

A FUNÇÃO DO JUIZ NA OITIVA DA TESTEMUNHA NO NOVO CPP

– compreendida na digladição entre os princípios do contraditório e da verdade real

Preste bem atenção!

Com calma, leia e constate como pode ser interessante o que vai ser exposto! ¹

Que juiz você quer?

Você deseja um juiz que age por impulso? Ou com prudência?

O melhor é um magistrado que fala? Ou que ouve?

O ideal é um juiz atuante no palco probatório? Ou afastado?

Outra aflição.

Qual a função do juiz?

Você deseja um juiz que julga? Ou um juiz que acusa? Ou um juiz que investiga?

Ou um super juiz que acumule todas essas funções e ainda defenda??? !!!

Mais um tormento.

Qual princípio deve nortear o processo penal? O acusatório ou o inquisitório?

Ou, ainda, o contraditório inspirador da *common law*?

Ou o inquisitório, na versão atenuada de misto, que tanto encanta o *continental law*?

Estas dúvidas assolam o trabalho posto adiante e se pretende dirimi-las.

Estas indagações serão resolvidas através da confrontação dos princípios do contraditório com o da verdade real.

Estes questionamentos permeiam a recente reforma processual penal.

Diante disso, não há como negar a importância do tema para o exercício da magistratura e para os demais operadores do direito, pois o assunto o afeta diretamente. O CPP definia atribuições para exercício do magistrado durante a oitiva da testemunha e a reforma modificou esse papel.

A recente reforma, de julho de 2008, trouxe profundas alterações. O CPP possui aproximadamente oitocentos artigos, mas apenas cerca de cem foram modificados. Portanto, do ponto de vista aritmético, a reforma parece pequena. No entanto, a reforma modificou o ângulo de sustentação do processo penal ou a reforma alterou o fundamento básico do processo penal de inquisitório para acusatório; a ênfase deixou de

estar na busca da verdade real para ser da garantia do contraditório; o juiz deixou de agir por impulso oficial para agir por provocação.

Neste sentido, as mudanças são relevantes. *Verbia gratia*, (1) o interrogatório deixou de ser peça de abertura da defesa, integrante da fase petítoria do processo, para ser peça de prova ou da fase probatória. Permitindo a aferição da confissão ante o cotejo das provas produzidas. (2) As alegações finais perderam a sua importância para a defesa apresentada no início. Por isso, a defesa ou, agora, a resposta, não é mais adjetivada de prévia. (3) Os ritos foram uniformizados em três, definidos em razão da pena. (4) O processo não fica mais parado por falta de citação, pois se admitiu a citação por edital. Ficando apenas suspenso em razão da falta de defesa por não comparecimento do acusado ou do defensor. (5) A reforma substituiu a identificação do réu pela denominação de acusado. Ou seja, não existe mais réu, apenas acusado. Com isso, procurando relevar o estigma da palavra e valorar o processo acusatório. Inclusive, o constituinte de 1988, já apontava neste sentido, ao usar o léxico acusado no inciso LV, do art. 5º; cf. Cernichiaro & Costa Jr. (1990: 88 e 89).

Diante disso, o objetivo maior é atualizar ou inteirar o leitor com a recente reforma e, como consequência, deixá-lo a par das aspirações do legislador.

Entre tantas alterações, foi definida apenas uma – oitiva da testemunha, para conhecimento e confrontação com os princípios, sobretudo, pelo simbolismo de tirar a palavra do juiz, pelo simbolismo de cercear-lhe a fala em favor da audição. De agora em diante, o juiz apenas ouve... calado!!!

Inclusive, Tercio Sampaio Ferra Junior (1988: 34) mostra que a deusa da Justiça, Diké, na Grécia não usa venda nos olhos e, em Roma, chamada de Iustitia, aparece vendada, demonstrando uma valorização maior do sentido auditivo pelos romanos.

Deste instante reformador para frente, é possível redefinir a disposição das partes na sala de audiência e, sobretudo, no vestuto salão do júri.

É consenso que a estrutura do palco onde ocorre o júri revela um lugar de destaque para o juiz e um lugar estigmatizado para o réu. Observe que o juiz fica um degrau acima das partes e o réu dois degraus abaixo do juiz, distante um degrau das partes, revelando seu estigma. A acusação fica ao lado do juiz - podendo com esse se confundir, e a defesa um pouco mais distante, revelando uma proeminência da acusação sobre a defesa. Isso revela a influência inquisitorial da Igreja medieval ou do absolutismo monárquico sobre o direito continental. A reforma redesenhou esse palco de julgamen-

to. Agora, a defesa é igualada a acusação, e não se admite a confusão do papel do juiz com o das partes. Além disso, o réu assume um lugar ao lado da sua defesa.

Em sala de aula, foi consenso, os Professores Antônio Carlos da Ponte, Raimundo Palmeira e Fernando Falcão, sustentaram que o objetivo da reforma foi afastar o juiz do palco onde são colhidas as provas em favor das partes e, em favor do princípio do contraditório, reduzindo a exceções os atos de ofício. Sustentam, ainda, que a reforma revela uma nítida marca da influência anglo-americana ou do sistema da *common law*.

O Professor José Fernando Lima Souza, em sala de aula, antecipando a reforma e com referência ao projeto de CPP elaborado por Frederico Marques, em 1973, afirmava que não existe juiz investigador: a função do juiz não se confunde com a da parte. A função do juiz é dialética postada sobre as partes que estão em paridade, formando uma relação processual angular. Ainda segundo o Professor, a magistratura deve ser exercida com prudência.

A reforma impõe rever a visão de Frederico Marques (1997: 260, v. II), sobre o papel do juiz: *“não é o juiz figura impassível que deva apreciar olímpicamente o desenrolar da instância, e, sim, participante dos atos de maior relevo da relação processual”*.

O saudoso Pimenta Bueno, criminalista do império, àquela época, já advertia *“o juiz não deve ser senão juiz, árbitro imparcial, e não parte, porque, do contrário, criará em seu espírito as primeiras suspeitas, e, por amor próprio de sua previdência, ele julga antes de ser tempo de julgar”*, apud Frederico Marques (1997: 70, v. I).

Com outras palavras, mas com o mesmo sentido, Calamandrei (1995: 50) dizia: *“O aforismo nemo iudex sine actore não exprime apenas um princípio jurídico, mas tem um alcance psicológico mais vasto, na medida em que explica que não é por censurável preguiça, e sim por necessidade institucional de sua função, que o juiz deve manter no processo uma atitude estática, esperando, sem impaciência e sem curiosidade, que outros venham ter com ele e lhe coloquem os problemas a resolver.”*

“A inércia é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é, de imparcialidade; agir significa tomar partido. Cabe ao advogado, que não teme parecer parcial, ser o órgão propulsor do processo: tomar todas as iniciativas, agitar todas as dúvidas, romper com todas as contemporizações – em suma, agir, não só no sentido processual, mas no sentido humano.”

Ainda para Calamandrei (1995: 50 e 51), este é o momento estático e dinâmico da justiça: juiz sentado e advogado em pé; aquele, com as mãos na cabeça e este, com as mãos para cima...

Uma coisa que não foi objeto de disciplinamento, mas que aflige aos humanistas e seguidores do processo acusatório e, também, já foi objeto de vasta literatura, é a manutenção por lei extravagante da prisão para averiguação, como era denominada antes a atual prisão provisória! Ou, como os absolutistas franceses chamavam as famosas *“lettres de cachet”*, in Gomes Filho (1991: 10).

Não se pretende exaurir o tema. Pelo contrário. O trabalho se recente de um aprofundamento nos fundamentos do humanismo e da inquisição; e sua repercussão no processo bárbaro ou anglo-americano e no processo católico romano-germânico ou do continente europeu. Além disso, o exame da prova de ofício, no qual a inquirição feita pelo juiz é um aspecto, e a repercussão sobre o princípio da presunção de inocência, mereciam um tópico específico para reflexão.

O trabalho possui uma estrutura tripartite. Em um primeiro momento, é apresentado o dispositivo legal para comento, é feita uma comparação entre o novo e o antigo, também, com o CPC e com os demais artigos do código e da reforma. Depois, em segundo momento, é firmado o princípio do contraditório, como valorado pela reforma. Por fim, em terceiro e último instante, é consolidado o princípio da verdade real, como valorizado pelo legislador anterior. Nestes dois últimos tópicos, é feita uma explanação sobre o significado da expressão e um resgate da perspectiva histórica. E, ao final, são apresentados dois subtópicos: um, no qual são destrinchados os argumentos explicitadores da valoração do contraditório na oitiva da testemunha na reforma processual penal; e, outro, em que é defendida a inconstitucionalidade do princípio da verdade real e dos atos *ex officio*.

¹ A frase foi extraída da introdução à obra *Entre a cruz e a espada – A saga do valente e devasso Padre Rolim*. São Paulo: Paz e Terra, 2002; de Roberto Wagner de Almeida, p. 13, na qual consta precisamente assim: *“Veja se lhe interessa o que aqui se vai contar. É a história de...”*