



...e cumprirão o artigo 212 do CPP?

O mais difícil não é mudar a lei, mas as práticas judiciárias e a cultura,

especialmente a inquisitória, ainda tão arraigada no modo de agir dos atores judiciários. O processo penal brasileiro, assumidamente inspirado na matriz fascista do Código de Rocco (basta ler a Exposição de Motivos do atual CPP), estruturou a figura do juiz-ator, ativo na busca da prova, inclusive de ofício (marca indelével de uma estrutura inquisitória, como cansou de advertir Jacinto Coutinho), presidente supremo da audiência e praticamente o gestor da produção da prova testemunhal. Esse juiz-ator-inquisidor, no modelo do CPP, mais do que destinatário da prova, é o verdadeiro "dono" da prova (por exemplo, artigo 156 do CPP). O problema é que isso fere de morte a estrutura dialética do processo (*actum trium personarum*), pois juiz que vai atrás da prova é um juiz contaminado, que decide primeiro e depois produz a prova que vai justificar sua própria decisão^[i]. Lavora em solitário (Franco Cordero) e não na dialética processual-acusatória que se espera, em pleno século XXI, de um juiz penal. Sem falar que o maior prejuízo está na falta de condições de possibilidade de termos um juiz imparcial. A imparcialidade exige do juiz um afastamento, um estranhamento, um alheamento (*terzietà*) em relação à arena das partes e sua atividade. O juiz é um ser ontologicamente concebido para ser um "ignorante", pois ele ignora as provas e os fatos (isso é a originalidade cognitiva que se espera), sendo essa a condição primeva para termos imparcialidade^[ii].

Nessa perspectiva, o modelo de *cross examination* é uma decorrência natural, ou seja, a prova testemunhal deve ser trazida ao processo pelas partes e submetida ao exame cruzado, perguntas e reperguntas das partes, sendo o juiz o destinatário do produto desse debate. Portanto, o protagonismo é, evidentemente, das partes, e não do juiz, que deve presidir o ato (missão fundamental) e garantir o contraditório. Falar em juiz-espectador, e não mais em juiz-ator, é situar-se na transição do modelo inquisitório para o processo penal acusatório-constitucional, não podendo ser confundido com diminuição da figura do julgador ou em um *juiz-samambaia*, como já se disse maldosamente alhures, em absurdo reducionismo e incompreensão do que estamos tratando. A imparcialidade exige umafastamento (e uma estética de afastamento) do juiz do espaço de atividade probatória das partes, impondo que efetivamente ele esteja "cognitivamente aberto", livre, disponível para ser convencido pela prova produzida pelas partes.

Essa breve, mas crucial e complexa introdução, serve para situar a discussão feita em torno da "nova" (já se vão mais de nove anos de vigência e polêmica!) redação do artigo 212 do CPP, introduzida pela reforma de 2008. Recordemos:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas, 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.

A mudança foi muito importante e adequada, para conformar o CPP à estrutura acusatória desenhada na Constituição, demarcando a separação das funções de acusar e julgar e, principalmente, atribuindo a gestão da prova às partes.

Trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático. Portanto, o juiz deixa de ter o papel de protagonismo na realização das oitivas, para ter uma função completiva, subsidiária. Não mais, como no modelo anterior, terá o juiz aquela postura proativa, de fazer dezenas de perguntas, esgotar a fonte probatória, para só então passar a palavra às partes, para que, com o que sobrou, complementar a inquirição.

Neste novo modelo, o juiz abre a audiência, compromissando (ou não, conforme o caso) a testemunha, e passa a palavra para a parte que a arrolou (MP ou defesa). Caberá à parte interessada na produção da prova efetivamente produzi-la, sendo o juiz — neste momento — o fiscalizador do ato, filtrando as perguntas ofensivas, sem relação com o caso penal, indutivas ou que já tenham sido respondidas pela testemunha. Após, caberá à outra parte fazer suas perguntas. O juiz, como regra, questionará ao final, perguntando apenas sobre os pontos relevantes não esclarecidos. É, claramente, uma função completiva, e não mais de protagonismo.

O juiz preside o ato, controlando a atuação das partes para que a prova seja produzida nos limites legais e do caso penal. Ademais, poderá fazer perguntas, sim, para complementar os pontos não esclarecidos. Jamais se disse que o juiz não poderia perguntar para as testemunhas na audiência! O ponto nevrálgico é: poderá o juiz fazer perguntas para a testemunha, mas não como protagonista da inquirição.

Infelizmente, como diria Einstein, que época triste esta nossa, em que é mais fácil quebrar um átomo do que um preconceito...

A reforma veio, mas as práticas inquisitórias continuaram. Para agravar o cenário, os tribunais brasileiros também fizeram uma leitura bastante reducionista da situação e passaram a admitir a inversão na ordem das perguntas e o retorno do juiz-ator-inquisidor. Ou seja, rasgaram o artigo 212 do CPP. Disseram qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, recordando as inumeráveis lições de Lenio Streck sobre o erro e o perigo desse tipo de decisionismo. O conceito coringa, para salvar um jogo perdido, foi invocar a famigerada tese de "nulidade relativa" e a falta de "prejuízo" (<https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>). Mas há esperança.

No HC 111.815/SP^[iii], julgado no dia 14/11/2017, a 1ª Turma do STF (por maioria, houve divergência em relação à extensão do HC) decidiu que, "na audiência de instrução e julgamento, o juiz deve observar o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal (CPP), a fim de que, primeiramente, as partes interroguem as testemunhas, podendo o magistrado formular perguntas apenas quando algum esclarecimento for necessário".

A turma acolheu o HC para determinar a nova inquirição das testemunhas, observada a regra do artigo 212 (disse o óbvio, convenhamos...) do CPP.

Interessante a manifestação do ministro Marco Aurélio no sentido de anular todo o processo-crime, a partir da audiência de instrução e julgamento, porque "fica difícil para o Estado-juiz, iniciando o interrogatório, manter a equidistância. Segundo o ministro, a praxe da referida juíza é no sentido de dar início às perguntas a serem formuladas para as testemunhas e depois dar a palavra às partes, sem prejuízo de complementação de novas perguntas pelo juízo. 'Não posso fechar os olhos ao que assentado pela magistrada', ressaltou o relator ao destacar que a própria juíza disse claramente que adota a prática em todo e qualquer processo-crime. O ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator".

A decisão é muito recente e não está disponível o inteiro teor do acórdão, o que deve ocorrer nos próximos dias, mas as informações do julgamento contidas na notícia fornecida pelo STF já são alentadoras.

São quase 10 anos de vigência do artigo 212, cuja redação é claríssima e não dá margem para a interpretação (absurdamente restritiva) feita por muitos juízes e tribunais, que nada mais fazem do que negar o novo e perpetuar as velhas práticas inquisitórias, no mais puro e absurdo decisionismo. Não há espaço interpretativo na redação do artigo 212 que autorize o protagonismo inquisitório do juiz e tampouco a inversão da ordem das perguntas.

O parágrafo único então é ainda mais claro e inequívoco: "Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição".

Respeitando minimamente o tipo processual penal (Princípio da Legalidade), extraímos três regras básicas:

- o juiz pergunta depois das partes (exigência do *caput*, clara e taxativa: "As perguntas serão

formuladas pelas partes");

- o juiz pergunta depois das partes e apenas sobre os "pontos não esclarecidos";
- a atuação do juiz é "complementar", não protagonista.

Acabou, ou pelo menos deveria ter acabado, desde 2008, o juiz-ator-protagonista-da-instrução, que começava perguntando para as testemunhas, esgotava a sua inquirição e inquisição, deixando o que "sobrasse" para as partes, que nada mais faziam do que um puro golpe de cena, pois o juiz já estava convencido e "satisfeito" (logo, ausente o "efeito atenção", bem explicado por Ruiz Ritter^[1]).

Disso já sabemos todos, mas, em um país em que vale mais o argumento de autoridade do que a autoridade do argumento, ainda estava faltando, para muitos julgadores, a palavra do pai-tribunal. Pois aí está.

Agora, que se cumpra o artigo 212 do CPP, apenas isso!

[1] Na obra *Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. Editora Empório do Direito, 2017.

[i] MORAIS DA ROSA, Alexandre. <https://www.conjur.com.br/2017-jan-27/limite-penal-tao-conveniente-antidemocratico-decidir-depois-justificar>

[ii] Sobre essas questões, remetemos o leitor para nossa obra *Direito Processual Penal*, 14ª edição, e também *Fundamentos do Processo Penal*, 3ª edição, ambas publicadas pela editora Saraiva.

[iii] <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=361859>

Date Created

17/11/2017