

A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal (CPP, art. 212)

Thiago André Pierobom de Ávila*

Introdução

A Lei n. 11.690 entrou em vigor em 09 de agosto de 2008 e trouxe nova disciplina no tema das provas penais. Dentre as inovações, consta nova redação ao art. 212, para permitir perguntas diretas das partes às testemunhas, e a inclusão de um parágrafo único a este artigo, determinando que o juiz poderá complementar as perguntas formuladas pelas partes.

Em nosso entendimento, este novo art. 212 do CPP alterou a ordem das perguntas, estabelecendo que primeiro as partes devem perguntar e apenas ao final poderá o juiz, de forma suplementar, realizar perguntas. Como há forte resistência à aplicação deste novo entendimento (especialmente no seio do Poder Judiciário de primeira instância), o presente artigo visa analisar de forma mais aprofundada os pilares do sistema acusatório que dão fundamento à necessária atuação supletiva do juiz na instrução processual e a adequada interpretação do novo dispositivo à luz dos princípios constitucionais.

1 – O Sistema Acusatório

A Constituição Federal de 1988 instituiu uma nova ordem de valores, criando um sistema de valores que gravitam em torno da dignidade da pessoa humana. Para tanto, procura proteger eficazmente os direitos fundamentais de todos os cidadãos, inclusive dos que estão sujeitos à persecução penal. Pode-se dizer que nossa Constituição possui um viés nitidamente garantista, revelado no extenso rol de garantias penais e processuais penais previstos no art. 5º da Carta Magna, bem como nas disposições relativas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Dentre estas garantias, destaca-se o art. 129, I, que acolhe o sistema acusatório ao estabelecer que compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública, na forma da lei.

Desde que a humanidade passou pela época negra da Idade Média, com sua experiência sangrenta do Tribunal do Santo Ofício, ou a Inquisição, os criminalistas procuraram afastar-se o máximo possível do sistema inquisitivo e aproximar-se do sistema acusatório, no qual há uma separação estanque das funções de acusar e julgar, reservando o juiz para uma posição de distanciamento da promoção da persecução penal, posição esta essencial para assegurar sua imparcialidade e garantir sua posição de juiz fiscal contra a restrição indevida de direitos fundamentais.

Enquanto na Europa Continental os Estados Modernos herdaram do direito canônico muito do sistema inquisitivo, na Inglaterra surgiu, por influência do direito anglo-saxão, o sistema do direito comum, ou Common Law, fundado na construção do direito pela tradição do povo, reconhecida e construída nos precedentes judiciais. O sistema processual penal da Common Law era fundado no julgamento popular, em um processo penal estritamente acusatório, no qual a promoção da ação penal é encarregada a uma parte, o réu possui o direito de efetivamente ter conhecimento claro de sua acusação e defender-se da forma mais ampla possível, participando da produção da prova, e o juiz possui como função processual principal receber a prova trazida pelas partes e julgar de forma o mais isenta possível a lide. No sistema acusatório, o juiz é excluído da responsabilidade de promover a ação penal e é reservado para uma posição de imparcialidade, de equidistância das partes (passividade) e afastamento do ônus de provar a prática da infração penal, que incumbe à acusação. Neste sistema, o juiz não pode investigar, não pode dar início à ação penal, não pode modificar os fatos submetidos ao julgamento, não pode incluir de ofício novos sujeitos passivos na ação, e deve ter uma posição de distanciamento na gestão da prova.

Da Inglaterra, este sistema acusatório foi diretamente assimilado pela colônia americana, bem como foi paulatinamente introduzido na Europa Continental, apesar de

ainda existirem sistemas mistos de Juizado de Instrução, como na França e Espanha. Todavia, a moderna doutrina processual penal reconhece sem qualquer sombra de dúvidas que o sistema acusatório é o sistema processual que melhor atende às exigências de maior proteção aos direitos fundamentais da pessoa submetida à persecução penal [01]. Por exemplo, as recentes reformas processuais dos Códigos de Processo Penal de Portugal (1986), Itália (1988) e Chile (2000) expressamente acolhem o sistema acusatório e distanciam o juiz penal da iniciativa para produção da prova [02].

Neste sentido, nossa Constituição Federal de 1988 aderiu expressamente ao novo paradigma constitucional de processo penal, adotando o sistema acusatório. Ocorre que a Constituição Federal vem introduzir uma transição democrática, de forma que as antigas práticas típicas do sistema autoritário que o Brasil experimentou durante a ditadura militar fossem abandonadas em favor de um regime de respeito e proteção à liberdade. Assim, é natural que haja um tempo de maturidade para os valores trazidos pela nova Carta Constitucional sejam plenamente assimilados pela cultura jurídica. É natural que práticas que antes eram consideradas como válidas sejam progressivamente reconhecidas como aviltantes a um sistema que preze pela máxima proteção possível aos direitos fundamentais [03]. Isso impõe ao jurista uma constante atividade hermenêutica de releitura das normas legais à luz dos princípios fundamentais que a maturidade da cultura jurídica revela no arcabouço de garantias da Constituição. É a partir desta postura de abertura hermenêutica à opção interpretativa que melhor atenda às exigências do sistema acusatório que o problema da interpretação do art. 212 do CPP, sobre a ordem das perguntas das partes, deve ser inserido.

2 – Os poderes instrutórios do juiz no processo penal – atuação suplementar

O Sistema acusatório, segundo Paulo Rangel, pode ser conceituado pelas seguintes características: separação das funções de acusar e julgar, publicidade, contraditório e ampla defesa, convicção judicial mediante o livre convencimento motivado e imparcialidade do julgador [04]. Para o objeto desta análise é relevante o requisito de imparcialidade do julgador, com seu distanciamento do ônus de produzir a prova da acusação. Está ligada também ao chamado poder instrutório suplementar do juiz.

Segundo Prado, no sistema acusatório a iniciativa probatória é responsabilidade preponderante das partes, enquanto no sistema inquisitivo há proeminência da figura do juiz e a subalternidade das partes na tarefa de obtenção do material probatório, sob o dogma da busca da verdade real, que acaba gerando uma liberdade absoluta na própria condução do procedimento probatório [05]. Sobre a postura do juiz no sistema acusatório, afirma Prado [06]:

Por isso, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante.

E conclui:

Não basta somente assegurar a aparência de isenção dos juízes que julgam as causas penais. Mais do que isso, é necessário garantir que, independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja em concreto comprometida em virtude de algum juízo apriorístico.

Para Badaró, o sistema acusatório não é incompatível com a existência de poderes instrutórios do juiz, desde que estes poderes sejam efetivamente suplementares à atuação das partes. Esclarece Badaró que o juiz não pode investigar a eventual existência de fontes de prova (saber se um meio de prova existe ou não); todavia, uma vez tomando conhecimento que existe um meio de prova, o juiz poderia determinar de ofício a produção desta prova para assegurar a busca da verdade no processo [07]. Já para outro segmento da doutrina, o sistema acusatório exige que o juiz tenha iniciativa de produção de prova apenas em favor da defesa [08]. Outro segmento mais radical advoga que o juiz jamais pode ter iniciativa probatória. Neste sentido, preleciona Lopes Jr. [09]:

O juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valorar essa prova. A figura do juiz espectador em oposição à figura inquisitória do juiz ator é um preço a ser pago para termos um sistema acusatório.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuimos poderes de gestão/iniciativa probatória. Segundo Franco Cordero, a imparcialidade judicial fica comprometida com a atividade de busca probatória pois há um "primado da hipótese sobre os fatos" [10]. Esclarece Prado [11]:

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclusão ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.

Sobre este vício epistemológico do sistema inquisitivo, afirma Badaró [12]:

A concentração das funções de acusar e de julgar nas mãos de uma única pessoa, ao contrário do que se pode imaginar, não favorece a descoberta da verdade. Há um "vício epistemológico" na atividade do inquisidor que, por concentrar as funções de formular a acusação, investigar e colher as provas, além de julgar o acusado, estará comprometido a priori com a tese da culpabilidade. O cúmulo de funções em um mesmo órgão tem como consequência a perda da imparcialidade do juiz.

Neste mesmo sentido, sobre a restrição do poder de iniciativa probatória, leciona Pacceli de Oliveira [13]:

Com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que se respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. A iniciativa probatória do juiz deve se limitar, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos, aliás, da redação do art. 156 do CPP.

A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório no art. 129, I. A expressão "promover a ação penal pública" constante do referido dispositivo não se refere apenas à iniciativa de propositura da demanda. Significa promover a persecução penal,

fiscalizando a atividade investigativa da polícia, instaurando a demanda com a acusação inicial, delimitando o fato submetido a julgamento, e desincumbindo-se do ônus e provar o delito. Como compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública, o juiz deve necessariamente estar distante desta função de produzir a prova da acusação.

Conclui-se que o poder instrutório do juiz é sempre supletivo às partes, de forma que é ônus do Ministério Público trazer os meios de prova à presença do juiz para convencê-lo da prática da infração delituosa. Neste sentido, afirma Afrânio Jardim [14]:

O nosso sistema processual, através do Ministério Público, conseguiu compatibilizar a indispensável neutralidade do Juiz com a busca da verdade material ou real, por meio de uma estrutura acusatória moderna, onde o Estado atua eficazmente, impedindo que o processo penal venha a se transformar em "coisa das partes" privadas. Mesmo na criticada ação penal privada exclusiva, a presença do Ministério Público permite a perquirição da verdade, independentemente da atividade das partes, mantendo o Juiz equidistante do conflito. Assim, o poder instrutório do Juiz será sempre supletivo ao atuar probatório dos outros sujeitos do processo, sem que, com isso, precisemos retornar à origem privatística do processo.

Em síntese, a iniciativa probatória do juiz deve ser necessariamente supletiva à das partes, privilegiando-se sua posição de imparcialidade e equidistância das partes. A iniciativa de prova não é totalmente vedada, em função do princípio da busca da verdade no processo, mas é necessariamente limitada para não influenciar seu estado anímico, retirando-lhe a imparcialidade com uma atividade pró-ativa de investigação. Esta postura de imparcialidade com maior passividade e alheamento à função de produzir a prova da acusação é um dos pilares do sistema acusatório, reconhecido pela Constituição Federal.

3 - A interpretação do novo art. 212 do CPP, introduzido pela Lei n. 11.690/2008 – a ordem das perguntas entre partes e juiz

A Lei n. 11.690 entrou em vigor em 09 de agosto de 2008 e trouxe nova disciplina no tema das provas penais. Esta lei deriva de um pacote de projetos de lei encaminhados ao Congresso Nacional pela comissão de juristas instituída pelo Ministério da Justiça, com a finalidade de promover uma reforma no Código de Processo Penal. Assim, esta lei vem em conjunto com outros diplomas legais, a Lei n. 11.689/2008 (que altera o procedimento do Tribunal do Júri) e a Lei n. 11.719/2008 (que altera o procedimento, mutatio libelli, citação por hora certa etc).

Esta Lei n. 11.690/2008 alterou a redação do art. 212 do CPP. Vejamos:

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.

Verifica-se que duas foram as mudanças introduzidas pela nova lei. Primeiro, foi permitir que as partes possam fazer perguntas diretamente às testemunhas, característica típica do sistema acusatório inglês, de forma a permitir maior protagonismo das partes na produção da prova. A outra inovação está na ordem das perguntas: de acordo com o caput as partes perguntam diretamente; e em seguida no parágrafo único, sobre os pontos não esclarecidos o juiz poderá complementar a inquirição.

Para esta conclusão, podem ser utilizadas tanto a interpretação literal, histórica, a teleológica e a sistemática, além do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

3.1 - Interpretação literal

A interpretação deste dispositivo é literal e cristalina: as partes perguntam primeiro que o juiz, as perguntas feitas pelo juiz são complementares e facultativas. Para esta interpretação literal, basta analisar a seqüência das disposições: primeiro o caput autoriza as partes a perguntarem e, na seqüência, o parágrafo único autoriza o juiz a perguntar. Ademais, o parágrafo único utiliza a expressão complementação, de sorte que, para o juiz complementar algo necessariamente deverá haver os pontos não esclarecidos, decorrentes das perguntas formuladas pelas partes. Finalmente, o parágrafo único utiliza a expressão "poderá", indicando que a intervenção do juiz na produção da prova não é obrigatória mas facultativa, e apenas poderia ser facultativa se as perguntas fossem formuladas pelas partes.

Seria absurda e ilógica uma interpretação do dispositivo que defenda que a norma apenas veio possibilitar que primeiro o juiz pergunte, em segundo lugar as partes perguntem e em terceiro lugar, se o juiz tiver uma outra dúvida sobre os pontos que ele mesmo já perguntou, possa perguntar novamente, criando uma espécie de contraditório de perguntas pelo juiz. Esta interpretação peca por acabar criando uma norma sem sentido, pois, caso se entenda que o juiz deveria perguntar primeiro, ainda assim como presidente do ato processual, ele poderia a qualquer momento sanar a dúvida, não sendo necessário um artigo para falar o óbvio.

3.2 - Interpretação histórica

Alguns afirmam que o atual art. 212 não difere muito da redação do antigo art. 212, pois o antigo dispositivo afirmava que as perguntas das partes seriam requeridas ao juiz e o novo dispositivo afirma que as perguntas das partes serão formuladas diretamente às testemunhas. Assim, argumentam que a única alteração do dispositivo foi permitir as perguntas diretas, sem alterar a ordem da inquirição.

Esta interpretação é equivocada.

Com efeito, não havia na redação antiga do CPP qualquer norma que estabelecesse que o juiz perguntaria primeiro, nem mesmo havia norma que estabelecesse que o juiz faria perguntas. Estava implícito neste sistema que as perguntas eram feitas pelo juiz. Tanto que no interrogatório apenas o juiz poderia formular perguntas. Há claro ranço inquisitivo, pois o CPP de 1941 ainda trabalhava na lógica da cultura jurídica em que foi concebido, uma cultura ainda impregnada da tradição inquisitiva do processo penal

do Império e das Ordenações portuguesas, de uma postura ativa do juiz na investigação e produção da prova. Não se deve esquecer que o CPP admitia, por exemplo, a ação penal ex officio pelo juiz nas hipóteses de contravenções penais e crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa (antigos artigos 531 a 538 do CPP e Lei n. 4.611/1965). A lógica do CPP era esta: monopólio da persecução penal pelo juiz e concessão às partes (quase que como um favor) da possibilidade de participação na produção da prova. Apesar de não poderem participar do interrogatório, as partes poderiam participar da colheita dos depoimentos. Assim, esta lógica inquisitiva do CPP não pode influenciar uma interpretação atual do dispositivo à luz dos princípios constitucionais.

Ademais, se a intenção da lei fosse apenas permitir as perguntas diretas, não haveria necessidade da inclusão do parágrafo único, esclarecendo que o juiz pergunta de forma complementar, apenas se houve ponto não esclarecido, conforme já analisado supra.

3.3 - Interpretação teleológica – a ratio legis e ratio legislatoris

A interpretação teleológica também milita à favor da interpretação sustentada. É que a finalidade da norma (ratio legis) é instituir um sistema garantista que permita assegurar maior imparcialidade ao magistrado, colocando-o em uma postura de maior distanciamento da responsabilidade de comprovar a prática da infração penal. Ora, se, como vista acima na análise dos poderes instrutórios do juiz, o juiz possui apenas poderes suplementares aos das partes, nada mais lógico que o juiz pergunte após as partes. Com esta disposição se assegura que o juiz será mais imparcial e também se permite que, em caso de dúvida, o juiz possa esclarecer os pontos ainda nebulosos e assim não sacrificar o princípio da busca da verdade. Esta interpretação ali a defesa do sistema acusatório com a possibilidade suplementar de iniciativa probatória.

Analisando o processo de formação da lei em seus debates no Congresso Nacional, é possível afirmar que a vontade do legislador foi assegurar que as partes perguntassem primeiro que o juiz. Neste sentido, Comissão instituída pelo Poder Judiciário apresentou à Senadora Ideli Salvatti propostas de emendas, que foram apresentadas por esta Senadora à CCJ do Senado Federal, para alteração do PLC n. 37/2007 (originário do PL n. 4.205/2001 da Câmara dos Deputados). Dentre estas, constava a Emenda Modificativa n. 07, que alterava a redação original para permitir que o juiz perguntasse antes que as partes, ao argumento de que, sendo ele destinatário da prova, deveria ter primazia em sua colheita. Conferir o teor da emenda reprovada [15]:

Art. 212. Após a inquirição inicial do juiz, as perguntas serão formuladas, sucessivamente, pelo acusador, assistente e advogado do réu, 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.

Todavia, esta Emenda n. 07 foi rejeitada pela CCJ do Senado, que seguiu o Parecer n. 1.089/2007, da lavra do Relator do projeto de lei no Senado, Senador Mozarildo Cavalcanti. Este parecer é eloqüente e merece transcrição das partes ligadas a este ponto [16]:

Todos os projetos de lei da chamada Reforma do Código de Processo Penal estão fundados no modelo acusatório, reconhecidamente o mais apto à consecução de um processo penal não apenas ético, mas igualmente mais simples célere, transparente e desburocratizado, trazendo maior eficiência e atacando a impunidade.

Temos agora, portanto, oportunidade de ouro para romper com nossa cultura jurídica e raiz inquisitiva, tornando clara a opção pelo modelo acusatório puro.

Sucedem que, para impedir que a doutrina e jurisprudência continuem interpretando a lei nova com a mentalidade antiga, cremos ser indispensável radicalizar a redação de alguns dispositivos da presente proposição, de modo a não deixar qualquer margem para uma interpretação salvacionista de cunho inquisitivo.

[...]

Dito isto, temos que as emendas apresentadas devem ser todas rejeitadas justamente por – em nosso modesto entender – não contribuir para a adoção de um sistema acusatório que se pretende efetivo e livre de ranços inquisitivos pelo Brasil.

Como exemplo, podemos citar a Emenda n. 7 que busca preservar a inquirição inicial do juiz quando da oitiva das testemunhas, sob o fundamento que o destinatário primeiro da prova é o juiz, olvidando o fato de que o processo penal moderno é um processo de partes, em que a prova do crime incumbe essencialmente ao Ministério Público, não cabendo ao juiz, portanto, senão supletivamente à atividade das partes, qualquer iniciativa probatória.

É exatamente o que assegura, em sua redação atual, o parágrafo único do novo art. 212, do CPP: Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Ora, a rejeição da emenda mediante este parecer demonstra inequívoca intenção do legislador de cumprir o sistema acusatório previsto na Constituição, de forma que efetivamente se estabelecer que as partes devem perguntar primeiro que o juiz, reservando a este atuação supletiva, preservando sua imparcialidade mediante maior passividade na produção da prova. É certo que a vontade do legislador não é decisiva para a interpretação da lei, pois esta ganha vida própria ao ser editada; todavia, este é inequivocamente o ponto de partida hermenêutico para a construção da interpretação.

3.4 - Interpretação sistemática – a reforma do CPP

A interpretação sistemática também permite a conclusão de que a ordem das perguntas devem ser primeiro as partes e após o juiz. A Lei n. 11.690/2008 vem em conjunto com outras leis oriundas da comissão de juristas do Ministério da Justiça, para reforma do CPP. Todas estas normas buscam acolher o sistema acusatório, de forma que não se pode deixar de reconhecer que este conjunto de normas possui um viés mais garantista. Por exemplo, a Lei n. 11.719/2008 deu nova redação ao art. 384 do CPP para abolir a *mutatio libelli* sem aditamento pelo Ministério Público, que flagrantemente violava o sistema acusatório por importar em iniciativa de imputação penal de fatos novos e diversos *ex officio* pelo juízo, violando o princípio acusatório ou a ampla defesa, além é claro do princípio da correlação. Agora a nova legislação apenas permite a *mutatio libelli* mediante prévio aditamento do Ministério Público. Ademais, a Lei n. 11.719/2008 aboliu no procedimento ordinário (e em todos os demais) a fase das antigas "diligências complementares pelo juiz", prevista no revogado art. 502 do CPP. É certo que ainda existe a possibilidade de oitiva de testemunhas referidas (art. 209) bem como o juiz possui o poder de determinar re-interrogatório (art. 196). Todavia, não mais existe mais esta fase de iniciativa probatória do juiz como algo normal no procedimento, indicando que a normalidade é que as partes venham se desincumbir de seu ônus probatório mediante o requerimento dos esclarecimentos que julgarem

necessários, que então serão deferidos pelo juiz. Estas duas inovações decorrentes da revogação da *mutatio libelli ex officio* pelo juiz sem aditamento bem como a revogação da fase das diligências complementares pelo juiz são indicativas da intenção da reforma, de colocar o juiz em uma posição de maior imparcialidade, distanciando-o da produção de ofício da prova e das atividades da acusação. Portanto, não há dúvidas que o sistema processual decorrente da reforma é o sistema acusatório. Assim, a interpretação do novo art. 212 deve ser feita dentro deste contexto de uma reforma destinada a assegurar a implantação do sistema acusatório, o mais puro possível. O fato de o juiz formular perguntas após as partes colocará necessariamente o juiz numa posição de mais distância do ônus de provar e certamente auxiliará a mudar a atual cultura inquisitiva que ainda permeiam algumas das disposições do CPP e estão presentes na praxe forense.

Para que a interpretação sistemática não fique truncada, é necessário analisar suas implicações com outras situações nas quais o Código ainda mantém ordem diversa para as perguntas. Por exemplo, no interrogatório, a ordem das perguntas de acordo com o art. 188 será primeiro o juiz e após as partes. Especificamente para o interrogatório há uma lógica de o primeiro a indagar ser o juiz, pois o interrogatório é um ato de autodefesa e também um ato de prova, consistente no direito do réu de fornecer diretamente ao juiz de seu caso a sua versão dos fatos. Desta forma, sendo o interrogatório ato de autodefesa, justifica-se que seja dirigido ao juiz e, portanto, por ele presidido. Ademais, não se pode esquecer que, até antes da edição da Lei n. 10.792/2003 as partes sequer participavam do interrogatório, que era entendido como "ato privativo do juiz". Assim, conceder a palavra às partes após o juiz já foi considerado um avanço processual nesta época.

Outra situação na qual há ordem diversa para as perguntas é no julgamento plenário do Tribunal do Júri, conforme determina o art. 473, caput, do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008. Este dispositivo incluiu o sistema de perguntas diretas pelas partes, mas manteve a ordem de inquirição inicial pelo juiz. Entendemos que a manutenção desta regra especificamente para o Tribunal do Júri possui sua lógica também. Provavelmente a disposição é feita para evitar que os jurados sejam influenciados por uma instrução conduzida majoritariamente pela acusação. Quem pergunta primeiro normalmente explora mais o potencial de informações de uma testemunha, restando aos demais apenas esclarecer os pontos não explorados; como normalmente as testemunhas dos fatos já constam do inquérito e, portanto, são testemunhas da acusação (já que o ônus de comprovar a culpa é da acusação), se as partes perguntassem antes do juiz presidente aconteceria que a maioria das provas seria explorada pela acusação, situação que poderia induzir os jurados a crerem que a acusação possui mais provas que a defesa e, portanto, sua tese é a correta, o que não necessariamente é verdade. Ademais, como o juiz presidente não julga os fatos, esta situação de perguntar primeiro não comprometeria sua imparcialidade e, portanto, não violaria o sistema acusatório, apenas asseguraria melhor andamento dos trabalhos em

um procedimento muito mais ritualístico que o habitual. Portanto, o fato de no julgamento plenário do Tribunal do Júri a ordem das perguntas ser primeiro juiz e após as partes não traz qualquer assistemática à interpretação literal do art. 212.

3.5 - A máxima efetividade das normas constitucionais como guia hermenêutico

Finalmente, considerando que o sistema acusatório foi expressamente acolhido pela CF/1988, art. 129, I, esta interpretação teleológica acima exposta do art. 212 possibilita a máxima efetividade das normas constitucionais. Em tese (e o fazemos ad argumentandum), o Poder Judiciário, ao interpretar a norma do art. 212 do CPP, possui duas opções: entender que o juiz ainda possui o poder de perguntar primeiro (portanto, possui uma postura mais ativa na colheita da prova) ou entender que a reforma alterou a ordem para preservar-lhe maior imparcialidade. A pergunta trivial é: qual das duas interpretações assegurará uma maior efetividade à norma constitucional? Certamente, a interpretação que permitir maior imparcialidade do magistrado, sem sacrificar o princípio da busca da verdade no processo.

Assim, a máxima efetividade das normas constitucionais deve guiar o processo de hermenêutica jurídica, balizando o discurso jusfundamental tendente à concretização destes princípios fundamentais na leitura (e releitura) da legislação infraconstitucional.

4 - Consequência da violação ao art. 212 do CPP

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

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

A nova regra do art. 212 visa quebrar uma cultura secular de inquisitorialidade judicial. Há uma forte resistência à mudança das regras. Talvez alguns Promotores de Justiça não desejam a alteração da regra pois ela implicará na obrigação deles deverem assumir sua responsabilidade constitucional de efetivamente promover a ação penal, havendo, em consequência, maior trabalho aos Promotores de Justiça, que deverão preparar-se adequadamente para as audiências para preparar suas perguntas às partes (já que deverão perguntar em primeiro lugar e o ônus de provar é todo seu). Talvez alguns Juízes também não vejam com bons olhos a alteração, pois temam que ela signifique simbolicamente perda de poderes pelo magistrado (tanto que houve proposta oriunda de comissão do Poder Judiciário para Emenda Modificativa do dispositivo quando de sua tramitação no Senado Federal), descurando que a função do magistrado juiz imparcial, presidente da ordem dos trabalhos, e fiscal da restrição dos direitos fundamentais é das mais relevantes na estrutura garantista de processo.

Todos são resistentes a mudanças, especialmente o é o Poder Judiciário, guardião da ordem e tradicional por definição. Para se mudar uma cultura secular de ranço inquisitivo é necessária uma postura também radical.

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

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

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

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

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

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

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

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

Infelizmente, até que a cultura jurídica assimile aos novos valores do sistema acusatório, será necessária a medida drástica da nulidade absoluta para assegurar o enforcement das novas regras legais.

Para assegurar a aplicação das novas regras, entendemos admissível reclamação, por se tratar de decisão do juízo que causa inversão tumultuária dos atos processuais contra a qual não há previsão de outro recurso específico.

Registre-se que diariamente são julgados inúmeros processos nas varas criminais, e uma posição rápida e clara dos Tribunais sobre qual a correta interpretação do art. 212 do CPP é essencial para a normalidade dos trabalhos forenses.

Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que o art. 212 do CPP, em sua nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008, efetivamente determina que as perguntas sejam primeiro formuladas pelas partes e, após, pelo juiz. A disposição é fundada na concretização das normas constitucionais relativas ao sistema acusatório (CF/1988, art. 129, I), que determinam um distanciamento do juiz das funções de acusação, dentre as quais inclui-se o ônus da prova de acusação. Esta conclusão pode ser obtida pela interpretação literal do dispositivo, interpretação histórica, interpretação teleológica (análise da vontade do legislador), interpretação sistemática (análise dos demais institutos introduzidos pela reforma tendentes à implantação do sistema acusatório) e, especialmente, em atenção ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. A inobservância deste novo procedimento gera a nulidade absoluta da prova produzida em inobservância ao princípio constitucional ora concretizado.

Notas

Segundo Ferrajoli, o princípio acusatório, representando na separação das funções de acusar e julgar, é essencial à existência de um sistema garantista. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Zomer; Choukr, Tavares; Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 75. Também advogando a evidente superioridade do sistema acusatório, v. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: RT, 2003, p. 115.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, item 3.1.4.

Sobre o fenômeno político da transição democrática, v. PRADO. Op. cit., p. 37.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 55.

PRADO. Op. cit., p. 136.

PRADO. Op. cit., p. 108, 110-111.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: RT, 2003, p. 167-168.

PRADO. Op. cit., p. 139

LOPES JR. Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 86.

Apud LOPES JR. Op. cit., p. 89.

PRADO. Op. cit., p. 137.

BADARÓ. Op. cit., p. 117.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. Curso de processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 9.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45.

Disponível em <
<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getHTML.asp?t=11213>>. Acesso em:
11 ago. 2008.

Publicado no Diário do Senado Federal, 20 nov. 2007, p. 40.983-41.003. Também disponível em:
<<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2007/11/19112007/40983.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2008. (grifo nosso).

Apud FERRAJOLI. Op. cit., p. 496.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 8ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 27-28.

* Promotor de Justiça do MPDFT, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Professor de Direito Processual Penal da FESMPDFT..

Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11604>> Acesso em: 15 ago. 2008.