

introdução daquela fonte de prova no processo” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa probatória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 189-190).

- (3) AQUINO, José Carlos G. Xavier. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 68-69.
- (4) BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do Júri – Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008. O autor afirma: “*A razão da contradição pode ser o fato de que os destinatários da prova testemunhal, no Tribunal do Júri, são os juízes leigos, e, se as partes tivessem a palavra para iniciar a inquirição das testemunhas poderiam, de forma abusiva, fazer perguntas sugestivas ou capciosas, gerando situações com potencial de induzir o Conselho de Sentença a erro. Assim, as perguntas iniciais do magistrado podem contribuir para evitar esses problemas, posto que às partes restariam apenas as reperguntas*” (idem, ibidem, p. 171).
- (5) Interessante dizer que parte da doutrina sustenta que a alteração trazida pela Lei 11.690/2008 não modificou a ordem de inquirição na instrução criminal, cabendo ao juiz continuar a ser o primeiro a indagar as testemunhas. Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009. p. 105-108; JESUS, Damásio E. *Código de Processo Penal anotado* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 191; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: RT, 2008. p. 302.
- (6) Nesse sentido: STJ, HC 268.858/RS, 5.^a T., rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJe 03.09.2013; STJ, HC 162.238/MG, 6.^a T., rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJe 01.08.2013; STJ, HC 171.851/MS, 6.^a T., rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, DJe 02.04.2013; STF, HC 103.525/PE, rel. Min. Cármem Lúcia, DJe 27.08.2010.
- (7) Nessa linha, cf.: STJ, REsp 1.259.482/RS, 5.^a T., rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJe 27.10.2011.
- (8) Reconhecendo a quebra da imparcialidade do juiz, interessante o debate travado entre os Ministros da 6.^a T. do STJ por ocasião do julgamento do HC 212.618/RS, publicado no DJe de 17.09.2012.
- (9) BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*, 4. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 299.
- (10) Sobre a postura do juiz, obtempera **Aury Lopes Junior**: “*Será que os juízes brasileiros, acostumados com a postura inquisitória, de proceder ativamente na coleta da prova, serão capazes de compreender a marca do sistema acusatório que se pretende imprimir na instrução? Esperamos que sim, pois agora o papel do juiz na instrução é o de filtro contra induzimentos e de atuação complementária, secundária, portanto, na coleta dos depoimentos*” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*: 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 602-603).
- (11) Afirma **Paolo Tonini**: “*Alcança-se o grau máximo de objetividade quando o juiz está em situação de plena imparcialidade, também no aspecto psíquico, em relação à prova. Essa situação ocorre quando compete às partes buscar a prova, requerer sua admissão e produzi-las, formulando perguntas às testemunhas e aos outros sujeitos que prestam declarações como acontece no ordenamento italiano. Se fosse atribuído ao juiz o poder de buscar as provas e formular perguntas, ele, de maneira inconsciente, tenderia a escolher a tese da acusação ou a da defesa*” (TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 49).

Willey Lopes Sucasas
Advogado.

Art. 212 do CPP: mera formalidade?

Renato Silvestre Marinho e Anderson Bezerra Lopes

Como se sabe, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi editado no início da década de 40 do século passado, o que faz com que seus dispositivos originais tenham que ser frequentemente revistos, modificados e reinterpretados, considerando a inevitável mudança da realidade social, a evolução da dogmática processual e, sobretudo, a promulgação da Constituição de 1988, sendo certo que esta inaugurou um novo modelo de Estado – Estado Constitucional e Democrático de Direito – no qual todos os ramos do Direito devem ser lidos, interpretados, (re)construídos a partir dos valores democráticos presentes no texto constitucional.⁽¹⁾

No ano de 2008, nesse contexto de necessidade de mudanças e de adaptação ao novo modelo de Estado, foram promulgadas as Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas responsáveis por alterar dispositivos do CPP, no que ficou conhecido como Reforma Processual Penal de 2008.

A primeira dessas leis – 11.689 – teve o condão de modificar todo o procedimento do Tribunal do Júri. A Lei 11.690, por sua vez, alterou alguns dispositivos relativos à prova. E, finalmente, a Lei 11.719 trouxe mudanças no que concerne à suspensão do processo, à *ementatio libelli* e à *mutatio libelli*, e aos procedimentos.

Para o escopo do presente estudo, interessa observar que a principal finalidade da inovação legislativa foi adequar o antigo CPP ao conteúdo do texto constitucional de 1988, buscando, a todo o momento, concretizar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, modelando um processo penal de caráter acusatório, próprio dos regimes democráticos.⁽²⁾

Entre essas mudanças, chama à atenção a nova redação do art. 212 do CPP,⁽³⁾ conferida pela Lei 11.690/2008, responsável por consignar a inquirição direta das testemunhas pelas partes e a atuação apenas

complementar do juiz. Com a alteração, cada parte inicia e conduz a inquirição da testemunha por ela arrolada, passando, em seguida, à inquirição feita pela parte contrária, em um modelo cruzado, podendo o juiz, ao final, apenas esclarecer algum ponto eventualmente obscuro (exame direto e cruzado).

Trata-se de verdadeira eliminação do vetusto sistema presidencialista de inquirição de testemunha, segundo o qual o juiz assumia o papel de protagonista na produção da prova testemunhal, restando às partes apenas uma secundária inquirição indireta e complementar.

O objetivo da mudança foi, a toda evidência, melhor delimitar as funções de acusar, defender e julgar, em prol da garantia de um julgador o mais imparcial possível, no âmbito de um sistema acusatório, em franca concretização do princípio constitucional do contraditório.⁽⁴⁾ Nesse novo sistema, a gestão da prova deixa as mãos do julgador (sistema inquisitorial) e passa para as partes (sistema acusatório). Trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático.⁽⁵⁾

Embora a maioria dos juízes tenha assimilado imediatamente o sistema de inquirição direta pelas partes, o que se observa, na prática, é que parte deles, de forma espantosa – talvez com receio de eventual perda de “poder” ou por mero interesse na preservação de uma prática arraigada na cultura forense inquisitorial –, permanece presa ao superado sistema presidencialista, iniciando e conduzindo a inquirição das testemunhas e deixando às partes a atuação complementar, residual.

Cuida-se, por certo, de conduta violadora do devido processo legal – pelo que ignora a normativa processual penal vigente (ato processual atípico) – e que afronta o princípio constitucional do contraditório, vulnerando a formatação do modelo acusatório e a garantia de imparcialidade do juiz.

O tema já vem chegando aos tribunais e a maioria dos julgados, reconhecendo toda a mudança de concepção do processo penal, atesta a alteração na ordem de inquirição de testemunhas operada pelo art. 212 do CPP. Todavia, com alguma variação, grande parte dos julgados fundamenta que a desobediência à ordem estabelecida no dispositivo configuraria apenas uma “nulidade relativa”, exigindo, portanto, arguição imediata e demonstração de efetivo prejuízo.⁽⁶⁾

Cuida-se, porém, de argumentação simplista e destituída de amparo constitucional. Em se tratando de norma processual concretizadora de direito fundamental, o prejuízo decorrente da atipicidade é presumido, prescinde de demonstração. Como destacado pelo STJ ao analisar tema semelhante, “*a não observância ao devido processo legal, na forma como previsto em lei, constitui preceito que veicula norma de direito fundamental, e, portanto, a nulidade que daí decorre jamais pode ser tida como meramente relativa. O desrespeito a direito fundamental tem por nota prejuízo ínsito e impossibilidade de convalidação*”.⁽⁷⁾

Em verdade, a jurisprudência faz uma equivocada leitura do problema quando o trata como mera inversão da ordem de inquirição. Para muito além da simples inversão, isto é, a possibilidade de o inquiridor final (juiz) substituir o inquiridor inicial (partes), o referido entendimento olvida que o papel do inquiridor final é *residual*. Isso porque o parágrafo único do art. 212 do CPP estabelece que o juiz poderá complementar a inquirição “sobre os pontos não esclarecidos”, ou seja, não se trata de uma nova e ampla inquirição, após a inquirição inicial, mas tão somente de uma inquirição complementar sobre pontos obscuros. Sendo assim, ao inquiridor final (juiz) não cabe explorar fatos e circunstâncias novas que não tenham sido explorados pelos inquiridores iniciais (partes), alargando o âmbito de pesquisa, por quanto há uma delimitação horizontal de sua inquirição, qual seja, os pontos não esclarecidos. Definido horizontalmente o perímetro de pesquisa pelas partes, ao inquiridor final cabe apenas explorar (aprofundar) verticalmente o que estiver contido no referido perímetro.

Ademais, a rotulação como “nulidade relativa”, completamente banalizada nos dias atuais, parece esconder a intenção de obrigar a parte interessada a demonstrar aquilo que, no mais das vezes, é indemonstrável, consagrando ilegalidades e, nesse caso específico, contribuindo para a manutenção de um sistema processual marcado pela concepção presidencialista inquisitorial e por uma injustificável resistência às modificações legislativas. Absurdamente, parece ser necessário dizer aos juízes que a normas processuais penais têm vigência em todo o território nacional, indistintamente, sendo vedado a cada um estabelecer, em seu “território”, o rito processual que melhor lhe convier. O devido processo legal, ressalte-se, consagra um sistema com regras previamente determinadas e iguais para todos os participantes. Consagra, em outras palavras, o direito fundamental à estrita observância do procedimento previamente estabelecido em lei.

Diante disso, como exigir da parte provar que o resultado da instrução processual seria diverso caso o julgador tivesse obedecido ao preceito do art. 212 do CPP? O prejuízo causado pela mudança do protagonista, do gestor da prova, é, evidentemente, ínsito ao ato.

Cuida-se, por certo, de conduta violadora do devido processo legal – pelo que ignora a normativa processual penal vigente (ato processual atípico) – e que afronta o princípio constitucional do contraditório, vulnerando a formatação do modelo acusatório e a garantia de imparcialidade do juiz.

Uma inquirição conduzida pelo julgador – a qual, necessariamente, rompe, desde o início, com a delimitação horizontal estabelecida pelo legislador – jamais será exatamente igual a uma conduzida pela parte interessada.

Isso sem falar no fato de que a prática de se atribuir à parte interessada o ônus de demonstrar o prejuízo afigura-se, na realidade, como um verdadeiro prêmio àquele que violou o devido processo legal, como uma espécie de “benéfico ao agente infrator”. Muito mais lógico e consonante com o sistema processual penal constitucional seria atribuir justamente àquele que descumpriu as regras processuais preestabelecidas o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer prejuízo decorrente da realização do ato processual atípico.

Nunca é demais consignar que, no modelo de Estado propugnado pela Constituição Federal de 1988, em que o processo se coloca como instrumento de proteção de direitos e garantias fundamentais,⁽⁸⁾ a forma do ato se coloca como garantia contra o abuso de poder punitivo estatal. O estabelecimento da ordem de inquirição de testemunhas, portanto, jamais poderá ser taxado de mera formalidade, e não se mostra legítimo, assim, rotular a inobservância dessa forma do ato prevista em lei de simples “nulidade relativa”, pelo que revela evidente violação de direito fundamental. Trata-se, portanto, de nulidade absoluta, cujo prejuízo é presumido, prescinde de demonstração.

Notas

(1) Luís Roberto Barroso sintetiza com precisão o novo cenário: “No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. (...) A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o interpretar deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazer incidir-la; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais” (A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Orgs.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 9-41). Manuel García-Pelayo, no mesmo sentido, afirma que “todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución” (Estado legal e Estado constitucional de derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, n. 82, p. 32-45, 1991, p. 41).

(2) Essa foi a opção do legislador constituinte brasileiro ao definir a promoção da ação penal pública como função institucional do Ministério Públiso (art. 129, I, da CF).

(3) “Art. 212. 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.”

(4) Segundo Gustavo Badaró, “a essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Eliminada a divisão de tarefas, o acusado deixa de ser um sujeito processual com direito de defesa e se converte em objeto do processo. Sem a divisão de tarefas, sem relação processual e sem contraditório, não haverá, sequer, um verdadeiro processo” (*Direito processual penal*, t. I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 38).

(5) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 657.

(6) Nesse sentido, entendendo como nulidade relativa, p. ex.: STF: (HC 114.786/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 27.08.2013; HC 114.787/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 25.06.2013; RHC 110.623/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, 2.ª Turma, j.13.03.2012; HC 112.446/SP, Rel. Min. Rosa Weber, 1.ª Turma, j. 08.05.2012; HC 117.102/

SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, 2.^a Turma, j. 25.06.2013, HC 115.336/RS, Rel. Min. Cármem Lúcia, 2.^a Turma, j. 21.05.2013. STJ: (HC 247.902/RS, Rel. Min. Marilza Maybard, 5.^a Turma, j. 25.06.2013; HC 180.787/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.^a Turma, j. 16.12.2010; HC 151.357/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, 6.^a Turma, j. 21.10.2010; HC 212.618/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Rel. p/acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, 6.^a Turma, 24.04.2012; RHC 27.555/PR, Rel. Min. Og Fernandes, 6.^a Turma, j. 11.05.2010; HC 121.215/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/acórdão Min. Og Fernandes, 6.^a Turma, j. 01.12.2009). Em sentido contrário, entendendo como nulidade absoluta, p. ex.: STJ: (HC 151.054/AP, Rel. Min. Adilson Macabu, 5.^a Turma, j. 01.12.2011; HC 153.140/MG, Rel. Felix Fischer, 5.^a Turma, 12.08.2010; HC 145.182/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.^a Turma, j. 04.02.2010; HC 137.089/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.^a Turma, j. 22.06.2010; HC 137.091/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.^a Turma, j. 01.09.2009; HC 121.216/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.^a Turma, 19.05.2009).

(7) STJ, HC 128.591/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.^a T.. j. 02.02.2010. Nesse sentido, a lúcida lição de Luigi Ferrajoli: “Um Código de Processo

que prescreve certas formas sem decretar a anulação daquilo que foi feito em contravenção daquelas formas é uma mistificação maliciosa, com a qual se quis fazer crer ao povo que obtém a proteção dos honestos, enquanto nada disso é garantido. Por isso a observância do rito não é só uma garantia de justiça, mas também uma condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça” (*Direito e razão*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 572).

(8) LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p. 78-81.

Renato Silvestre Marinho

Mestre e Doutorando em Direito Penal pela USP.
Advogado.

Anderson Bezerra Lopes

Mestre em Direito Processual Penal pela USP.
Advogado.

A Lei 12.850 e a nova redação do art. 288 do Código Penal

Rafael Barros Bernardes da Silveira

No dia 16 de setembro de 2013 entrou em vigor a Lei 12.850. Sua edição veio reafirmar o compromisso assumido dezoito anos atrás pelo Estado brasileiro no combate ao crime organizado, feito com a edição da Lei 9.034/1934. Contudo, nesse tempo decorrido, o mencionado diploma legal foi alvo de duras críticas em razão de diversas falhas técnicas. Entre elas, a mais destacada foi a ausência de uma definição precisa do delito de organização criminosa. Para corrigir tais equívocos, a Lei 12.850 foi editada, com o objetivo de tipificar o crime de organização criminosa no país e dispor sobre medidas especiais de investigação para tal âmbito. Porém, a norma foi além e trouxe outras disposições. Entre elas, veio a alteração do art. 288 do Código Penal, dando-lhe uma nova redação.

Em razão dessa alteração, o tipo penal incriminador do art. 288 tem agora nova denominação. Foi abandonada a nomenclatura “quadrilha ou bando”, tida como antiquada e ambígua por ensejar debate inócuo, na tentativa de diferenciar esses dois institutos (o que em nada importava para a aplicação do mencionado dispositivo).⁽¹⁾ O novo *nomen juris* do delito passa a ser “associação criminosa”.

Ademais, a quantidade de indivíduos necessários para a configuração do delito sofreu diminuição. Em sua redação pretérita, o dispositivo trazia o seguinte conteúdo: “*Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes*”. Com a edição da nova lei, o dispositivo passará a ter a seguinte redação: “*Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes*”.

A pena cominada à infração não sofreu modificações, mantendo-se a reclusão de um a três anos. Contudo, a causa de aumento de pena trazida pelo parágrafo único do artigo em análise passou a ter nova redação, determinando o aumento de pena de até a metade “*se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente*”.

Essa nova sistemática representa uma *novatio legis in mellius* já que a causa de aumento de pena para a associação criminosa armada diminuiu consideravelmente – de “até a metade” hoje para “até o dobro” na redação superada. Portanto, seguindo o *status constitutional* da retroatividade da lei penal mais benéfica, essa inovação legislativa favorável ao réu tem aplicabilidade imediata, sem nenhuma ressalva, mesmo durante o período de *vacatio* da lei (que foi de 45 dias).⁽²⁾

Em contrapartida, a nova redação do parágrafo único inovou

ao prever o aumento de pena no caso de participação de criança ou adolescente na associação criminosa.

A inovação implementada dividiu posições entre especialistas. Entrevistado a respeito do tema, o criminalista **Pedro Paulo de Medeiros**, conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil, defendeu que a nova norma corrige uma distorção:

“Há uma devida correção à proporcionalidade, pois antes a pena iria de 2 a 6 anos caso a quadrilha ou bando utilizasse arma, e de 1 a 3 se não utilizasse. Agora, caberá ao juiz dosar, podendo ir – na pior hipótese para o acusado, com causa especial de aumento de pena aplicada em seu limite máximo – de 1 ano e 6 meses até 4 anos e 6 meses, para crimes praticados por associação criminosa”.⁽³⁾

Em contrapartida, o promotor de Justiça **André Luis Alves de Melo** considera “*a diminuição um equívoco que irá beneficiar grupos que praticam assaltos a bancos ou explodem caixas eletrônicos*”.⁽⁴⁾ Esta é a mesma posição de **Nucci** ao apontar que “*O aumento foi estabelecido em parâmetros equivocados: até a metade*”.⁽⁵⁾

A nova sistemática também modificou a descrição típica do crime de associação criminosa, com o acréscimo do termo “específico”, que qualifica o fim para o qual se associam os agentes envolvidos no delito em comento. A saber: “*Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes*” (grifo nosso). Indubitavelmente, tal acréscimo promoveu uma mudança significativa na amplitude do tipo penal. Com efeito, tal modificação ainda é muito recente, por isso não foi exaustivamente debatida pela literatura jurídica nacional. Mas vale destacar que mesmo entre aqueles que já se manifestaram sobre o tema, encontram-se autores consagrados que ignoraram sua importância. Notadamente, apontou **Nucci** que “*A alteração não provoca nenhum efeito prático*”.⁽⁶⁾ Respeitosamente, ousamos discordar da posição do renomado autor.

Na sistemática superada, o fim da associação poderia ser a prática de crimes em conjunto com outro fim, lícito ou ilícito. Agora, a associação de três pessoas para a prática de crimes somente configurará a associação criminosa do art. 288 desde que se dê para o fim **específico** da prática de crimes. Desta feita, o universo de condutas incriminadas pela nova redação é menor que o anterior. Nesse sentido, exemplificam **Greco e Estellita**: