
A INQUISIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O DESRESPEITO AO ART. 212 DO CPP QUANDO O JUIZ RESOLVE SER PARTE

Marcelo Fernandez Urani^{*}
Rodrigo Moretto^{**}
Thaís Zanetti de Mello Moretto^{***}

RESUMO: Durante o desenvolvimento do direito processual penal, dois foram os sistemas adotados (acusatório e inquisitório). Sua adoção dependia das condições políticas de cada Estado, reflexo de aspirações democráticas ou autoritárias.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Sistemas. Acusatório. Inquisitório.

^{*} Advogado. Professor de Direito Processual Penal e Direito Penal na Faculdade Ruy Barbosa, Professor convidado na Pós-graduação em Ciências Criminais da Universidade Federal da Bahia, Ex-Conselheiro Penitenciário no Estado da Bahia, Especialista em Ciências Criminais pela UNESA e Mestrado em Ciências Criminais pela PUC/RS.

^{**} Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Especialista em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Cedido para a Divisão de Gerenciamento de Ações Prioritárias da Procuradoria Regional Federal da 4ª Região (PRF4). Professor da Rede Metodista de Educação do Sul IPA, Professor convidado da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul e da Escola Retorno Jurídico. Ex-diretor adjunto da Escola Superior de Advocacia (ESA OAB/RS). Membro da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais (ABPCP) e sócio do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

^{***} Professora. Doutoranda (aluna especial) no PPG em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Especialista em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Especialista em Ciências Criminais pela Rede Metodista de Educação do Sul - IPA, Graduada em Direito pela Rede Metodista de Educação do Sul - IPA. Ex-Conselheira da Comunidade para assuntos Penitenciários - CCPOA. Pesquisadora. Lecionou na Pós-Graduação (Especialização) em Segurança Pública e Qualidade de Vida; Segurança Pública e Gestão de Trânsito; Ciências Criminais e Direito Penal e Processo Penal do Centro de Ensino Superior Sul Brasileiro de S.C (CESULBRA). Colunista colaboradora do Jornal de Pelotas - Diário de Notícias. Docente convidada da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do RS - FESDEP.

INTRODUÇÃO

Segundo GOLDSCHMIDT (1961, p. 111), o processo penal é o termômetro político de uma nação *los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política de la acusación estatal*.

É com a Revolução Francesa que Napoleão engendrou, então, um terceiro “sistema” processual, cujo nome denominou-se de “sistema misto”, *i.e.*, a junção de características no modelo inquisitorial em uma primeira fase e acusatório em uma segunda fase.

Ainda neste sentido, resta registrar que os *modelos processuais puros* já não mais existem (são históricos), no entanto, isto não impede o alcance de uma característica diferenciada, já que muitos elementos estão presentes em ambos os modelos, sem que isto necessariamente elimine com a sua natureza. Sendo assim, classifica-se o processo acusatório através da separação das atividades de - acusar e julgar -, entendendo-se por inquisitório o modelo no qual o juiz acumula estas funções, com a matéria de prova pouco regulamentada, conferindo-lhe poderes amplos para facilitar a descoberta da “verdade” para o processo penal. (TONINI, 2002, p. 16)

Em sentido diverso, COUTINHO (2001, p. 23-24) esclarece que o traço diferenciador dos modelos citados é a *gestão da prova*, uma vez que esta resta confiada ao juiz no modelo inquisitório, enquanto no modelo acusatório ao cargo das partes, assim a separação de funções seria o elemento diferenciador secundário, o *Ordonnance Criminelle* (1670) de Luís XIV seria um exemplo de processo inquisitório, mas de um processo inquisitório onde havia partes.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS

É através da gestão probatória que acaba se esclarecendo o modelo processual adotado, é o núcleo fundante (LOPES Jr., 2008, p. 70). O magistrado, possuidor de poderes instrutórios, desenvolve o *primato dell'ipotesis sui fatti*, gerando quadro mental paranoico (CORDERO, 1986, p. 51). Veja-se que no processo penal pátrio, a gestão da prova também se encontra confiada ao juiz, e não apenas às partes (exigência do modelo acusatório), já que se encontra esta identificação exatamente na leitura do art. 156 do CPP, agravada, inclusive, pela possibilidade do juiz determinar diligências antes mesmo de iniciada a ação penal, atingindo, por evidente, o princípio da imparcialidade.

Nesta perspectiva COUTINHO (2001, p. 25) esclarece que *deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão pela qual pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão, decide-se antes e busca-se a prova necessária para justificar a sentença, já construída intimamente a partir de uma premissa falsa, ocasionando uma verdade falsa, segundo CORDERO (2000, p.19) soberano de la partida, el inquisidor elabora hipótesis dentro de um marco paranoide.*

O “sistema” misto incorre no mesmo engodo que o modelo inquisitório, no qual a primeira fase, pautada no princípio inquisitório, contamina por completo a segunda fase, ingenuamente regida pelo contraditório. Em verdade, o que se percebe é que a primeira fase lastreia-se na busca pela verdade, na valoração do juízo de fato e sem qualquer contraditório, o poder sem contra poder, ficando para um momento posterior aquilo que seria o processo. A busca pela verdade histórica (primeira fase) é guiada pela conduta tipificada, *i.e.*, já há um prévio direcionamento da fase preliminar aos tipos penais, agravado pela *ausência* do contraditório prévio (KHALED JR., 2009, p. 69). Basta uma segunda etapa, aparentemente ‘processual’, para

(con)validar tudo o que havia sido realizado no primeiro momento.

Assim, CORDERO (1986, P. 68) registra que este “sistema” misto foi apenas um compromisso do antigo regime de 1670 e da própria legislação posterior a revolução, representando na sua essência a opção por manter a figura do inquisidor. Por sua vez, COUTINHO (2008, p. 69) desaconselha a junção de princípios antagônicos em um denominado “sistema” misto que *il sistema inquisitório non può convivere com il sistema accusatorio, non solo perché la “contaminatio” è irragionevole sul piano logico, ma anche perché la pratica sconsiglia una commistione del genere.*

Deste modo, conclui-se que este “sistema” misto não é uma realidade factível. O modelo acusatório é regido pelo princípio dispositivo, no qual o juiz não atua *ex officio*, mas figura como um juiz espectador e garantidor das regras do jogo. Enquanto o inquisitorial é baseado no princípio inquisitivo, agindo independente de provocação das partes interessadas, como se protagonista do processo fosse, podendo investigar e recolher as provas para ao final decidir. São sistemas baseados em princípios inconciliáveis entre si, que dada à natureza de cada um tornam as suas existências impraticáveis dentro do mesmo modelo processual.

Diante da perspectiva acusatória, que mais se adequa ao modelo constitucional,¹ pode-se apontar ao processo a finalidade de (re)constituição do acontecimento passado, uma atividade de reconhecimento frente a um juiz que desconhece, mas precisa reconhecer para decidir (COUTINHO, 2004, p. 79). Portanto, é necessário que haja um juiz-espectador, ou dito de outro modo, um magistrado que não atue como parte, mas sim como um juiz garante, sem a típica ambição de verdade, marca do modelo inquisitório. Apenas a proposta acusatória assegura a imparcialidade - e há muito sabemos disso - *en el proceso acusatorio este es una pura operación técnica, pues un resultado equilibra al outro* como define CORDERO (2000, p. 90), com um só valor, o *fair play*, num processo estruturado na argumentação dialética.

Entretanto, a função do processo não fica somente atrelada à atividade de reconhecimento, sendo assim, LOPES Jr. (2008, p. 27) constata que o processo penal, além deste objetivo, também é instrumento de proteção ao ‘débil’, é a sua instrumentalidade constitucional que busca tutelar ao máximo os direitos e garantias individuais dos cidadãos, limitando o exercício do poder punitivo. Segundo

¹ A opção pelo sistema acusatório pode ser extraída dos art. 1, *caput*, inc. III, art. 4. inc. II, art. 5, *caput*,

salienta FERRAJOLI (1999, p. 54), *los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia*.

A pretendida “verdade real” – enquanto exata correspondência do fato ocorrido - é *impossível* de ser realizada. O fato, enquanto acontecimento passado fica estacionado no ontem, e no presente o máximo que se pode fazer é uma aproximação do ocorrido. Neste ponto KHALED Jr. (2009, p. 314) propõe que esta reconstrução seja feita com base nos rastros, uma representação do acontecido, jamais de forma igual até porque *é preciso tomar ciência da não equivalência da representação em relação ao passado, ou seja, entre “o que foi e já não é”*.

Tais rastros são registros parciais do ocorrido, a matéria prima, (KHALED Jr., 2009, p. 215) são as provas neste caminho reconstutivo. Daí a ponderação de CORDERO (2000, p. 03) ao assinalar que as provas são sempre indiretas, já que jamais irão conseguir transpor o fato passado ao presente, é o tempo escoado (KHALED Jr., 2009, p. 349). *A flecha do tempo é irreversível, e irreversível é o fato passado* (Comte Spovile).

Tanto assim que CARNELUTTI (1965, p. 04), na segunda fase de sua vida
inc. XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LX, LXI,

intelectual, pontuou: *insomma la verità é tutto, non nella parte; e Il tutto é troppo per noi.*

Apesar da verdade não ser o ponto principal do processo, ela não é descartada dele, como destacou FERRAJOLI (2002, p. 38) *se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade.* Mas a verdade que se busca é aquela pautada no verossímil, construída com - rastros e indícios do acontecido-, é o máximo que o processo penal pode se aproximar (KHALED Jr., 2009, p. 250).

O fato retratado é a imagem da ausência, de acordo com RICOUER (2003, p. 374) *la representación historiadora es sin duda la imagen de la cosa ausente,* inconcebível de ser exatamente o que um dia foi, enquanto passado que é, nele repousa.

Então o processo passa a ser pautado em uma luta de discurso, nas palavras de LOPES Jr. (2008, p. 530) sobre onde o processo deve chegar, *o resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento.* Jamais como revelação da verdade (real).

Neste ponto FERRAJOLI (2002, p. 42) é claro quanto à forma de convencimento:

Que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximadamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior “poder de explicação” e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso.

O principal do processo (acusatório), então, é o convencimento do juiz, já que a verdade assume um posto secundário. Nesta senda, a prova deixa de ser meio de estabelecimento da verdade, e passa a instrumento de convencimento judicial.

Nestes termos, ARAGONESES ALONSO (1986, p. 271) se posiciona como sendo a atividade probatória um fim encaminhado ao convencimento *psicológico* do juiz. O que vem também a diferenciar o processo acusatório do inquisitório é a luta de discurso, recusando a verdade como fim do processo (LOPES Jr., 2008, p. 530), então, o juiz – deve - assumir uma posição *passiva*, de destinatário final das provas, e, (não) buscar um resultado.

Nesta configuração, o processo é visualizado como um procedimento em contraditório (Fazzalari), sendo a atuação do juiz, enquanto perseguidor da verdade, completamente inaceitável, pelo que desequilibra o princípio da igualdade

art. 129, inc I, da Carta Magna.

processual, já que o magistrado atuaria como parte, sendo que, parte é sujeito interessado, e como tal, este qualificativo não pode ser atribuído ao juiz, sob pena de quebra da imparcialidade. Não só passando a ter poder instrutório, inevitavelmente dará maior destaque as suas teses do que aquelas lançadas pelas partes, desenvolvendo os quadros mentais paranóicos (Cordero).

Abordando o erro no ativismo judicial, fruto da gestão da prova, PRADO (2006, p. 141) explica a problemática desta questão *quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada.*

Portanto, GIACOMOLLI (2006, p. 224) aponta que, sendo o juiz o destinatário da prova, não deve produzi-la, e se a determinação ocorre é por estar em *dúvida* e a decisão deve(ria) ser favorável ao réu. *Por isso, a atividade probatória do juiz se dá em favor da acusação, além de ser uma iniciativa do sujeito encarregado de acusar.*

O juiz deve permanecer alheio e equidistante ao embate processual, pois desta forma conseguirá manter a isenção suficiente para um julgamento imparcial (que se deseja: sempre), ponto no qual

GOLDSCHMIDT (1961, p. 113-114) deixa claro que, o processo acusatório, ao retirar as tarefas de recolhimento probatório e de averiguação da verdade, acaba por garantir com que haja um julgamento imparcial, e ao mesmo tempo, assegura a própria dignidade do acusado enquanto cidadão.

Toda a atividade processual realizada pelo juiz, que importar em atuação *ex officio*, afronta o modelo acusatório, pelo que sua função precisa, necessariamente, restringir-se a tutelar os direitos e garantias fundamentais do acusado, não devendo este ser visto como objeto de investigação, mas sim na condição de sujeito de direitos e parte atuante no processo.

Nesta sistemática, condenação sem pedido expresso da acusação, decretação de prisão *ex officio*, determinação de oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes, violam o sistema acusatório, pois demonstra que o juiz deixou sua posição de terceiro para atuar como se parte interessada fosse².

2 ATOS PROCESSUAIS

Assim, como o processo penal já não mais coaduna com a idéia de um

² Art. 5, inc. II, 28, 127, 156, 209, 234, 311, 383, 385 e 574 todos do CPP, dentre outros da própria legislação processual e extravagante.

sistema misto ou com a interferência dos princípios do processo civil, também há de se fazer esta leitura quanto aos atos processuais, pois não raras às vezes, o operador do direito, marcado por esta principiologia inquisitorial atropela garantias, não reconhecendo que tais atos, em verdade, são nulos, cabendo ao magistrado demonstrar que esta ofensa a ritualista processual (garantia do acusado) não gerou prejuízo ao réu, invertendo-se assim a lógica até hoje adotada pela manualística.

Já demonstrado por inúmeros doutrinadores, dentre eles TOVO, não há mais como se aceitar a velha, mofada e inconsistente criação e separação de atos nulos e anuláveis, uma vez os atos quando nascem viciados, são, a priori, nulos, pois desrespeitam as regras do jogo processual, as quais servem de garantias ao acusado e o seu desrespeito ou flexibilização acarretam em prejuízos, os quais dispensam demonstração, apesar da ancestral jurisprudência, criada sob o manto autoritário do código Rocco, não reconhecer tal posição.

Chegasse a vergonhosa posição, especialmente pelas cortes superiores (LOPES Jr., 2006, p. 406-411), quando não se tratam de réus com suas prerrogativas, de se afirmar que cabe a parte que alegou provar o prejuízo, ainda que este trate

diretamente norma constitucional insculpida no artigo 5º (direitos e garantias), as quais sequer podem ser alteradas por emendas constitucionais.

Mas nossos operadores jurídicos, especialmente quando tratam do processo, vem de forma corriqueira, desrespeitando o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o prazo razoável de duração do processo e a presunção da inocência, pois sabem que estão amparados por doutrinas ultrapassadas, fundadas na ideia de uma *teoria geral de processo*, a qual não reconhece as peculiaridades do processo penal, como já alertado por BINDER.

A Constituição Federal, em seu artigo 129, I, declarou, de forma expressa, que cabe ao Ministério Público promover privativamente a ação penal pública e, portanto, nos parece claro que o legislador constitucional instituiu um primeiro limite ao devido processo penal, *i.e.*, a quem cumpre acusar.

No mesmo sentido, o contraditório e a ampla defesa, como garantias ao acusado, são fontes que o devido processo legal não pode permitir violação, de forma que qualquer ataque, por si só, torna os atos nulos. Entretanto, no caso concreto poderão ser ou não sanáveis.

O devido processo legal, vislumbrado enquanto 'justo' processo, ao

menos se busca isso através das garantias, acaba sendo uma ferramenta do acusado contra o abuso estatal, sendo assim, é benéfico que se discorra acerca das nulidades geradas por desrespeito as normas legais (princípio da reserva legal) instituídas para sua eficaz aplicação.

Por isso é que, não mais se discute se as nulidades são absolutas ou relativas, tampouco se fala na famigerada demonstração do prejuízo, tendo em razão que com a leitura constitucionalizada do processo penal resta evidente que havendo desrespeito a qualquer das cláusulas pétreas, está, então, demonstrada a nulidade. Sendo assim, na análise do caso concreto deve-se verificar a possibilidade de saná-la, *i.e.*, quando ainda haja instrumentos aptos a tornar o ato válido e eficaz. Cabe aqui trazer a baila o parecer do Procurador LENIO LUIZ STRECK, na Apelação Criminal nº 70.031.125.735, TJRS

[...] não é possível exigir a demonstração de prejuízo para a decretação da nulidade, uma vez que o princípio *pas de nullité sans grief* não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, de maneira que toda nulidade pressupõe um prejuízo, sendo antigarantista e metafísico qualquer entendimento em contrário; e que tampouco se pode alegar que as partes convalidaram os atos instrutórios, sob pena de se passar de um “processo de partes” para um “processo das partes” – na qual ela disponibilizariam do seu próprio manejo – e, assim, colocar em xeque a função jurisdicional. Ademais, mesmo que não se concorde com a revogação do referido princípio, a tese da nulidade relativa tampouco resiste ao argumento de

Paulo Busato, membro do MP/PR e professor da UFPR, para quem não há de se falar em nulidade relativa, convalidável mediante ausência de prejuízo. Isto porque a contaminação da prova pela atuação do juiz gera duplo e necessário prejuízo: por um lado, invalida a prova, visto que o prejuízo é pressuposto; e, por outro, torna suspeito o juiz, ao menos à luz de um sistema acusatório. Assim, ao contrário do que se afirma, é o próprio princípio reitor *pas de nullité sans grief* que torna inviável a tese adotada por este órgão fracionário, segundo afirma o professor paranaense.

O discurso judicial, utilizado para reduzir garantias, pois todas as nulidades tornam-se relativizadas e, portanto, deve-se demonstrar o prejuízo, em realidade, são formas processuais para ocultar ideologias, focalizando-se para suprimir garantias em nome de palavras de ordem como: ‘interesse público’ e ‘eficiência processual’.

Seguindo na esteira de LOPES Jr. (2006, p. 381-390) no processo penal a nulidade de um ato depende sempre do reconhecimento através de uma decisão judicial, ocorre que os juízes, por trazerem o ranço proveniente do processo civil e da chamada dicotomia público/privada se escondem atrás da teoria do *pás nullité sans grief* para não determinar a repetição dos atos considerados nulos por ferirem direito e garantia do réu e, portanto, cláusulas pétreas indisponíveis.

Não há mais espaço para que se discuta se a nulidade é absoluta ou relativa. Aqueles que, deste entendimento compartilham, não reconhecem quem são

as partes processuais, ou seja, quem são os atores processuais. No processo penal, teoricamente, há um embate entre aquele que acusa (e prova), aquele que é acusado (e não lhe cabe provar a inocência) e o juiz, terceiro imparcial que deve estar atento às regras processuais (garantias do cidadão frente ao Estado) sejam respeitadas, sob pena de retornarmos a ideia de que o processo penal é inquisitorial.

Aqueles que ainda aceitam a existência de nulidades absolutas e relativas, só podem aceitar que as leis processuais penais infraconstitucionais podem se sobrepujar aos princípios constitucionais, pois não percebem que o processo penal e sua forma processual são, em realidade, uma garantia do cidadão contra os abusos já perpetrados pelos Estados (garantia e limitação do poder) (LOPES Jr., 2006, p. 392), como destaca FERRAJOLI, não se pode permitir que haja retrocesso dos direitos e garantias conquistados, mesmo que assim requeira a maioria, pois a ela não é dada esta prerrogativa (cláusulas pétreas), motivo pelo qual também não aceitamos a possibilidade de preclusão pelo transcorrer temporal.

A atipicidade das formas processuais e sua convalidação por inexistência da demonstração do prejuízo

pela defesa, só demonstra o caráter utilitarista e punitivista, para usarmos os termos de LOPES Jr. (2006, p. 385), servindo a uma fraude processual, o que nos parece que abre a possibilidade ao acusado de se fazer valer do direito de resistência, uma vez que o Estado não lhe assegura direitos e garantias provenientes da Constituição Federal e de tratados internacionais, assim:

Juridicamente, o direito de resistência é um direito secundário, do mesmo modo como são normas secundárias as que servem para proteger as normas primárias: é um direito secundário que intervém num segundo momento, quando são violados os direitos de liberdade, de propriedade e de segurança, que são direitos primários. E também é diverso porque o direito de resistência intervém para tutelar os outros direitos, mas não pode por sua vez ser tutelado, devendo portanto ser exercido com todos os riscos e perigos. Num plano rigorosamente lógico, nenhum governo pode garantir o exercício do direito de resistência, que se manifesta precisamente quando o cidadão já não reconhece a autoridade do governo, e o governo, por seu turno, não tem mais nenhuma obrigação para com ele. (BOBBIO, 1992, p. 95-96)

LOCKE demonstra a previsibilidade da resistência justificada nesta modelagem:

[...] sempre que os legisladores tentam tirar e destruir a propriedade do povo, ou reduzi-lo à escravidão sob poder arbitrário, entra em estado de guerra com ele, que fica assim absolvido de qualquer obediência a mais, abandonando ao refúgio comum que Deus providenciou para todos os homens contra a força e a violência. Sempre que, portanto, o legislativo transgredir esta regra fundamental da sociedade, e por ambição, temor, loucura ou corrupção,

procurar apoderar-se ou entregar às mãos de terceiros, o poder absoluto sobre a vida, liberdade, e propriedade do povo, perde, por esta infração ao encargo, o poder que o povo lhe entregou para fins completamente diferentes, fazendo-o voltar ao povo, que tem o direito de retomar a liberdade originária e, pela instituição de novo legislativo, conforme achar conveniente, prover à própria segurança e garantia, o que constitui o objetivo da sociedade." (COSTA, 1990, p. 14)

Com isso, não se está a falar que o aplicador do direito, no ato da jurisdição, deve arraigar-se ao formalismo simplório, como fim em si mesmo, mas sim compreender que a forma é o valor fundante à garantia de princípio que estão sob sua proteção, assim sendo, o desrespeito a forma pode transformar um ato nulo em sanável ou não, dependendo do caso concreto, sem que se venha a recorrer a idéias de nulidades absolutas ou relativas, bem como a prejuízo, pois aqui se está a garantir direitos e limitar o poder do Estado.

Então, como forma de demonstração da realidade de um sistema inquisitório, que ainda permeia decisões de alguns magistrados, e que não há como ser admitido em um Estado Democrático, onde vige no âmbito processual penal, o sistema acusatório, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, têm-se casos concretos onde, não apenas o juiz inquiriu a testemunha, como ainda informa a defesa de que esta deve demonstrar o prejuízo.

Entretanto, mesmo que assim se proceda, há um novo modo de decorrer na inquirição das testemunhas, o qual foi introduzido pela Lei 11.690/08, que deu nova redação ao art. 212 do CPP, demonstrando a necessidade latente de modificação na forma como as perguntas devem ser feitas às testemunhas, despojando-se de um modelo inquisitorial, que pecaminosamente ainda é utilizado nas salas de audiência, seja por uma disposição adquirida pela repetição de um ato (antigo art. 212 do CPP), seja pela convicção íntima do juiz em buscar a verdade (de tratar de descobrir um fato passado através de sua *parcialidade condenatória*).

O antigo art. 212 do CPP referia que *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.* Tratava-se de um método autoritário inquisitorial, onde as partes dirigiam suas perguntas ao juiz, e este por sua vez, formulava as perguntas à testemunha, de modo que, as perguntas formuladas pelas partes, não necessariamente fossem formuladas da mesma forma pelo juiz, que dentro de seu âmbito de "busca pela verdade", e imbuído de próprio convencimento, estabelecia a

forma como as perguntas poderiam (ou não) ser feitas à testemunha.

Com a nova roupagem do art. 212 do CPP, que se traduz em um modelo acusatório, tal como preconizado pela Constituição Federal (art. 129, I), deu-se nova redação de modo que *as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.* Esta modificação importa em uma mudança de mentalidade, repudiando-se o modelo inquisitorial de ‘busca pela verdade a qualquer preço’, para um modelo constitucional de respeito às garantias do cidadão. Em sentido contrário, em posição que não concordamos, NUCCI, afirma que:

Tal inovação, entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. A nova redação dada 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 reperfuntas 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 reperfuntas 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” (NUCCI, 2008, p. 479-480).

Diferente do que defende o autor, resta claro que a atividade do juiz é secundária, *i.e.*, de conclusão, não tendo liberdade legal para buscar provas, em respeito ao ideal de supor de antemão a inocência do débil no processo, pois ainda não considerado culpado (art. 5º, LVII da CF).

A regra expressa no CPP determina que as perguntas **serão** formuladas pelas partes diretamente à testemunha, *i.e.*, serão feitas pelo Ministério Público, assistente da acusação e pela defesa, não se constituindo parte o juiz, que não deve concorrer com elas na busca pelas provas, e são as partes que dirigem as suas perguntas diretamente à testemunha, sem a necessidade que as perguntas sejam transmitidas ao juiz, para que este as faça à testemunha. **A alteração expressa que expurga o juiz da caça as provas!** Cabe o juiz **não admitir** as

perguntas que possam induzir a resposta ou que não tiverem relação com a causa, ou importarem em repetição de outra pergunta já respondida, estando ao seu campo de atuação obstaculizar perguntas que venham a prejudicar a situação do réu quando da feita da prova, de modo que não pode admitir aquelas perguntas formuladas pelas partes cujo objetivo centraliza-se na indução de respostas, naquelas que não possuam nenhuma espécie de relação com a causa, ou até mesmo aquelas perguntas que já foram respondidas.

Mas afinal, que perguntas cabem ao juiz fazer diante da nova redação ao art. 212 do CPP? O juiz **poderá**, *i.e.*, não está vinculado a fazer perguntas, mas simplesmente poderá, e apenas poderá fazer perguntas sobre os pontos que não restaram esclarecidos, pelo que poderá complementar a inquirição, e somente poderá, não estando vinculado a complementar a inquirição, *i.e.*, saiu de sua alçada a possibilidade de fazer qualquer espécie de questionamentos à testemunha de maneira a gerir provas. Sobre este assunto, o Desembargador AMILTON BUENO DE CARVALHO refere que a redação determina que o juiz pergunte após e subsidiariamente às partes, no entanto, deve ficar claro os casos em que as partes não quiserem indagar, ou se intimadas, não vierem a demonstrar interesse em

comparecer na audiência designada, *data vênia*, não haveria ao juiz o que “complementar”, pois a iniciativa das partes é de nada questionar, motivo pelo qual não será o juiz que substituirá tal interesse.

PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELA MAGISTRADA CONDUTORA. NULIDADE. A nova redação legal do art. 212 do CPP, dando largo passo em direção ao sistema acusatório consagrado na Lei Maior, previu expressamente e subsidiariedade das perguntas do Magistrado em relação às indagações das partes: do juiz é exigido o julgamento justo e equidistante, de modo tal que não pode ele ter compromisso com quaisquer das vertentes de prova, Anularam, em partem o processo. Unânime (Apelação criminal nº 70028349843 da Quinta Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

Nesta dinâmica dos atos processuais, a militância cabe às partes, acusação e defesa, e não mais ao magistrado – sujeito processual encarregado da decisão – a quem as partes irão labutar para convencê-lo. As partes ficam encarregadas de propor os meios pelos quais pretendem levar ao magistrado as informações, extraídas das fontes de prova, enquanto isso, ao juiz recai uma atividade subsidiária, complementar. O julgador, por ser o destinatário da prova, deve manter sempre sua posição de alheamento, de garantidor, para que possa haver a conservação do equilíbrio

processual na colheita da prova. (GIACOMOLLI e GESU, 2009, p.).

Ademais, segundo o art. 157 do CPP, com redação dada pela Lei 11.690/08, se tem a permissão de taxar de prova ilícita, sendo então *inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*, o que implica dizer que a inquirição levada a efeito pelo magistrado, viola a literalidade do art. 212 do CPP e o devido processo legal (CARVALHO, 2009, p.). Ademais, incumbe às partes a proposição dos meios de prova, bem como da metodologia de busca da prova, não cabendo, de modo algum, ao juiz provar e nem contraprovar, apenas devendo decidir com o que foi produzido nos autos.

Magistrado não pode gerir provas. O ato de inquirição pelo juiz às testemunhas demonstra, necessariamente, que há o interesse – nítido – de uma condenação, tal postura rompe com a imparcialidade, demonstrando a tendência da decisão do magistrado. Se, com a vigência do *in dubio pro réu* o juiz decide ir em busca de provas, então, é porque a dúvida existe, e se a dúvida existe, não há necessidade de ir atrás da prova, até mesmo porque não pode geri-la, então, se assim o fizer, estará buscando prova que demonstre ser o réu culpado, para que

assim declare a sua futura condenação, e esta postura é absolutamente intolerável e incompatível com a democracia.

REFERÊNCIAS

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Edersa, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio e Certezza*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. XX, 1965.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Ainda a prova oral após a reforma processual penal (L. 11.690/2008). Inversão na formulação das perguntas (art. 212, CPP) e a ausência do Ministério Público ao ato judicial. Ilícitude da prova. IN: Boletim do IBCCRIM, ano 17, nº201, agosto, 2009.

CORDERO, Franco. *Guida Allá Procedura Penale*. Torino, UTET, 1986.

_____. *Procedimento Penal*. V.I editora Temis S.A. Bogotá. 2000.

_____. *Procedimiento Penal*. v.II. Bogotá: Temis, 2000.

COSTA, Néelson Nery. *Teoria e realidade da Desobediência Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, De Franceso Carnelutti, para os operadores do Direito*. In: *Revistas de Estudos Criminais*, Porto Alegre. n. 14.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Renovar, Rio de Janeiro- São Paulo, 2001.

_____. *Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, De Franceso Carnelutti, para os*

- operadores do Direito*. In: *Revistas de Estudos Criminais*, Porto Alegre. n. 14.
- _____. Tese Doutoral *apud* LOPES JR, Aury. *Direto Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. v. I. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias. La Ley Del Más Débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid. Trotta. 1999.
- _____. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002.
- GIACOMOLLI, Nereu José & GESU, Cristina Carla di. Nova metodologia de inquirição das testemunhas e consequências de sua inobservância. IN: Boletim do IBCCRIM ano 17, nº201, agosto, 2009.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *A Atividade do Juiz Criminal Frente à Constituição: Deveres e Limites em Face do Princípio Acusatório*. In: GAUER, Ruth M. Chittó (org). *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Generales Del Proceso*. V.II. Buneos Aires. EJEAA, 1961.
- KHALED JR. Salah H. *A Ambição de Verdade no Processo Penal. Desconstrução do Mito da Verdade Real*. Editora Podivm. Salvador. 2009.
- LOPES JR, Aury. *Direto Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. v. I. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.
- _____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RICOEUR, Paul. *La memória, la historia, el olvido*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandre Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.