

## A Teoria da (Indi)Gestão da Prova Penal

### MAURO FONSECA ANDRADE

Promotor de Justiça/RS. Professor da Faculdade de Direito da FMP.

Doutor em Direito Processual Penal pela Universitat de Barcelona.

e-mail: [mfandrade@mp.rs.gov.br](mailto:mfandrade@mp.rs.gov.br)

Dia desses encontrei um dileto amigo e magistrado de 1º grau, classificado em Porto Alegre, e, por provocação sua, o foco de nossa conversa versou sobre recente decisão da 5ª Câmara Criminal de nosso Estado que, segundo ele, conseguiu desagradar a grande parte de seus colegas com atuação na área criminal. Sua indignação com os termos daquela decisão era evidente, e, enquanto eu o ouvia, confesso que não consegui tirar do rosto aquela expressão sarcástica de prazer, pois minha mente estava impregnada de um só pensamento: até que enfim chegou a vocês um sentimento que há anos nos assola!

Depois de superado o êxtase, comecei a assimilar o motivo da indignação de meu velho amigo, que girava em torno de dois pontos bem delimitados, mas dizendo respeito a um mesmo processo: o primeiro, sobre a anulação dos depoimentos colhidos por um juiz criminal de Porto Alegre; o segundo, em razão de o juiz de 1º grau haver recebido uma ordem, vinda daquela Câmara, para julgar o processo só com base no interrogatório – que restou imaculado pela decisão de 2º grau –, situação que, em termos práticos, obrigava-o a absolver o réu por falta de provas.

Diante do inusitado, e inegavelmente movido pela curiosidade, tive acesso ao teor do julgamento e à realidade fática sobre a qual se assentou. Em suma, a acusação feita ao réu versava sobre a prática de roubo, em sua modalidade simples, e, quando da fase de produção de prova oral, o representante do Ministério Público não se fez presente à audiência para tal fim. Em vista desta ausência, o magistrado passou a inquirir vítima e testemunhas, repassando, ao depois, a palavra à defesa para suas perguntas. Quando do interrogatório, o réu optou por seu direito ao silêncio.

Condenado a uma pena definitiva de 02 anos 06 meses de reclusão, e a uma pena de 15 dias-multa no piso legal, houve recurso acusatório e defensivo. Esse, portanto, foi o quadro posto a exame pelo julgador *ad quem*, e objeto da decisão proferida na Apelação-Crime nº 70028349843, julgada por aquela Câmara Criminal em 18 de março de 2009.

Da leitura do acórdão, o primeiro aspecto a ficar claro é a fragilidade do Ministério Público em âmbito criminal, em especial quando comparamos as *armas* concedidas ao réu com aquelas concedidas ao autor. Melhor explicando, ninguém desconhece que o réu, em âmbito criminal, possui mais e melhores *armas* que o acusador, pois só aquele pode fazer uso de provas ilícitas e da revisão criminal, interpor

embargos infringentes e requerer a transferência de audiências, quando seu procurador já houver sido, com antecedência, intimado para outra audiência em igual data e horário.

Não consta no acórdão em pauta qual o motivo da ausência do acusador estatal à audiência de tomada de prova oral, mas o certo é que, de agora em diante, a *instituição* Ministério Público deve discutir internamente não só os deveres que atingem seus membros, senão também quais os direitos – ainda que não reconhecidos expressamente – que eles igualmente merecem ser beneficiários. Em outras palavras, deve assimilar a ideia de que a igualdade de armas, tantas vezes invocada e aplicada para só beneficiar o réu, não é um princípio de mão única, podendo, portanto, ser invocada para dar ao acusador público certos direitos ainda só reconhecidos ao sujeito passivo da persecução penal.

No caso em tela, toda essa celeuma, criada em torno de mais uma *daquelas decisões da 5ª Câmara Criminal*, futuramente pode cair no vazio. Basta que, em âmbito interno, haja a consciência de que o Ministério Público, se não está em um nível superior ao réu e seu procurador, tampouco está em um nível inferior a eles, a ponto de não ser beneficiário de um direito só a eles reconhecido, desde que se encontre na mesma situação que ensejou a criação de uma norma de exceção a só uma das partes.

O segundo aspecto – que reputo ser o mais importante, por figurar, naquele acórdão, como a questão de fundo – foi a invocação da *teoria da gestão da prova* como pressuposto para o entendimento de que o juiz, na fase probatória, deve restringir-se à condição de mero observador da atividade ou inatividade das partes.

Em termos simples, tal teoria está assentada na seguinte premissa: o que define um sistema de processo penal como acusatório ou inquisitivo é a forma como está delineada a participação do juiz na fase probatória. Assim, se o juiz tem liberdade para perguntar e produzir prova de ofício, o sistema seria considerado inquisitivo; mas, se ao juiz é vedada a prática de tais atos, sendo, portanto, um mero árbitro na obtenção de provas, o sistema seria acusatório. Ou seja, segundo aquela Câmara Criminal, o fato de o juiz perguntar em audiência, ou então determinar a produção de provas de ofício, é visto com extremo rechaço, pois transformaria o juiz criminal brasileiro em um juiz-inquisidor, com toda a carga pejorativa que esse simbolismo representa.

A base doutrinária que, para esse entendimento, vem, de longa data, sendo utilizada pela 5ª Câmara Criminal, em especial pelo Des. Amilton Bueno de Carvalho – aliás, relator do acórdão em tela –, é por demais conhecida. Mas absolutamente todos os autores que compõem essa base doutrinária apresentam um ponto em comum: suas posições, fixadas na necessidade de o juiz ser inerte na fase probatória, estão centradas na invocação da doutrina de um autor italiano chamado Franco Cordero.

Ainda sob a vigência do Código Rocco, esse autor italiano cunhou uma expressão emblemática para definir, na sua visão, a figura do juiz do sistema inquisitivo. Segundo ele, tal juiz apresentaria “quadros mentais paranóicos”, em razão de sua fixação persecutória contra o réu (1986, p. 51). Essa expressão foi assimilada e muito bem explorada por aqueles autores, e passou a ser veiculada com o seguinte sentido: se o juiz do sistema inquisitivo é paranóico, e se o juiz do sistema inquisitivo é o único que estaria autorizado a perguntar e produzir prova de ofício, então, por consequência, o juiz que pergunta e produz prova de ofício é um inquisidor, paranóico e atua contra o réu. O problema é que, na prática, a teoria é outra.

Em 1988, a Itália viu nascer um novo CPP, soterrando, de vez, o antigo Código Rocco, que representava o fascismo na Velha Bota. Mas essa nova lei adjetiva, ainda vigente nos dias de hoje, manteve, tal como no Brasil, a possibilidade de o juiz italiano produzir prova de ofício sempre que a atividade probatória das partes fosse aquém de

suas necessidades para bem julgar. Em vista disso, a pergunta é evidente: e agora, qual a posição de Cordero frente a essa nova realidade?

Em obra publicada já sob a vigência do novo CPP italiano, Cordero foi claro ao ratificar sua opinião anterior, no sentido de considerar paranóico o juiz do sistema inquisitivo (2000, p. 21). No entanto, esse mesmo autor também deixou patente que o fato de o juiz poder produzir provas de ofício deve ser encarado como uma *necessidade* para o perfeito funcionamento do processo (2000, p. 602). E, para que não restasse qualquer dúvida, Cordero afirmou, sem meias palavras, que o sistema de processo penal na Itália indiscutivelmente era o acusatório, apesar da possibilidade de produção de provas *ex officio judicis* (2000, p. 100-101). Ou seja, ninguém menos que o próprio Franco Cordero deixou patente que paranóia e sistema inquisitivo seguem relacionados, mas que produção de prova de ofício e sistema acusatório não são incompatíveis. Em termos práticos, ele sustenta a mesma posição presente em nosso CPP – antes e depois da reforma de 2008 –, e que reiteradamente vem sendo defendida pelo Ministério Público brasileiro, mas criticada pelos autores que dão *munição* à 5ª Câmara Criminal, sob a invocação da lição de Cordero (!) ...

Portanto, o que se pode dizer é que a teoria da gestão da prova vem sendo divulgada em todo o país, e acolhida pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de nosso Estado para anular processos, tendo, como fundamento primário, a doutrina de um autor que não sustentava a ideia que atribuem a ele. Ou, como já tivemos oportunidade de afirmar, foi o próprio autor italiano quem os desautorizou a falar em seu nome, em especial sobre algo que ele não pensa e tampouco disse (2008, p. 210). E, como se esse quadro já não fosse por demais preocupante, notícias que nos chegam do Senado Federal, onde está sendo projetado um novo CPP para nosso país, dão conta que esse *Codex* irá adotar a figura do juiz inerte na fase probatória. Isso tudo porque, entre os juristas nomeados para sua confecção, está Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, introdutor da teoria da gestão da prova em nosso país, e maior divulgador da doutrina de certo autor italiano – Franco Cordero – que não leciona o que a ele lhe é atribuído.

Em suma, a tal tese da gestão da prova foi construída a partir de algo inexistente, mais parecendo que foi cunhada para sustentar opiniões pessoais sobre como o processo deveria ser, e para superar o caráter indigesto que diversas disposições de nosso CPP produzem em um bem determinado ramo doutrinário e jurisprudencial de nosso país.

Enfim, ao encerrar mais uma prazerosa conversa com meu velho amigo magistrado – aquele mesmo que se mostrou indignado com essa decisão da 5ª Câmara Criminal –, não pude deixar de invocar preciosa lição de Rui Barbosa, quando alertou que o pior juiz não é o que erra, senão aquele que não se corrige (2003, p. 48).

## Referências

- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Ed. Papagaio, 2003.
- CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Procedura Penale**. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 2000.