

A nova redação do artigo 212 e parágrafo único do CPP e a consagração do princípio da oralidade e imediação na colheita da prova testemunhal

Solon Bittencourt Depaoli

Juiz de Direito e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (RJ)

A recente alteração pontual do Código de Processo Penal, no que tange à colheita da prova testemunhal, trouxe uma aproximação maior com o modelo acusatório “adversarial system”,¹ o qual estabelece a nítida divisão dos papéis a serem desempenhados pelas partes, exigindo um julgador distante da persecução penal e dos atos probatórios de ofício.

Tal afirmação fica consolidada pela redação do artigo 212 do CPP, o qual preceitua: “*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*”.

A posição de juiz-ator foi modificada, ao menos nesse ponto da mini-reforma processual, para uma postura equidistante e de fiscalização da prova testemunhal, nos termos do modelo acusatório adversarial.

Apresenta-se de grande relevância a referida alteração procedimental para o resgate de uma estrutura dialética do processo, permitindo-se uma intervenção direta das partes na produção de provas, respeitado o debate ético e a construção da “verdade” sujeita à verificação e refutação, conforme doutrina de **Ferrajoli**.²

Restou consagrada a imediação, mais consentânea com as formas não substancialistas de apuração dos fatos, potencializando-se uma estrutura cognitiva e garantista de processo.

Goldschmidt³ salienta que nos primórdios do direito germânico os procedimentos eram orais, sendo que, com a recepção do direito romano-

¹ Anotamos a ressalva do *adversarial system*, modelo onde predomina a iniciativa das partes na condução do processo e na produção das provas, ao passo que na forma *inquisitorial system*, após a propositura da demanda o processo desenvolve-se pelo impulso oficial. (GRINOVER, Ada Pellegrini. “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 77.

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

³ GOLDSCHMIDT, James Paul. *Princípios gerais do processo penal: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935*. Belo Horizonte: Líder, 2002. pp. 89-90.

canônico a forma escrita passou a ser utilizada no processo penal, diante da remissão dos autos às faculdades de direito, dominando o processo inquisitorial.

Após a revolução francesa é que foi restabelecido o princípio da oralidade, “ao menos para o juízo em que se baseia a sentença”.

Consiste tal diretriz⁴ em uma das principais reivindicações dos filósofos da Ilustração, já que se contrapõe ao modelo inquisitorial secreto e escrito, irrompendo na cena, conforme Ibáñez, “como uma implicação necessária do processo oral e público”.⁵

A realização pública e transparente dos atos consolida-se como um empecilho às condutas arbitrárias, sendo o “meio mais idôneo para assegurar uma verdade processual de superior qualidade”, concentrando-se os atos probatórios e permitindo o contato direto do tribunal com as fontes (de prova).⁶

Ibáñez⁷ pontua que a prática da imediação resultou “perigosamente contaminada pelo modo irracionalista de conceber o princípio da livre convicção”, entendendo-se o problema pelo fato de ser impossível verificar o grau de valoração atribuído pelo julgador aos depoimentos das testemunhas. Entretanto, inobstante tal dificuldade, o magistrado da Suprema Corte Espanhola afirma que a imediação consolida-se como fonte racional explícita pela relação de proximidade tempo-espacial, permitindo-se valoração intersubjetiva e crítica de terceiros.⁸

Para Binder⁹ a oralidade configura-se como princípio político e garantia de estruturação do processo penal, tendo como principais vantagens três pontos que elenca: a) a “verdade” alcançada pela reconstituição dos fatos apresenta-se de forma mais segura; e b) os atos são realizados com a presença constante dos julgadores (juízes e jurados); e c) permitindo, além da aproximação, também a conversão da informação em prova da maneira mais rápida possível.

Relativo à gestão da prova, consagrar-se a oralidade permite uma melhor fiscalização por parte dos atores envolvidos, concentrando-se o material de prova em atos únicos¹⁰ e permitindo uma valoração mais objetiva, sujeita ao

⁴Conforme Julio B. J. Maier o princípio da oralidade já se encontrava presente na Declaração dos direitos de Virgínia (12/6/1776), seção 8; e também nos seguintes diplomas de direitos: artigo 6 da Declaração americana dos direitos do homem; artigo 11 da Declaração Universal de direitos humanos, artigo 6 da Convênio para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamen (Convênio europeu); artigo 14, n.ºs 1 e 3 do Pacto internacional de direitos civis e políticos; e artigo 8, n.º 5 do Pacto de San José de Costa Rica. In: MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal...* p. 649.

⁵IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1.

⁶Idem, ibidem, p. 3.

⁷Idem, ibidem, p. 5.

⁸Idem, ibidem, p. 9.

⁹BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 66.

¹⁰Goldschmidt explica que “quando as sessões forem várias, o princípio da oralidade somente continuará mantendo a identidade física dos juízes durante todas as sessões do juízo oral porque, de outro modo, o que se processou perante o primeiro juiz chegaria ao conhecimento do segundo somente por meio da escritura.” In: GOLDSCHMIDT, James Paul. *Princípios gerais do processo penal...*p. 89.

controle, além das partes interessadas diretamente na solução do problema, também do auditório externo.

O princípio da oralidade e imediação resta complementado pela diretriz da valoração racional das provas, delineamentos a serem desenvolvidos.

A diretriz da livre valoração das provas¹¹ contrapõe-se ao regime das provas legais,¹² esse típico dos modelos inquisitoriais, com valores tarifados ao material probatório, ocupando o pólo central da hierarquia daquele sistema a confissão do acusado, a qual era admitida quando existentes meros indícios contra o suspeito.¹³

Vallejo¹⁴ assinala que, para a completa compreensão do princípio da livre valoração, restam exigidos dois momentos diversos no ato de avaliação da prova, sendo eles: a) a percepção direta da prova conforme o princípio da imediação, bem como às declarações das testemunhas, dos peritos, vítima e o ofendido; b) o suporte racional que deve ser atribuído às provas, o qual possui caráter geral, englobando todos os procedimentos.

Pontua a existência de dois aspectos de juízo sobre a prova, um subjetivo, inatingível, por óbvio, já que depende de elemento interno do julgador e outro objetivo, vinculando o juiz às leis de lógica, experiência e conhecimentos científicos.¹⁵

O princípio do livre convencimento racional ou motivado consolida-se como uma solução intermediária entre o sistema das provas legais¹⁶ (inquisitorial) e o da íntima convicção¹⁷ que veio a superar o paradigma anterior.¹⁸

Miranda Coutinho,¹⁹ na abordagem desse sistema, pontua que não poderá configurar-se como uma apreciação discricionária e arbitrária da prova, mas limitada por critérios objetivos, suscetíveis de motivação e controle.

¹¹O princípio da livre valoração das provas encontra-se consagrado no artigo 155, “caput”, do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida...”.

¹²Como resquício do regime das provas legais no Código de Processo Penal Brasileiro, Aury Lopes Júnior traz o exemplo do artigo 158, onde nas infrações que deixam vestígios exige-se o exame de corpo delito e, também, na mesma linha, pelo artigo 155 do mesmo diploma, no tocante ao estado das pessoas somente comprovado conforme a previsão da lei civil.” In: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 531.

¹³VALLEJO, Manuel Jaén. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Colombia: Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho, 2000. p. 31.

¹⁴Idem, ibidem, p. 32.

¹⁵Idem, ibidem, p. 33.

¹⁶Nesse modelo pelo legislador era conferida valoração anterior a determinados tipos de prova, nos termos definidos por lei e sem atentar para as peculiaridades dos casos concretos. Segundo Maier, a valoração das provas era para fins de limitação do poder do julgador, já que o mesmo decidia conforme o valor da prova tarifada. In: MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal...* p. 298.

¹⁷Conforme Aury Lopes Júnior, nesse modelo não havia necessidade de fundamentação da decisão, tampouco vinculação ou obediência ao sistema das provas tarifadas ou legais. In: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual e sua conformidade...* p. 531.

¹⁸Idem, ibidem, id.

¹⁹MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Introdução aos princípios gerais do processo penal

O momento da valoração das provas, nas lições de Gomes Filho,²⁰ configura-se como o ápice de um procedimento complexo onde são realizados os momentos da seleção, crítica, aceitação ou rejeição do material, para a finalidade de transformação ou não em uma “crença sobre a veracidade ou falsidade das proposições de fato afirmadas pelas partes”.

Nessa etapa processual que se realiza a análise a respeito das “regras de legalidade na obtenção e incorporação das provas ao processo, pela proibição imposta ao julgador de apreciar os elementos eventualmente introduzidos com violação dessas normas.”²¹

Como já explicado em momento anterior, a motivação a ser desempenhada pelo julgador, com a exposição de “todos os passos percorridos” até o momento final da decisão, representa, conforme Gomes Filho,²² “ponto de referência obrigatório para a verificação da imparcialidade, do atendimento às prescrições legais e do efetivo exame das questões suscitadas no processo pelas partes.”

Já Ibáñez²³ destaca que o “modo de proceder no âmbito da valoração da prova deve ser inicialmente analítico”, ou seja, o resultado de cada operação efetivar-se-á conforme as individualidades e características especiais do caso analisado.

Para o jurista espanhol importante a identificação da respectiva fonte de prova (pessoa, documento ou objeto da perícia), confrontando a sua relação com os fatos a serem apurados, valorando-se também “a aptidão do meio probatório proposto para obter informação útil da fonte de que se trate, tendo em conta suas circunstâncias, seu estado de conservação, em função do transcurso do tempo e outros dados.”²⁴

Em fechamento, longe das várias críticas que restarão direcionadas à nova redação do artigo 212, “caput”, do CPP, no que tange à colheita direta da prova testemunhal, é inegável o caráter de evolução e respeito às garantias processuais do cidadão por força do deslocamento da iniciativa probatória às partes envolvidas.

O atendimento irrestrito aos passos de apresentação, seleção, requerimento e posterior valoração das provas, sempre com tais etapas sujeitas à efetiva participação das partes, consolida uma forma democrática e legitimadora do processo, em especial no que tange aos limites que deverá ter o magistrado atinente à gestão do material probatório colhido.

brasileiro”. In: *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Nota Dez, n.º 1/2001. p. 50.

²⁰GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 159.

²¹Idem, *ibidem*, p. 160.

²²Idem, *ibidem*, 164.

²³IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 42.

²⁴*Ibidem*, *idem*, *id*.