e demais provas carreadas aos autos, se não puder, responsável, consciente, imparcial, mas livremente e com independência, exercitar seus poderes instrutórios no curso da ação penal, poderes esses que – em primeira e única instância – servem, tão somente, para resguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, tarefa atribuída ao Poder Judiciário desde a concepção Montesquiana da tripartição de poderes.

Nunca é demais reforçar que a própria concepção ontológica do Juiz contemporâneo, entendido dentro de um Estado Democrático de Direito, faz com que sua atividade deva ser exercida de forma absolutamente imparcial e equidistante das partes, sendo certo que suas funções no mundo moderno jamais podem ser confundidas – como podem argüir os defensores do posicionamento contrário – com a atividade do Monarca-Julgador ou da Igreja-Inquisidora da idade das trevas.

Esse, aliás, é o próprio espírito do atual CPP, enumerado em sua exposição de motivos. Vejamos:

"Item XVIII – O ESPÍRITO DO CÓDIGO – Do que vem de ser ressaltado, e de vários outros critérios adotados pelo projeto, se evidencia que este se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade. Se ele não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais."

IV. Do espírito do atual CPP enquanto sistema de normas ainda em vigor e a função do Juiz Criminal, dentro do sistema acusatório adotado pelo direito brasileiro

Uma vez mais, importante a transcrição de excertos da Exposição de Motivos do atual CPP, em especial o trecho relativo às provas, onde o legislador determina, expressamente, que o Juiz "deixará de ser um expectador inerte da produção de provas" e que sua intervenção na atividade processual é permitida tanto para "dirigir a marcha da ação penal e julgar a final" quanto para, inclusive, "ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade". Senão vejamos:

"Item VII – AS PROVAS - O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da "certeza legal". Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma "hierarquia" de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, "prova plena" de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, "ex vi legis", valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas

constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que "livre convencimento" não que dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de "preconceitos legais" na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de "motivar" a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.

Por outro lado, o juiz deixará de ser um expectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a "preclusões". Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o "in dubio pro reo" ou o "non liquet".

Como corolário do sistema de livre convicção do juiz, é rejeitado o velho brocardo "testis unus testis nullus". Não se compreende a prevenção legal contra a "voix d'um", quando, tal seja o seu mérito, pode bastar à elucidação da verdade e à certeza moral do juiz. Na atualidade, aliás, a exigência da lei, como se sabe, é contornada por uma simulação prejudicial ao próprio decoro ou gravidade da justiça, qual a consistente em suprir-se o "mínimo legal" de testemunhas com pessoas cuja insciência acerca do objeto do processo é previamente conhecida, e que somente vão a juízo para declarar que nada sabem.

Outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que "Nemo tenetur se detegere" (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção. É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, à formação do convencimento do juiz."

Note-se que o código, em nenhum momento, afirma que a atividade do Juiz deve se confundir com a atividade do Órgão acusador ou da Defesa e, muito menos, que o Juiz deve se substituir à importante função acusatória do Ministério Público, reservando, sim, ao Julgador, o indelegável mister de, após a descoberta da verdade real – a qual, por óbvio, jamais poderia ser atribuída à Acusação nem à Defesa e muito menos poderia ser obtida com sua inércia no curso do processo – aplicar o direito ao caso concreto visando à pacificação social com Justiça.

Assim, aliás – e ao revés do que algumas vozes procuram sustentar – é que se estrutura o sistema acusatório brasileiro, lamentavelmente ainda pouco compreendido em sua verdadeira essência.

Tal sistema, verdadeiramente importante e fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito, precisa ser corretamente entendido como aquele que atribui a Órgãos Estatais distintos, as funções de acusar, defender e julgar.

Assim é que a Carta Magna Republicana de 1988, em seu art. 129, inciso I, afirmou ser função institucional do Ministério Público a promoção, privativa, da ação penal pública, na forma da lei.

Com isso reservou ao Ministério Público a importante missão de – após estar convencido da existência de um crime e de indícios suficientes de sua autoria – submeter ao Poder Judiciário uma denúncia e requerer que, ao final do processo, o autor da conduta sofra as sanções previstas em lei.

Ao formular sua denúncia, deve o Órgão ministerial – por ser o encarregado privativo da promoção da ação penal pública – requerer ao Juiz a produção de todas as provas que entender necessárias ao convencimento do Órgão julgador o qual, caso estejam em harmonia com o sistema jurídico-penal, irá deferir sua produção.

À Defesa compete o mesmo ônus. Ou seja, o de apresentar ao Julgador todas as provas que deseja sejam conhecidas no curso da ação penal.

Ao Magistrado, ao revés, compete determinar a produção das eventuais provas requeridas, bem como delas conhecer para, após perquirir a verdade materialmente possível, proferir sua decisão de acordo com o sistema de livre apreciação de provas.

Ocorre que, uma vez apresentadas ao Juiz as provas que as partes desejam sejam conhecidas, impõe-se ao Magistrado que saia de sua inércia processual para que possa – inclusive como destinatário final da prova – perscrutar a verdade por intermédio do exercício de seus poderes instrutórios.

Quer dizer: o Ministério Público e a Defesa possuem a relevante e indelegável missão de apresentar ao Juiz as provas que desejam ver colhidas e valoradas, sendo que, uma vez apresentadas ao Julgador, a este compete buscar a verdade real por intermédio delas.

Desse modo é que, uma vez arroladas testemunhas pelas partes, compete ao Juiz buscar a verdade materialmente tangível – até para que possa condenar ou absolver o réu com a segurança necessária para tanto – colhendo os depoimentos do modo mais efetivo possível.

É equivocada a idéia de que ao iniciar a inquirição estaria o Juiz ferindo o sistema acusatório ou mesmo perdendo sua imparcialidade.

Muito pelo contrário.

Ao iniciar a formulação das perguntas endereçadas ao réu, ao ofendido e às testemunhas – como determina a lei (artigos 185, 188, 201, 212 e 473, dentre outros) – está o Juiz no exercício de sua absoluta imparcialidade, eis que procura a isenta narrativa dos fatos, diferentemente do MP, a quem a Constituição atribui o dever de acusar (podendo, obviamente, requerer a absolvição ao final, se o caso) e da Defesa, que procurará, sempre, a melhor situação jurídica para o denunciado.

A propósito, vejamos como o Supremo Tribunal Federal tem entendido os poderes instrutórios do Juiz no sistema processual penal brasileiro.

V. Os poderes instrutórios do Juiz dentro do sistema acusatório brasileiro e na visão do Excelso Supremo Tribunal Federal (STF)

Em nosso sentir, o sistema processual penal adotado no Brasil não pode ser designado como acusatório puro, pois não só na fase inquisitorial, como também na fase da ação penal propriamente dita – processo *stricto sensu* – o sistema acusatório temperado (ou inquisitivo-garantista) encontra-se presente em nossa realidade.

Ademais, e a toda evidência, o processo anglo-saxão, pelo só fato de ter sido adotado em alguns países da Europa, não significa que seja o mais adequado para a nossa realidade.

Inclusive, não é rara a sensação de que alguns estudiosos brasileiros limitam-se a repetir – sem qualquer reflexão – determinados conceitos que vêm sendo propagados como verdade absoluta, mesmo sem os indispensáveis questionamentos críticos acerca da viabilidade de sua aplicação na realidade sócio-política-jurídica-cultural brasileira.

A adoção de um sistema deve observar as idiosincrasias de cada povo. Nesse sentido, aderimos à doutrina do professor Guilherme de Souza Nucci, que, de forma bastante acertada, chamou nosso sistema de "inquisitivo garantista ou misto". Ele nos ensina, com bastante propriedade, o motivo pelo qual adotamos um "termo-médio", ou seja, um sistema considerado misto:

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

Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constitucional e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir à realidade pretender aplicar somente a

Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto.

É certo que muitos processualistas sustentam que o nosso sistema é acusatório. Mas baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.). Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório.

(...) Nosso sistema é "inquisitivo garantista", enfim, misto.

Defender o contrário, classificando como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando à formação da sua "opinio delicti" e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém ..." [15]

De todo modo, e para não pairar quaisquer dúvidas a respeito da verdadeira natureza jurídica do sistema processual penal por nós adotado, importante transcrever parte dos votos proferidos pelos eminentes Ministros Carlos Mário da Silva Velloso e Sepúlveda Pertence quando do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570-2, a qual questionava a constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.034/1995, que instituía poderes instrutórios ao Juiz, permitindo que ele, pessoalmente, realizasse diligências.

O Excelso Pretório, julgando constitucional a possibilidade de o Juiz realizar, pessoalmente, inúmeras diligências previstas na Lei de combate e prevenção de ações praticadas por organizações criminosas, limitou-se a declarar a inconstitucionalidade de parte do artigo, exclusivamente no que se referia aos dados fiscais e eleitorais, mantendo, na íntegra, todas as demais disposições.

No desenrolar do julgamento, Sua Excelência, o Ministro Sepúlveda Pertence – registre-se, ex-membro do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios – destaca que o Juiz, no processo penal, não é passivo ou neutro, possuindo, efetivamente, poderes instrutórios.

Do mesmo modo, Sua Excelência, o Ministro Carlos Velloso, afirma que a figura do Juiz estático, espectador, está absolutamente superada, devendo o magistrado participar ativamente da busca da verdade real. Vejamos parte dos votos proferidos:

"O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: - Senhor Presidente, peço licença para divergir de Vossa Excelência.

A figura do juiz estático, espectador, do tempo em que o processo nada tinha de público, está superada. O processo hoje tem natureza pública e nele o juiz tem participação ativa na busca da verdade.

Li o artigo de notável cronista de um jornal do Rio de Janeiro, em que ele dizia justamente o seguinte: sempre que um juiz fiscaliza de perto um processo, o resultado sai mais favorável à verdade.

Quero dizer que o processo, hoje, não tem sentido privatístico, em que o juiz era mero expectador. O juiz conduz o processo, conduz a instrução e deve buscar a verdade material, em que vai se fundar o pronunciamento do Estado-juiz.

O art. 2º da Lei nº 9.034/95, inciso III, diz no seu caput:

"Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal" – neste ponto houve uma alteração – "são permitidos sem prejuízo, dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: III- o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais."

E o que faz o dispositivo, aqui acoimado de inconstitucional? Simplesmente diz que, na hipótese do inciso III do art. 2º, se ocorrer – veja a excepcionalidade – "possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça". Como isso pode tirar a imparcialidade do julgador?

É uma lei que, ao contrário, assegura garantias ao jurisdicionado, a fim de impedir que "o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais", seja divulgado. Coisa que assistimos quase todos os dias na imprensa.

Outro dia, um notável advogado me dizia que certas investigações ocorridas em Estados da Federação não são conhecidas pela defesa em razão do sigilo, mas pela imprensa sim.

Então penso que essa norma, ao contrário de tratar mal a Constituição, presta obséquio – com licença do eminente Ministro Sepúlveda Pertence – à justiça, às garantias constitucionais das pessoas.

Vossa Excelência citou parte de um voto meu em que digo ser da polícia a competência para instaurar inquéritos e, assim, realizar investigações. Continuo fiel a esse ponto de vista. Todavia, não encaro de forma ortodoxa essa posição. Nesta Casa,

recentemente, citei exemplo, formulado comumente pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence: se amanhã o Ministério Público receber uma carta com documentos, contendo uma acusação que possibilite a instauração de ação penal, ele o faz, dispensando o inquérito. Mais: se é procurado em seu gabinete por um cidadão com uma denúncia, ele não pode tomar o seu depoimento? É claro que pode. Seria desarrazoado o entendimento sustentando o contrário.

O que o Ministério público não pode fazer é baixar portaria e instaurar inquérito policial, que isto é da competência da polícia, está na Constituição.

Quero dizer mais: o fato de ser da polícia a atividade principal da investigação não significa que não poderia o juiz, em caráter excepcional, realizar uma diligência. Como juiz de primeiro grau, fiz muitas inspeções, que foram relevantes na busca da verdade material.

Desse modo, com essas breves considerações, peço licença a Vossa Excelência, cujos votos tenho costume de acompanhar, para, divergindo, julgar improcedente a ação".

(...)

"O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (...)

Digo apenas que, ao me referir à evolução histórica, não no sentido de aumentar os poderes instrutórios do juiz, mas, ao contrário, de diminuí-los, a meu ver, de modo absoluto na fase investigatória, na fase pré-processual, não pretendi elidir, no processo stricto sensu, eventuais iniciativas do juiz na instrução. Não estamos perante um juiz absolutamente neutro, pelo menos, na nossa versão de processo acusatório, que não é a do puro processo acusatório anglo-saxão, em que se tem, idealmente, o juiz totalmente passivo. De forma que não se afasta a constitucionalidade de iniciativas do juiz de aprofundamento ou complementação da prova no curso do processo, como foram os exemplos aqui citados da inspeção pessoal de pessoas ou coisas.

Com essas observações, não tenho a menor dúvida em acompanhar o voto de Vossa Excelência, Sr. Presidente, e saudar a sua vinda para nossa banda".

Desse modo, diante das lúcidas ponderações de dois dos mais representativos ministros que o Excelso Pretório já teve, não há como negar que o Juiz possui poderes instrutórios e que deve, sim, usar dessas prerrogativas para buscar a verdade real e formar o seu convencimento.

Quando a busca pelo ideal de Justiça é o objetivo visado, o magistrado não pode se limitar ao positivismo exacerbado em detrimento da verdade material.

A vocação dos magistrados e a consciência da indelegável função perante a sociedade devem sempre nortear a atividade jurisdicional. Valendo-nos das palavras de Lord Radcliffe, citado por Inocêncio Coelho: "Jamais houve controvérsia mais estéril do que

a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?" [16]

VI. A contramão da história: As novas funções do Estado-Juiz dentro da moderna doutrina do direito processual civil

Além da absoluta ausência de previsão legal para que o Juiz deixe de exercer sua missão constitucional e legal de busca da verdade materialmente possível, para tornar-se um ser praticamente inanimado no curso da ação penal, bem como diante da falácia de que o exercício dos poderes instrutórios do Juiz no curso da ação penal violariam, de qualquer modo, sua imparcialidade ou mesmo causariam qualquer tipo de prejuízo à acusação e à defesa, percebe-se, ainda, que a idéia de se reduzir a atuação instrutória do Juiz encontra-se na contramão da história.

Nesse diapasão, não podemos olvidar a moderna doutrina processual civil que prega – com absoluta coerência e acerto a nosso ver – a necessidade de reforçar a atuação instrutória do Juiz como forma de proferir decisões comprometidas com a verdade e, com isso, implementar políticas públicas capazes de transformar a realidade de nosso país.

Tolher ou inibir os poderes instrutórios do Juiz seria o mesmo que afirmar que o Estado não tem nenhum interesse na solução das controvérsias dentro da verdade materialmente possível e que a função do magistrado nada mais seria do que a de um mero árbitro-espectador que se contentaria em, ficticiamente (ou formalmente), escolher entre a tese apresentada pela acusação e a tese apresentada pela defesa, as quais poderiam, efetivamente, não espelhar, nenhuma delas, a verdade dos fatos.

Desse modo, importante a lição do professor Alexandre Freitas Câmara [17], a qual, por sua percuciência e acerto, peço vênica para transcrever, *in verbis*:

"O primeiro sujeito da relação processual a ser analisado é o Estado, a que se costuma designar, *in caso*, Estado-juiz, pelo fato de estar o mesmo no exercício da função jurisdicional. O Estado ocupa, na relação jurídica processual, uma posição de supremacia e equidistância das partes.

A supremacia decorre do fato de o processo ser um instrumento de exercício do poder soberano do Estado, através de uma de suas manifestações, qual seja, a jurisdição. Já a equidistância, que nada mais é do que a demonstração gráfica da imparcialidade, é corolário da substitutividade, que, como se viu, é uma das características essenciais da jurisdição. Sendo certo que, no exercício da função jurisdicional, substitui o Estado a atividade dos titulares dos interesses que lhe são submetidos, não se poderia admitir que tal substituição se desse de modo parcial. A imparcialidade é requisito essencial para que se possa ter como legítima a atuação estatal no processo.

É óbvio que, para se assegurar imparcialidade do Estado, é preciso que haja imparcialidade do agente estatal que irá, no caso concreto, exercer a função

jurisdicional. Assim, em primeiro lugar, cuida do ordenamento jurídico, através de norma jurídica hierarquicamente superior às demais, de estabelecer garantias para os magistrados, ou seja, a Constituição da República arrola uma série de garantias dos juízes, destinada a assegurar que a atuação do magistrado se dê, no processo, de forma imparcial.

(...)

A possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício está intimamente ligada à evolução do direito processual, que não mais admite um juiz passivo. Exige-se um julgador participante, que dirija realmente o processo, determinado a prática de todos os atos que se façam necessários para que a prestação jurisdicional possa se dar da melhor forma possível. Assim é que a determinação judicial para que se produza certa prova não deve ser considerada como meramente livre, desde o início do processo, e sejam as partes atuantes ou não neste sentido, para determinar a produção dos meios probatórios necessários à formação de seu convencimento.

Diverge, profundamente, a doutrina moderna acerca da possibilidade de o juiz, em um processo civil democrático, determinar ex officio a produção de provas. Não tenho, porém, qualquer dúvida em afirmar a legitimidade democrática da atribuição de tais poderes ao juiz. Como já tive oportunidade de sustentar em passagem anterior destas Lições, em um Estado que tenha a configuração do brasileiro, que busca a transformação da realidade social através da implementação de políticas públicas, o processo civil (microcosmo desse Estado) dever ser, também, ativo, cabendo ao juiz a implementação dessas políticas e a busca de decisões verdadeiras (isto é, comprometidas com a verdade). Assim, é preciso reconhecer o poder do juízo de determinar, de ofício, a produção das provas que sejam necessárias para que o juiz encontre a verdade e atue, corretamente, a vontade concreta do ordenamento jurídico." (Grifei)

VII. Dos Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Penal – Juiz Espectador ou Juiz Protagonista? [18]

Com esse título o magistrado baiano e professor Marcos Antônio Santos Bandeira analisa, de forma irretocável, como parte da doutrina nacional vem – equivocadamente – entendendo as funções do Juiz no processo penal e como, realmente, deve ser essa atuação.

Diante da absoluta relevância e acerto das lições advindas da terra de Rui Barbosa, recomendamos a leitura integral do artigo, o qual se encontra disponível no sítio eletrônico da Associação dos Magistrados da Bahia (AMAB).

Apenas a título ilustrativo, passamos à transcrição de algumas idéias centrais contidas no artigo do ilustre professor. Senão vejamos:

"O juiz, no âmbito do sistema acusatório, modelo adotado pelo Estado Democrático de Direito, vem sendo considerado pela maioria esmagadora da doutrina nacional, como "mero espectador" do processo penal, despontando assim como um sujeito inerte, acrítico, desinteressado, imparcial, que por essa razão não deve produzir prova de qualquer espécie, mesmo que seja de forma complementar às partes, ficando, na verdade, a mercê da iniciativa probatória das partes.

Nessa perspectiva exsurge um novo olhar, que não fere o sistema acusatório e desmistifica o "mito da verdade real", transformando o juiz num verdadeiro protagonista do processo penal, sem que leve a pecha de "juiz-inquisidor". Com efeito, quebra-se o paradigma da neutralidade, preserva-se a sua imparcialidade e o coloca numa situação de sujeito interessado numa decisão processualmente justa.

(...) a minha experiência profissional como juiz criminal garantista me implorava para refutar a pecha de "boneco", marionete e sujeito desinteressado. Que juiz é este que se conforma tão-somente com as provas trazidas aos autos pelas partes? Que juiz é este que é indiferente ao resultado justo do processo? Que juiz é este que diante da fragilidade das provas trazidas pelas partes, não se interessa em produzir outras para fortalecer ou construir o seu juízo de convencimento? Que juiz é este que se preocupa tão-somente com aplicação positivista do processo, no seu aspecto formal, sem se preocupar se a decisão se aproximou ou não do valor justiça? Na verdade, como se infere, a "justiça" da decisão estará nas mãos das partes, como na famigerada verdade formal do processo civil, ou seja, o sucesso da demanda por uma das partes estará na razão direta da destreza e competência no manuseio das armas (provas), ficando o juiz-marionete, na condição de Poncio Pilatos, lavando as mãos, mesmo sabendo que a decisão construída exclusivamente pelas partes e que ele exteriorizará através da sentença foi manifestamente injusta, condenando-se um provável inocente ou inocentando um possível culpado. Esta decisão certamente não interessa a sociedade nem tampouco ao Estado Democrático de Direito. Não se pode cometer injustiça em nome da segurança jurídica e da pureza do sistema acusatório. É necessário que a prestação jurisdicional convença aos jurisdicionados para que se possa falar em pacificação social, um dos escopos da jurisdição. É possível que a sombra do juiz-inquisidor da idade média e que perambulou em nosso país por um bom tempo nos regimes ditatoriais tenha atemorizado o nosso meio acadêmico, a ponto de querer afastá-lo definitivamente da gestão das provas e reduzi-lo a um boneco inerte e alienado, preocupado apenas em guiar o procedimento judicial para no final publicar a decisão construída exclusivamente pelas partes. Um juiz preso ao mundo dos conceitos e alheio completamente ao mundo dos fatos. Não! O interesse público de se obter uma decisão processualmente justa, no âmbito de um processo dialético, ético e garantístico, deve preponderar sobre os interesses das partes. Os valores "justiça", jus libertatis, honra e da consciência social de evitar sentença injustas, devem sobrepujar o interesse legalista da acusação ou da defesa.

(...)

Como infirmar a essência do sistema acusatório pela iniciativa probatória suplementar do juiz no processo penal, se ele tem interesse em construir a verdade

processual possível e justa? A Jurista Grinover (2001) compartilha desse entendimento ao asseverar que o processo acusatório e o processo de partes nada têm a ver com a iniciativa probatória do juiz no processo penal, na medida em que não se pode admitir um juiz passivo e refém das partes, como um mero espectador de um duelo judicial de interesses dos litigantes.

(...)

Após debruçar sobre essas considerações, entendo, com todas as vênias de posições em contrário, que os mitos da neutralidade do julgador e da verdade real já sucumbiram e não resistem ao mais tênue exame no atual estágio do Estado Democrático de Direito. Com efeito, não há mais lugar no processo penal para juiz neutro e desinteressado, ou como já afirmado pela maioria da doutrina pátria, de juiz-espectador do processo. O papel ativo de co-gestor na produção da prova não atinge a imparcialidade do julgador no processo penal. É necessário que o juiz moderno seja juiz-julgador, ou juiz-protagonista, que conhecendo a sua realidade sócio-cultural, analise os fatos delituosos que lhe são submetidos, aprecie as provas carreadas para os autos, construa o seu juízo de certeza, com seu sentimento e com toda a sua carga de valores, buscando com a colaboração ética das partes a verdade processualmente possível, assegurando-se ao acusado, como sujeito de direito, o contraditório e a mais ampla defesa."

VIII. (a) A atuação criativa do Juiz; (b) A essência da independência e da legitimação democrática da atividade judicial; e (c) A nova postura político-social do Poder Judiciário

Com esses títulos, a ilustre magistrada do Distrito Federal e dos Territórios, mestra em direito público e doutoranda em ciências jurídicas e sociais, Dra. Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto, realizou profunda análise acerca da legitimação democrática da jurisdição; da estrutura do Poder Judiciário no contexto do Estado Moderno; do Movimento dos Juízes críticos bem como acerca da função criadora do Juiz e o novo papel do Poder Judiciário neste momento da história, o que contribuiu, sobremaneira, para lançar novas luzes acerca da necessidade de efetiva participação do magistrado, não apenas na condução dos processos, mas, e principalmente, na assunção de seu papel de partícipe no processo evolutivo das nações.

Os temas são absolutamente pertinentes, principalmente em épocas onde a função e atuação dos Juízes têm sido profundamente questionadas, sendo que a íntegra dos artigos – os quais recomendamos a leitura – encontra-se disponível na biblioteca virtual da Escola Nacional da Magistratura-ENM [19] sendo que, o primeiro texto, também está disponível na Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal, n. 10 – 2007, páginas 31 a 54.

Face à impossibilidade de sua transcrição integral, passo a registrar algumas das conclusões obtidas pela culta estudiosa em seus relevantes estudos. Senão vejamos:

(a) A atuação criativa do Juiz:

"A sociedade vem reclamando uma postura cada vez mais ativa do Judiciário, não podendo este ficar distanciado dos debates sociais, devendo assumir seu papel de partícipe no processo evolutivo das nações. Eis que é também responsável pelo bem comum, notadamente em temas como a dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais e a defesa dos direitos de cidadania. (...)

A missão do juiz não se esgota nos autos de um processo, mas está, também, compreendida na defesa do regime democrático, sem o qual a função judicial é reduzida à rasteira esterilidade. (...)

Nesse trilhar, observamos que pensar o Direito sob a ótica pragmatista implica compreendê-lo, como a atividade dos juízes, no sentido de que as decisões sejam tomadas observando-se suas conseqüências e efeitos práticos, desenvolvendo uma prudência (saber prático), visando harmonizar os valores da sociedade. (...). Ademais, a vida real não se amolda à forma do direito positivo não só em razão da complexidade com que se apresenta, mas também por ser dinâmica, sendo pouco plausível que o legislador consiga prever todas as hipóteses de conflitos surgidos na vida social, não existindo, em conseqüência, uma única solução para o problema apreciado. (...)

(...) O Juiz, no nosso sistema judicial, sem extrapolar o marco jurídico-constitucional, pode e deve desempenhar sua tarefa de dirimir litígios de modo socialmente mais justo cumprindo papel inteiramente distinto do juiz legalista-positivista, criado pela Revolução Francesa para ser la bouche de la loi. A prestação jurisdicional deve ser exercida como instrumento de pacificação social e afirmação da cidadania, o que é facilmente verificado quando da ocorrência de sua aplicação célere e justa, consubstanciando-se, dessa forma, como um poderoso instrumento a serviço da população, razão primordial da existência do Poder Judiciário. (...)

O Poder Judiciário vem procurando oferecer à comunidade uma Justiça não só com vistas à resolução eficaz das questões jurídicas, mas também à prestação jurisdicional que ofereça uma solução para a problemática global do jurisdicionado. Concluímos que a atuação criativa dos juízes de Direito, pode ser constatada mediante a diuturna e efetiva prestação jurisdicional nos Juizados Especiais, ao darem solução adequada a cada caso, muitas vezes pela via multidisciplinar, revela um compromisso inequívoco com o Direito e a Justiça."

(b) A essência da independência e da legitimação democrática da atividade judicial:

"O Poder Judiciário recolhe sua legitimação do povo, ao mesmo tempo fonte e destinatário único do poder do Estado. Dentre os poderes da República, é aquele que trabalha mais próximo do povo e da sociedade, pois não lida com o conflito descarnado, na abstrata universalidade do legislador. Os juízes tratam das questões concretas, da vida dos seres humanos e a realidade que bate à porta do Judiciário supera qualquer abstração. Recebe-se da sociedade o conflito humano mais doloroso e, com ele, homens e mulheres divididos pela disputa com seus semelhantes. (...)

É de se observar que inúmeras críticas têm sido feitas recentemente à atuação do Poder Judiciário no Brasil. Contudo, carece o Judiciário de melhores instrumentos de trabalho. A legislação nacional, além da técnica deficiente, é hoje de produção verdadeiramente caótica. Deficientes são os instrumentos disponíveis ao Judiciário, porque já não se aceita a verdadeira liturgia do processo, o amor desmedido pelos ritos, que quase passaram a ter fim em si mesmos, numa inversão de valores. (...)

O Poder Judiciário brasileiro depara-se, nos últimos tempos, com o desafio da concretização dos direitos de cidadania. Para tamanho desafio, não há fórmula pronta. É preciso estar sempre disposto para essa luta. É importante não esmorecer ante a adversidade do volume de serviço crescente, mas recusar-se a entregar uma jurisdição de papel, alienada, sem a necessária e profunda reflexão sobre os valores em litígio, em que as partes sejam vistas somente como números. É preciso que os juízes tenham o propósito de realizar uma jurisdição que proporcione pacificação social. É preciso reconhecer que a maior parte dos brasileiros ainda não tem acesso à Justiça e que é preciso reverter esse débito de cidadania. (...)

O Judiciário, nos tempos atuais não pode se propor a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, visto que é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude."

(c) A nova postura político-social do Poder Judiciário:

"Na Constituição cidadã de 1988, o Poder Judiciário passou a ter uma participação ativa no processo democrático, especialmente com a sua presença mais efetiva na solução dos conflitos e ao ampliar a sua atuação com novas vias processuais, demonstrando preocupação voltada prioritariamente para a cidadania, através de instrumentos jurídicos, normas, preceitos e princípios que sinalizam a vontade popular de ter uma Justiça célere e distributiva. (...)

A temática do acesso à Justiça vem preocupando os juristas, especialmente os processualistas, ao longo dos tempos. Observa-se, atualmente, que o Direito passou a ser visto menos do ponto de vista de quem o produz e mais pelo ângulo do jurisdicionado. A ciência processual está evoluindo, devendo a estrutura judiciária também acompanhar esta evolução. Há necessidade de desformalização do processo, visto modernamente como instrumento para o exercício da cidadania. (...)

A prestação jurisdicional deve ser exercida como instrumento de pacificação social e afirmação da cidadania, o que é facilmente verificado quando da ocorrência de sua aplicação célere e justa, consubstanciando-se, dessa forma, como um poderoso instrumento a serviço da população. Como se observa, esta sim, é a razão primordial da existência do Poder Judiciário."

IX. Dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional relativos à reforma do CPP

Analisando estudo [20] realizado pela senhora Edilenice Passos, mestre em biblioteconomia e documentação, servidora da secretaria de informação e documentação do Senado Federal – constatamos que existem 184 (cento e oitenta e quatro) projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional relativos à reforma do CPP.

Compulsando – uma a uma – todas as ementas dos projetos, verificamos que não existe nenhuma linha filosófica ou mesmo dogmática de trabalho entre elas, razão pela qual, inclusive, foi instituída, no âmbito do Senado Federal, Comissão de Juristas para a reforma do Código de Processo Penal e tentativa de consolidação das principais propostas apresentadas, dentro, supomos, de uma linha unitária de pensamento.

Certo é que, até a criação da Comissão, ainda não se podia verificar nenhuma linha específica de atuação.

Nesse particular, uma vez mais lançamos mão da pertinente doutrina do professor Guilherme de Souza Nucci.

Ao apresentar a recentíssima 8ª edição de seu Código de Processo Penal comentado [21], e tecendo uma crítica análise acerca das leis processuais reformadoras, leciona o eminente professor:

"Quanto ao capítulo das provas, a Lei 11.690/08 introduziu algumas modificações importantes. Outras, lamentavelmente, restaram incompletas. Inseriu-se, como meta, a formação da convicção do juiz em função das provas produzidas sob o crivo do contraditório, mas não se impediu, completamente, o uso das provas colhidas na fase investigatória. Concedeu-se ao magistrado maior poder de instrução, autorizando-o a determinar, de ofício, a realização da produção antecipada de provas antes mesmo do início da ação penal.

(...)

Sem dúvida, houve modificações positivas, mas também a introdução de fatores contestáveis, ao menos no tocante à concretude no âmbito da prática forense. Porém, reformas estão sujeitas a equívocos, embora precisem ser realizadas. Aguarda-se que, com o passar do tempo, os operadores do Direito consigam aperfeiçoar, no dia-a-dia, os novos institutos recém criados pela reforma processual penal de 2008" (grifei).

Ora, se a reforma ampliou os poderes instrutórios do Juiz – e efetivamente os ampliou (!), inclusive na fase pré-processual – como imaginar que tenha, de algum modo, mitigado esses mesmos poderes no curso da ação penal – sendo certo que o magistrado é – nos dizeres do professor Fernando Tavernard – o dominus processus?

Nunca é demais lembrar que a única e definitiva missão do Juiz no curso de qualquer processo – civil ou criminal – é o da descoberta da verdade materialmente possível e o da aplicação da lei ao caso concreto, de acordo com essa descoberta.

Nada mais. Nada menos.

E o único modo de descobrir a verdade materialmente possível e julgar de acordo com os milenares e universais princípios de sabedoria, justiça, equidade, temperança, razoabilidade e proporcionalidade, é lhe permitindo o exercício de seus poderes instrutórios, necessários e suficientes, para que possa se desincumbir da difícil tarefa de pacificação social com Justiça.

X. Da mensagem n. 350, de 09 de junho de 2008 – O veto Presidencial

Para uma análise conglobante da matéria tratada no presente estudo, não se pode olvidar da mensagem n. 350, de 09 de junho de 2008, que comunicou o Veto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República ao §4º do art. 157 do CPP, dispositivo este que tentava introduzir característica do sistema acusatório estrangeiro no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Dizia o vetado dispositivo:

"§4º. O juiz que conhecer do conteúdo de prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão." (NR)

Ao vetar referido dispositivo – e reafirmar indelevelmente que o sistema adotado no Brasil ainda é, nos dizeres do professor Nucci, o inquisitivo garantista ou misto – Sua Excelência esclareceu, dentre outros aspectos, qual era a real intenção da mini-reforma:

"O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente, substituído por um outro que nem sequer conhece o caso."

Ora, se o objetivo primordial da reforma é imprimir celeridade e simplicidade, a própria discussão acerca da eventual alteração na ordem de inquirição das testemunhas já violaria, flagrantemente, tal objetivo, eis que não há nada mais formal do que impedir o Julgador de realizar suas indagações no momento processual que achar mais adequado e também não há nada que emperre mais uma audiência do que – ao invés do Juiz colher, diretamente, aquilo que ele acha importante para julgar – as partes tentarem "adivinhar" o pensamento do Juiz e ficarem formulando, durante um tempo incalculável, as perguntas que, acham, irão satisfazer o convencimento do magistrado.

Muito mais célere e simples que o próprio Juiz já faça suas perguntas e, na seqüência, as partes complementem com aquilo que entenderem relevante ao julgamento da causa como, efetivamente, determina a lei.

XI. Da necessária atenção que a sociedade deve ter com os relevantes trabalhos a serem desenvolvidos pela Comissão encarregada da reforma do código de processo penal: a importância do momento histórico

Curiosamente – e não obstante a reconhecida capacidade ética, moral e técnico-jurídica de todos os seus membros, a qual não se discute – verificamos que nenhum Juiz de Direito ou mesmo Desembargador com exercício e atuação efetiva em área criminal, fora convocado para participar de referida Comissão de Reforma do Código de Processo Penal [22].

Referidos membros são reconhecidos juristas, escritores e professores e, indubitavelmente, irão prestar efetiva e valorosa colaboração para o aprimoramento das leis processuais penais brasileiras.

Ocorre, entretanto, que não se afigura razoável – e muito menos produtivo – que em uma Comissão instituída pelo Poder Legislativo para reforma de leis processuais, onde os principais destinatários são os Órgãos do Poder Judiciário e, em especial, os magistrados criminais de primeiro e segundo grau, estes últimos não tenham sido convocados – em número proporcional – para auxiliar nos trabalhos.

Como imaginar a criação de um novo código de processo sem a participação efetiva dos seus principais destinatários?

Qual será o resultado, bem como a linha filosófico-dogmática, a ser adotada pela nova legislação?

Considerando, como já dito, que todos os integrantes da Comissão são juristas de renome, professores e escritores, importante analisar a origem profissional de cada um para verificarmos se há, ou não, um equilíbrio mínimo na saudável e indispensável representatividade do Poder Judiciário e das Instituições que integram e/ou interagem com o sistema de justiça brasileiro.

Verificando – por intermédio, exclusivamente, da biografia disponível no sítio eletrônico do Senado Federal – a origem profissional dos 09 (nove) integrantes da Comissão constatamos a absoluta preponderância na representatividade de algumas Instituições em franco detrimento da representatividade do Poder Judiciário [23].

Inevitável o seguinte questionamento:

Será que a participação efetiva e proporcional de Juízes e Desembargadores criminais na Comissão de reforma do CPP também violaria o sistema acusatório?

Ou então: deveria a atuação processual dos Juízes realmente ser relegada a plano secundário, assim como os magistrados parecem ter sido tratados no momento da composição da Comissão?

Pensamos que não.

Do mesmo modo como os poderes instrutórios do Juiz, em especial no curso da ação penal, em nada violam o sistema acusatório, também a participação efetiva de magistrados de primeiro e segundo graus, atuantes na área criminal estadual e federal, muito antes de prejudicar os trabalhos, certamente iria contribuir de forma decisiva para um efetivo aprimoramento das regras processuais penais e fortalecimento da Justiça Criminal.

Infelizmente, parece que alguns operadores do direito não pretendem apenas a limitação dos poderes instrutórios do Juiz no bojo das ações penais, mas sim – e o que é ainda mais preocupante – o paulatino e nefasto alijamento do Poder Judiciário na participação das políticas públicas relativas à consolidação do próprio Estado Democrático de Direito.

Quem ganhará (ou perderá) com isso?

Só a história nos dirá.

XII. Últimas Reflexões:

Em 08 de dezembro de 1908, THEODORE ROOSEVELT, célebre presidente norte-americano, enviou mensagem ao Congresso Americano com o seguinte teor:

"Os principais criadores do direito (...) podem ser, e freqüentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas" [24].

Neste momento da história evolutiva do direito brasileiro, os Tribunais de 2º grau e, na seqüência, o Colendo Superior Tribunal de Justiça e o Excelso Pretório, uma vez mais estarão sendo chamados a decidir, verdadeiramente, os rumos da Justiça Criminal de nosso país.

A decisão a ser tomada certamente representará – como nos dizeres do presidente norte-americano – além de partículas dum sistema de filosofia social a própria direção de toda a atividade de criação do direito.

No presente artigo, procuramos demonstrar que a manutenção da ordem na coleta dos depoimentos das testemunhas – iniciando-se pelos questionamentos do magistrado – encontra-se lastreada na certeza de que as leis reformadoras não alteraram a ordem das

perguntas durante as audiências; nas recentíssimas decisões do Excelso Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça; na doutrina, dentre outros, dos eminentes juristas e professores Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Câmara, Fernando Tavernard, Guilherme de Souza Nucci, Juliano Nanuncio, Luiz Flávio Gomes, Marcos Antonio Santos Bandeira, Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto, Rogério Sanches e Ronaldo Batista; bem como na constatação de que, muito ao revés de suprimir os poderes instrutórios do Juiz, a reforma processual veio ampliá-los, tudo com vistas a imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas conforme muito bem esclarecido pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República quando da mensagem de veto n. 350, de 09 de junho de 2008.

A toda evidência, a questão de fundo não é, meramente, quem deve iniciar formulando perguntas às partes.

Até porque, aderindo ao posicionamento de todos os eminentes juristas citados, parece-nos claro que a lei, em nenhum momento, alterou a ordem de quem deve iniciar perguntando, sendo que a alteração do art. 212 serviu para introduzir – em boa hora, diga-se – a possibilidade das partes formularem suas reperguntas diretamente às testemunhas, o que vêm sendo adotado pela imensa maioria dos Juízes criminais do DF (senão todos!).

O que se busca, ao que parece, com a tese de que o exercício dos poderes instrutórios do Juiz no curso da ação penal viola o sistema acusatório, é o primeiro passo para o completo afastamento do Juiz criminal de suas atuais funções, tanto no curso do processo quanto na fase pré-processual, reservando-lhe um lugar de mero espectador do duelo de partes, inerte e passivo, aguardando para ao final, na função de um mero árbitro-espectador que se contenta em, ficticiamente (ou formalmente), escolher entre a tese apresentada pela acusação e a tese apresentada pela defesa – as quais podem, efetivamente, não espelhar, nenhuma delas, a verdade dos fatos – proferir sua decisão.

Observe-se que retirar do Juiz a possibilidade de efetuar suas perguntas no momento em que achar mais oportuno e conveniente para o esclarecimento da verdade constituiu-se, verdadeiramente, no primeiro e decisivo passo para retirar-lhe todos os seus poderes instrutórios e transformá-lo, como já dito, em um ser processual praticamente inanimado, limitado à tentativa de aplicar o direito ao caso concreto sem qualquer segurança, posto que estará tolhido em sua possibilidade de instruir os autos na busca da verdade materialmente possível.

Seria realmente essa a vontade do povo brasileiro traduzida pela voz dos membros do Congresso Nacional?

Seria realmente essa a forma de se entender o sistema processual penal brasileiro?

Estaria equivocada a moderna doutrina processual civil que prega – com absoluta coerência e acerto – a necessidade de reforçar a atuação instrutória do Juiz como forma

de proferir decisões comprometidas com a verdade e, com isso, implementar políticas públicas capazes de transformar a realidade de nosso país?

Estariam equivocadas as vozes – inclusive advindas do Excelso Pretório – que sinalizam no sentido de o Poder Judiciário exercer a função de vetor de transformação social?

Estaria, realmente, a magistratura brasileira ainda impregnada de algum resquício de ranço inquisitivo oriundo da época das barbáries anteriores à idade das luzes?

O atual sistema acusatório-temperado (inquisitivo-garantista ou misto), indelevelmente recepcionado pela Constituição Cidadã de 1988, conforme reiteradas decisões da Corte Suprema, viola algum tipo de direito ou garantia fundamental da pessoa humana?

Questões dessa magnitude – e até maiores – são diuturnamente enfrentadas na grande maioria dos países ditos civilizados de nosso planeta, oportunidade em que o Judiciário, enquanto poder, realiza suas escolhas e define qual seu papel dentro da sociedade em que está inserido.

A esse respeito, inclusive, o festejado pensador italiano e professor Mauro Cappelletti [25] teve a oportunidade de escrever, pontuando, de forma absolutamente clara, as opções e conseqüências de cada escolha. Senão vejamos:

"Estamos, pois, em face de dois desenvolvimentos paralelos de grande alcance, cada um deles revelando os claros sintomas da profunda crise do nosso mundo contemporâneo. De um lado, existe o gigantismo do Poder legislativo, chamado a intervir ou a "interferir" em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo.

As sociedades mais sãs esforçaram-se e se esforçam por encontrar a cura desses desenvolvimentos, potencialmente patológicos. Não é este o lugar para o exame das várias tentativas realizadas e que continuam a se realizar em tal sentido: da descentralização legislativa à participação popular nos procedimentos decisórios da administração. Basta notar que, também para o judiciário, tais desenvolvimentos comportaram conseqüências importantes, sobretudo o aumento da sua função e responsabilidades. Pelo fato de que o "terceiro poder" não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. Como demonstrou a evolução de número crescente de países, no estado moderno o legislador-gigante não poderia mais, sem gravíssimos perigos, ser subtraído a controle.

(...)

Na verdade, talvez com a só exceção dos Estados Unidos, os tribunais judiciários mostraram-se geralmente relutantes em assumir essas novas e pesadas

responsabilidades. Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

a) Recaindo a escolha na primeira alternativa, a autoridade judiciária ficará confinada ao tranqüilo, embora apertado, campo das funções "protetoras" e "repressivas". A sua escolha não superará os que podem ser considerados, em sentido lato, conflitos que não envolvem as novas tarefas promocionais, agudas e usualmente discricionais do "Poder político" do estado. Foi o que ocorreu, em princípio (sem que se possam fazer agora as oportunas ressalvas e precisões), na Europa continental, tanto ocidental quanto oriental. Aqui, por outro lado, a autoridade judiciária, ou a *ordre judiciaire*, viu progressivamente diminuir a própria relevância político-social, motivo pelo qual se pode dizer, sem demasiado exagero, que, em face dos poderes legislativo e executivo, a sua impotência tornou a magistratura ordinária na débil e quase marginal "sobrevivente" de outros tempos. Contudo, existe também um dado da realidade em relação ao qual, mais cedo ou mais tarde, as várias sociedades serão levadas a reagir (e muitas de fato já reagiram com eficácia variada) a esta patológica situação de perigoso desequilíbrio no âmbito do sistema de poderes do estado. Gradualmente instituíram, ou estão instituindo, organismos quase-judiciários de natureza e denominação diversa – agências, conselhos, tribunais administrativos, "ombudsmen", árbitros e conciliadores e até "árbitros do estado" e similares – investidos de tarefa não exercida pela *ordre judiciaire*, ou seja, pela magistratura ordinária: exatamente o controle dos "poderes políticos" e, com isto, a proteção dos cidadãos e da sociedade em geral, contra os abusos daqueles.

(...)

b) Recaindo a escolha, pelo contrário, na segunda alternativa – como aconteceu, sempre em linha de princípio e com muitas alternâncias e variantes, em vários sistemas de "Common Law", especialmente nos Estados Unidos – assistir-se-á então ao emergir do judiciário como um "terceiro gigante" na coreografia do estado moderno. Os tribunais judiciários ordinários – o "ramo menos perigoso", segundo a célebre definição de Alexander Hamilton – passaram com audácia a aceitar a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada. Todos os juízes, e não apenas alguns daqueles novos juízes especiais (ou "quase-judiciais"), tornaram-se, dessa maneira, os controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos, como também dos "poderes políticos", nada obstante o enorme crescimento destes no estado moderno, e talvez justamente em virtude desse crescimento.

Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um

acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso. Existe, antes, certa semelhança entre esses riscos e os decorrentes de outras manifestações do gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa: riscos de autoritarismo, lentidão e gravosidade, de inacessibilidade, de irresponsabilidade, de inquisitorialidade policialesca. Nada obstante, deve-se desde logo afirmar que, com relação ao poder judiciário, cuida-se de riscos menos graves, senão por outra razão porque, exatamente por sua própria natureza e estrutura, é o ramo "menos perigoso".

É inegável a confiança deste autor no sentido de que – independentemente da decisão a ser tomada – os Egrégios Tribunais de Justiça e Regionais Federais, bem como as Colendas Cortes Superiores de nosso país, irão, como de costume, dirimir mais esta questão com a serenidade, sensatez, temperança e sabedoria que lhes são peculiares e inerentes.

A opção escolhida irá definir os rumos da Justiça Criminal brasileira, bem como o verdadeiro papel do Juiz no Estado Democrático de Direito, papel esse que – certamente – será independente, destemido e rigorosamente desempenhado pelos julgadores nacionais, qualquer que seja a opção escolhida.

Por oportuno, e por questão de absoluta Justiça, imprescindível registrar que este autor vislumbra o Ministério Público e a Advocacia, pública ou privada, como duas das Instituições mais importantes para a consolidação do Estado Democrático brasileiro e para a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, funções essas que, sob nenhuma hipótese, serão mitigadas pela aplicação da lei na forma como determinado pelo atual ordenamento jurídico-penal brasileiro.

De todo modo, este autor também acalenta o sonho de que chegará o dia em que os Poderes e Instituições republicanas – bem resolvidos e conformados em seus relevantes e imprescindíveis papéis sociais – irão trabalhar imantados e focados na concretização de um mesmo e único ideal maior de construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, onde não mais se ouvirá falar do desrespeito dos direitos dos cidadãos; de homicídios covardes e desumanos (Ana Lídia, João Hélio, Isabela e tantos outros); de execuções de jovens e crianças nas escadarias da Candelária; de ondas de violência praticadas por inúmeras facções criminosas espalhadas pelo país; de seqüestro de bebês recém-nascidos em maternidades da Capital Federal e de outros Estados; de incineração de pessoas vivas em via pública; de extorsões mediante seqüestro onde os algozes, covardemente, estupram e matam suas vítimas; de denúncias de toda a sorte de corrupção em todas as esferas de Poder; de grampos ilegais na Corte Suprema, enfim, não mais se ouvirá falar da quantidade desmesurada de mazelas que há séculos assola nosso país.

Quando chegarmos a esse ideal, talvez possamos, verdadeiramente, iniciar a construção de uma sociedade justa, livre e igualitária, garantindo o desenvolvimento nacional por intermédio da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo – ao fim e ao cabo – o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

XIII. Conclusões:

- a) O novel art. 212 do CPP não determina, em nenhum momento, que o Juiz deixe de iniciar a coleta da prova oral para exercer função meramente supletiva no curso da ação penal.
- b) A nova redação do art. 212, em especial em seu parágrafo, veio apenas reforçar a possibilidade de o Juiz, além de iniciar a tomada dos depoimentos (como, aliás, lhe é expressamente determinado, sistematicamente, pelos artigos 185, 188, 201 e 473 do CPP, dentre outros), também poder, após a inquirição das partes, formular perguntas complementares para o melhor esclarecimento da verdade real.
- c) O fortalecimento dos poderes instrutórios do Juiz faz parte da mais moderna e crescente doutrina processual civil mundial a qual – após muitas e muitas décadas sustentando que o julgador não deveria influir na instrução probatória, acabou por compreender a legitimidade democrática da atribuição de tais poderes ao Juiz, o qual, antes de quedar-se inerte e passivo, como mero espectador de um duelo das partes, deve, sim, assumir uma posição de protagonista e dirigir realmente o processo, determinado a prática de todos os atos que se façam necessários para que a prestação jurisdicional possa se dar da melhor forma possível.
- d) O entendimento de que a lei reformadora em nada modificou a ordem das perguntas às partes e que o Juiz deve continuar exercitando seus poderes instrutórios no curso da ação penal encontra-se em perfeita harmonia com a doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Câmara, Fernando Tavernard, Guilherme de Souza Nucci, Juliano Nanuncio, Luiz Flávio Gomes, Marcos Antonio Santos Bandeira, Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto, Rogério Sanches e Ronaldo Batista, dentre outros.
- e) O Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (código de processo penal brasileiro), continua em plena vigência e produzindo todos os efeitos legais dentro do ordenamento jurídico-penal brasileiro, tendo sido devidamente recepcionado pela Constituição Cidadã em todos os artigos cuja aplicabilidade não foi afastada pelo Excelso Pretório nesses quase 20 (vinte) anos de vigência da Carta Política.
- f) Se fosse procedente (não o é) a alegação de que o sistema acusatório puro foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988 e se também fosse procedente a alegação de que quando o Juiz – imparcialmente – formula perguntas às testemunhas indicadas pelas partes isso, ipso facto, violaria o princípio acusatório e geraria nulidade insanável, então também teria de ser procedente a alegação de que todas as ações penais processadas e julgadas desde o advento da Constituição Republicana de 1988 – onde tenha havido oitiva de testemunhas – seriam nulas na origem e todos os atos processuais viciados deveriam ser repetidos, inclusive gerando para o Estado o dever de indenizar todos aqueles sentenciados que foram indevidamente processados, tiveram o trânsito em julgado de suas sentenças certificado e cumpriram integralmente suas penas.

g) Além de não haver, efetivamente, nenhuma ofensa ao sistema acusatório quando o Juiz-Imparcial é o primeiro a colher o depoimento das testemunhas arroladas pelas partes – o art. 212 do CPP e seu parágrafo único não determina que as perguntas sejam iniciadas pelo Ministério Público, não reserva ao Juiz o papel de mero espectador e, muito menos, também não relega a atividade judicial a uma atividade meramente supletiva.

h) No direito processual penal brasileiro, continua em vigor a regra de que nenhum ato pode ser declarado nulo se o prejuízo não for devidamente demonstrado, sendo certo que não há nenhum prejuízo no fato de o Juiz continuar iniciando a inquirição de testemunhas, na forma como determina a lei.

i) A exposição de motivos do Código de Processo Penal ainda em vigor, deixa bastante claro que a intenção do sistema brasileiro como um todo é a sanabilidade dos atos processuais, bem como "não deixa respiradouro para o frívolo curialismo que se compraz em espiohar nulidades".

j) Reafirmando a idéia de que o atual Código de Processo Penal foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, bem como todos os seus princípios – em especial no que pertine ao sistema de nulidades – encontram-se as recentíssimas decisões do Excelso Pretório (STF) [26] e do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), as quais esclarecem que eventuais nulidades só podem ser declaradas se o efetivo prejuízo for demonstrado.

l) É inimaginável a possibilidade de o Juiz "enxergar através do nevoeiro" dos fatos que lhes são trazidos pelas vítimas, testemunhas e demais provas carreadas aos autos, se não puder, responsável, consciente, imparcial, mas livremente e com independência, exercitar seus poderes instrutórios no curso da ação penal, poderes esses que – em primeira e única instância – servem, tão somente, para resguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, tarefa atribuída ao Poder Judiciário desde a concepção Montesquiniana da tripartição de poderes.

m) A própria concepção ontológica do Juiz contemporâneo, entendido dentro de um Estado Democrático de Direito, faz com que sua atividade deva ser exercida de forma absolutamente imparcial e equidistante das partes, sendo certo que suas funções no mundo moderno jamais podem ser confundidas – como quer fazer crer os argumentos esposados na reclamação – com a atividade do Monarca-Julgador ou da Igreja-Inquisidora da idade das trevas.

n) O código, em nenhum momento, afirma que a atividade do Juiz deve se confundir com a atividade do Órgão acusador ou da Defesa e, muito menos, que o Juiz deve se substituir à importante função acusatória do Ministério Público, reservando, sim, ao Julgador, o indelegável mister de, após a descoberta da verdade real – a qual, por óbvio, jamais poderia ser atribuída à Acusação nem à Defesa e muito menos poderia ser obtida com sua inércia no curso do processo – aplicar o direito ao caso concreto visando à pacificação social com Justiça.

o) Ao iniciar a formulação das perguntas endereçadas ao réu, ao ofendido e às testemunhas – como determina a lei (artigos 185, 188, 201, 212 e 473, dentre outros) – está o Juiz no exercício de sua absoluta imparcialidade, eis que procura a isenta narrativa dos fatos, diferentemente do MP, a quem a Constituição atribui o dever de acusar (podendo, obviamente, requerer a absolvição ao final, se o caso) e da Defesa, que procurará, sempre, a melhor situação jurídica para o denunciado.

p) Durante o julgamento da ADIN n. 1.570-2, os eminentes Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, do Excelso Pretório, destacaram que, no processo penal, o Juiz não é passivo, possuindo, efetivamente, poderes instrutórios, devendo usar dessas prerrogativas para buscar a verdade real e formar o seu convencimento.

q) Tolher ou inibir os poderes instrutórios do Juiz seria o mesmo que afirmar que o Estado não tem nenhum interesse na solução das controvérsias dentro da verdade materialmente possível e que a função do magistrado nada mais seria do que a de um mero árbitro-espectador que se contentaria em, ficticiamente (ou formalmente), escolher entre a tese apresentada pela acusação e a tese apresentada pela defesa, as quais poderiam, efetivamente, não espelhar, nenhuma delas, a verdade dos fatos.

r) A mini-reforma processual, na esteira da lição do professor Guilherme de Souza Nucci, aumentou os poderes instrutórios do Juiz, inclusive na fase pré-processual, conforme se depreende da leitura de diversos artigos das Leis reformadoras, em especial o art. 156 do CPP.

s) A única e definitiva missão do Juiz no curso de qualquer processo – civil ou criminal – é o da descoberta da verdade materialmente possível e o da aplicação da lei ao caso concreto, de acordo com essa descoberta. Nada mais. Nada menos. E o único modo de descobrir a verdade materialmente possível e julgar de acordo com os milenares e universais princípios de sabedoria, justiça, equidade, temperança, razoabilidade e proporcionalidade, é lhe permitindo o exercício de seus poderes instrutórios, necessários e suficientes, para que possa se desincumbir da difícil tarefa de pacificação social com Justiça.

t) O objetivo primordial da reforma – nos termos da mensagem presidencial n. 350, de 09 de junho de 2008 – é imprimir celeridade e simplicidade, sendo que a própria discussão acerca da eventual alteração na ordem de inquirição das testemunhas já violaria, flagrantemente, tal objetivo, eis que não há nada mais formal do que impedir o Julgador de realizar suas indagações no momento processual que achar mais adequado e também não há nada que emperre mais uma audiência do que – ao invés do Juiz colher, diretamente, aquilo que ele acha importante para julgar – as partes tentarem "adivinhar" o pensamento do Juiz e ficarem formulando, durante um tempo incalculável, as perguntas que, acham, irão satisfazer o convencimento do magistrado. Muito mais célere e simples que o próprio Juiz já faça suas perguntas e, na seqüência, as partes complementem com aquilo que acharem relevante ao julgamento da causa como, efetivamente, determina a lei.

u) Não se afigura razoável – e muito menos produtivo – que em uma Comissão instituída pelo Poder Legislativo para reforma de leis processuais, onde os principais destinatários são os Órgãos do Poder Judiciário e, em especial, os magistrados criminais de primeiro e segundo graus, estes últimos não tenham sido convocados para auxiliar nos trabalhos.

v) Do mesmo modo como os poderes instrutórios do Juiz, no curso da ação penal, em nada violam o sistema acusatório, também a participação efetiva de magistrados de primeiro e segundo graus, atuantes na área criminal estadual e federal, muito antes de prejudicar os trabalhos, certamente iria contribuir de forma decisiva para um efetivo aprimoramento das regras processuais penais e fortalecimento da Justiça Criminal. Infelizmente, parece que não se pretende apenas a limitação dos poderes instrutórios do Juiz no bojo das ações penais, mas sim – e o que é ainda mais preocupante – o paulatino e nefasto alijamento do Poder Judiciário na participação das políticas públicas relativas à consolidação do próprio Estado Democrático de Direito. Quem ganhará (ou perderá) com isso? Só a história nos dirá.

x) Retirar do Juiz a possibilidade de efetuar suas perguntas no momento em que achar mais oportuno e conveniente para o esclarecimento da verdade constitui-se, efetivamente, no primeiro e decisivo passo para retirar-lhe todos os seus poderes instrutórios e transformá-lo, como já dito, em um ser processual praticamente inanimado, limitado à tentativa de aplicar o direito ao caso concreto sem qualquer segurança, posto que estará tolhido em sua possibilidade de instruir os autos na busca da verdade materialmente possível.

z) O Ministério Público e a Advocacia, pública ou privada, continuarão sendo duas das Instituições mais importantes para a consolidação do Estado Democrático brasileiro e para a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, funções essas que, sob nenhuma hipótese, serão mitigadas pela aplicação da lei na forma como determinado pelo atual ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Referências bibliográficas:

BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. Os poderes instrutórios do Juiz no processo penal: Juiz espectador ou Juiz protagonista? Disponível em: <<http://www.amab.com.br/amab2006/artigos.php?fazer=det&cod=147>>. Acesso em 20/08/2008.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 18ª ed. Inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

CAPPELETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

GOMES, Luís Flávio. A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

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.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais. V. 27 São Paulo: 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

LIMA, Fernando Antônio Tavernard, Alterações do Direito Processual Penal. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/95770/alteracoes-do-direito-processual-penal>>. Acesso em 27/08/2008.

MALATESTA, Nicola Flamarino De. A lógica das Provas em Matéria Criminal. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1960.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Volume III. São Paulo: Bookseller, 1998.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 6ª ed. Atualizada até a EC n. 52/06 – São Paulo: Atlas, 2006.

NALLINI, José Renato. A formação do juiz após a Emenda à Constituição nº 45/04. Revista da Escola Nacional da Magistratura e Associação dos Magistrados Brasileiros. Ano I, número I – Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2006.

NANUNCIO, Juliano. A atuação do juiz segundo a óptica da nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal. Texto extraído do Jus Navigandi: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11692>>. Acesso em 08.09.08.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. O Judiciário como vetor de transformação social. Publicado, dentre outros jornais, no "O Estado de São Paulo", p.A9, em 08/12/2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Manual de Processo e Execução Penal. 2ª Tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. A atuação criativa do Juiz. Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal n. 10-2007.

_____. A essência da independência e da legitimação democrática da atividade judicial. Disponível em <<http://www.enm.org.br/docs/biblioteca/artigo>>. Acesso em 03.09.2008.

_____. A nova postura político-social do Poder Judiciário. Disponível em <<http://www.enm.org.br/docs/biblioteca/artigo>>. Acesso em 03.09.2008.

PRADO, Lúcia Reis de Andrade. O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial – 3ª ed. Campinas, SP: millennium, 2005.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. 4ª . São Paulo: Saraiva, 1984.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos Juízes. Revista USP, São Paulo, n. 21, 1994.

STRECK, Lênio Luiz. Tribunal do Júri. Símbolos e Rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O juiz seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Belo Horizonte Del Rey, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – Manual de Processo Penal. 3ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

Notas

1. NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 479-480.

2. NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p. 481.

3. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 18ª ed. Inteira revista. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008, pp.136-139.

4. O Poder Judiciário deve agir, sempre, como um vetor de transformação social, no acertado dizer da Ministra Ellen Gracie Norhfleet, do Supremo Tribunal Federal, em artigo publicado em inúmeros jornais brasileiros após o primeiro dia nacional de conciliação, promovido pelo STF em parceria com o CNJ.

5. GRINOVER, Ada Pelegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. Disponível em <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2002/julho/2607/ARTIGOS/A08.htm>. Acesso em 05.09.2008.

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. 302.

7. LIMA, Fernando Antônio Tavernard, Juiz de Direito do TJDF. Disponível em: [HTTP://www.jusbrasil.com.br/noticias/95770/alteracoes-do-direito-processual-penal](http://www.jusbrasil.com.br/noticias/95770/alteracoes-do-direito-processual-penal). Acesso em 27/08/2008.

8. NANUNCIO, Juliano. A atuação do juiz segundo a óptica da nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal. Texto extraído do Jus Navigandi: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11692>. Acesso em 08.09.08.

9. Porque até agora – e como já esclarecido, inclusive na esteira das lições de inúmeros processualistas brasileiros – ainda não o fez.

10. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – Manual de Processo Penal. 3ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 406.

11. Op. cit. p. 416.

12. NUCCI, Guilherme de Souza – Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 773.

13. Frise-se que a decisão do Excelso STF foi proferida após a entrada em vigor da mini-reforma processual penal e, ainda assim, reafirma o sistema de nulidade determinado pelo atual e em vigor CPP.

14. NORTHFLEET, Ellen Gracie. O Judiciário como vetor de transformação social. Publicado, dentre outros jornais, no "O Estado de São Paulo", p.A9, em 08/12/2006.

15. NUCCI, Guilherme de Souza – Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pp. 104-105.

16. Apud COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 05.

17. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 18ª ed. Inteira revista. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008, pp.136-139.

18. BANDEIRA, Marcos Antônio Santos, Juiz de Direito do TJBA. Disponível em: [HTTP://www.amab.com.br/amab2006/artigos.php?fazer=det&cod=147](http://www.amab.com.br/amab2006/artigos.php?fazer=det&cod=147). Acesso em 20/08/2008.

19. www.enm.org.br.

20. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/Projetos-em-tramitacao.pdf>>. Acesso em 03.09.2008.

21. NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. pp. 8-9.

22. Verificar a composição e origem de seus membros em <<http://www.senado.gov.br/novocpp/comissao.asp>>. Acesso em 03.09.2008.

23. Observe-se que dos 09 (nove) integrantes da Comissão, apenas 01 (um) é magistrado de carreira.

24. 43 Cong. Rec., Part I, pág. 21.

25. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, pp. 46-49.

26. Frise-se que a citada decisão do Excelso STF foi proferida após a entrada em vigor da mini-reforma processual penal e, ainda assim, reafirma o sistema de nulidade determinado pelo atual e em vigor CPP.

* Juiz de Direito titular da 2ª Vara Criminal de Ceilândia (DF). Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11732&p=1>> Acesso em: 15 set. 2008.