

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.<sup>a</sup> T., rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJe 03.09.2013; STJ, HC 162.238/MG, 6.<sup>a</sup> T., rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJe 01.08.2013; STJ, HC 171.851/MS, 6.<sup>a</sup> T., rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, DJe 02.04.2013; STF, HC 103.525/PE, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 27.08.2010.

- (7) Nessa linha, cf.: STJ, REsp 1.259.482/RS, 5.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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 complementar, 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).

**Willy 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.<sup>(1)</sup>

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.<sup>(2)</sup>

Entre essas mudanças, chama à atenção a nova redação do art. 212 do CPP,<sup>(3)</sup> 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.<sup>(4)</sup> 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.<sup>(5)</sup>

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.<sup>(6)</sup>

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”.<sup>(7)</sup>

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 novos que não tenham sido explorados pelos inquiridores iniciais (partes), alargando o âmbito de pesquisa, porquanto 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 descumprira 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,<sup>(8)</sup> 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 interprete 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 Público (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.<sup>a</sup> Turma, j. 25.06.2013, *HC 115.336/RS*, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 21.05.2013). *STJ*: (*HC 247.902/RS*, Rel. Min. Marilza Maybard, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 25.06.2013; *HC 180.787/GO*, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 16.12.2010; *HC 151.357/RJ*, Rel. Min. Og Fernandes, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 21.10.2010; *HC 212.618/RS*, Rel. Min. Og Fernandes, Rel. p/acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, 6.<sup>a</sup> Turma, 24.04.2012; *RHC 27.555/PR*, Rel. Min. Og Fernandes, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 11.05.2010; *HC 121.215/DF*, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/acórdão Min. Og Fernandes, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 01.12.2009). Em sentido contrário, entendendo como nulidade absoluta, p. ex.: *STJ*: (*HC 151.054/AP*, Rel. Min. Adilson Macabu, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 01.12.2011; *HC 153.140/MG*, Rel. Felix Fischer, 5.<sup>a</sup> Turma, 12.08.2010; *HC 145.182/DF*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 04.02.2010; *HC 137.089/DF*, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 22.06.2010; *HC 137.091/DF*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 01.09.2009; *HC 121.216/DF*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.<sup>a</sup> Turma, 19.05.2009).

- (7) *STJ*, *HC 128.591/DF*, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.<sup>a</sup> 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).<sup>(1)</sup> 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* constitucional 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).<sup>(2)</sup>

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”.<sup>(3)</sup>

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”.<sup>(4)</sup> Esta é a mesma posição de **Nucci** ao apontar que “O aumento foi estabelecido em parâmetros equivocados: até a metade”.<sup>(5)</sup>

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”.<sup>(6)</sup> 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**: