

# Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal

Boletim Informativo IBRASPP - Ano 04, nº 07 - ISSN 2237-2520 - 2014/02

[www.ibraspp.com.br](http://www.ibraspp.com.br)



# IBRASPP

---

*A lei nº 12.654/12 e o banco de dados genéticos:  
a evidência do autoritarismo na coleta obrigatória do perfil genético*

---

*A relativização da competência nos crimes tributários*

---

*Carta precatória e exame cruzado: um problema não resolvido pelas reformas do CPP*

---

*Ilegitimidade da notitia criminis anônima no processo penal brasileiro*

---

*O Pacto de São José da Costa Rica e seu impacto no processo penal brasileiro*

---

*Pensar, aprender e transmitir Direito processual penal*

---

*Por Um Realismo Cético-Crítico*

---

*Prequestionamento em Habeas Corpus: exigência devida?*

# EDITORIAL

## O tortuoso caminho das reformas processuais penais



**Sócios-fundadores** Nereu José Giacomolli  
André Machado Maya

**Diretoria/Presidente** Nereu José Giacomolli

**Vice-Presidente** André Machado Maya

**1º Secretário** Guilherme Rodrigues Abrão

**2º Secretário** Marcelo Almeida Sant'Anna

**Tesoureira** Denise Jacques Marcantonio

**Departamento Editorial** André Machado Maya  
Denise Luz

**Departamento Científico** Vitor Guazzelli Peruchin  
Guilherme Rodrigues Abrão

**Coordenadorias Regionais** Fabiano Kingeski Clementel  
Cristina Carla di Gesu

**Conselho Consultivo** Alexandre Morais da Rosa  
Alexandre Wunderlich  
Aury Lopes Jr.  
Fabrício Dreyer de Ávilla Pozzebon  
Fauzi Hassan Choukr  
Geraldo Prado  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Luis Gustavo Grandinetti C. Carvalho  
Maria Thereza Rocha de Assis Moura  
Maurício Zanoide de Moraes

### Coordenadores Regionais

**Bahia** Marcelo Fernandez Urani

**Ceará** Nestor Eduardo Araruna Santiago

**Distrito Federal** Edimar Carmo da Silva

**Goiás** Felipe Vaz de Queiroz

**Maranhão** Thayara Silva Castelo Branco

**Mato Grosso do Sul** Roberto Ferreira Filho

**Paraná** Aline Guidalli  
Francisco Monteiro Rocha Jr.

**Rondônia** Alexandre Matzenbacher

**São Paulo** João Paulo Orsini Martinelli

**Santa Catarina** Maciel Colli

**Rio de Janeiro** Diogo Rudge Malan  
Leonardo Costa de Paula

**Rio Grande do Sul** Luiz Fernando Pereira Neto  
Salah Hassan Khaled Jr.  
Bruno Seligman de Menezes

A reforma do Código de Processo Penal é tema que há muito tempo está presente nas discussões e anseios daqueles que atuam na área criminal. Diversas propostas já foram apresentadas, contudo, apenas aquelas pontuais tiveram êxito e foram aprovadas, sendo que desde a sua entrada em vigor em 1941, nunca houve uma reestruturação completa e sistemática do Código.

Destaca-se que o atual Código foi apresentado ao Congresso Nacional pelo então Min. da Justiça Francisco Campos, jurista que teve importante papel na articulação e instauração da ditadura em 1937 e um dos elementos centrais da cúpula do então governo de Vargas. A inspiração autoritária é bastante clara quando na exposição de motivos Francisco Campos menciona que a aprovação do Código vinha da necessidade de *“ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente Código.”*

Ainda, consta que *“as nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoam a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do in dubio pro reo. É ampliada*

*a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória” acrescentando que “tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, desde que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz que fez expedir o mandado.”*

Notadamente, tais inspirações vão de encontro ao espírito democrático de um processo penal que serve como instrumento de garantias do acusado, e não encontra mais qualquer sustento tanto na Constituição quanto nas Convenções Internacionais.

A esse respeito, a primeira reforma estrutural, data de 1963, coordenada pelo Prof. Hélio Tornaghi, nem mesmo chegou a ser apresentada ao Poder Legislativo. Em 1975, outra comissão, agora sob o comando do Prof. José Frederico Marques, elaborou texto que após a primeira aprovação na Câmara dos Deputados, foi retirado de pauta pelo Poder Executivo. De maneira geral, a falta de consenso sobre os dispositivos impediram a aprovação desses projetos.

No ano de 1980, uma nova comissão, coordenada pelo Prof. Francisco de Assis Toledo, tomou a frente dos trabalhos da reforma, e mesmo com a aprovação inicial na Câmara dos Deputados, ficou barrada no Senado Federal.

A busca por uma adequação da legislação processual penal segue uma tendência, especialmente nos países latino-americanos, de reestruturação do sistema criminal em consonância com o fortalecimento das novas democracias e em conformidade com os direitos humanos. A esse respeito, cita-se as orientações do Código Processual Penal Modelo para Iberoamérica, inspirado pela Convenção Européia de Proteção aos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais e pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que tem em suas bases a adoção do sistema acusatório, prevalência à dignidade dos suspeitos e acusados, além da transparência dos procedimentos, da eficácia do processo (efetividade das garantias processuais) e a democratização na organização judiciária.

Diversos países vizinhos, com base nesse Código Modelo, lograram êxito nas refor-

**Estrutura e Organização****Editor-Chefe** André Machado Maya**Assessoria Editorial** Cleopas Isaias Santos  
Denise Luz  
Gabriel Divan  
Marcelo Sant'Anna**Conselho Diretivo** André Machado Maya  
Nereu José Giacomolli  
Guilherme Rodrigues Abrão  
Giovani Agostini Saavedra**Conselho Editorial****Integrantes estrangeiros** Juan Montero Aroca - *Espanha*  
Teresa Armenta Deu - *Espanha*  
María Félix Tena Aragón - *Espanha*  
Raul Cervini - *Uruguai*  
Rafael Hinojosa Segovia - *Espanha*  
Daniel Obligado - *Argentina*  
Rui Cunha Martins - *Portugal***Integrantes nacionais** Alexandre Morais da Rosa  
Aury Lopes Jr.  
Diogo Rudge Malan  
Elmir Duclerc Ramalho Junior  
Fauzi Hassan Choukr  
Giovani Agostini Saavedra  
Gustavo H. R. I. Badaró  
José Antonio Paganella Boschi  
Leonardo Augusto Marinho Marques  
Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin  
Marcelo Machado Bertolucci  
Marcos Eberhardt  
Marcos Vinícius Boschi  
Marta Gimenes Saad**Conselho de Pareceristas** Álvaro Roberto A. Fernandes  
André Luiz Nicolitt  
Aramis Nassif  
Augusto Jobim do Amaral  
Décio Alonso Gomes  
Douglas Fischer  
Eduardo Pitrez Correa  
Gabriel Ferreira dos Santos  
João Batista Marques Tovo  
Lisandro Luis Wottrich  
Marcio Barandier  
Miguel Wedy  
Ney Fayet Junior  
Odone Sanguiné  
Paulo Fayet  
Rafael Braude Canterji  
Ricardo Gloeckner  
Roberto Kant de Lima  
Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo  
Rômulo de Andrade Moreira  
Simone Schreiber  
Thiago Bottino  
Vera Regina Pereira de Andrade  
Walter Bittar**Editora** Atlas**Planejamento Gráfico** Colosseo Design**Linha editorial** Processo Penal, Direitos  
Humanos e Democracia**Periodicidade** Semestral

mas, a exemplo de El Salvador (1998), Argentina (2000), Venezuela (2001), Bolívia (2003) e Chile (2005), sendo que o Brasil ainda não conseguiu seguir, sistematicamente, essa onda, tendo feito reformas apenas pontuais (2003; 2008; 2011).

É de se salientar que as reformas implementadas, principalmente em 2008 (alteração no procedimento do Tribunal do Júri, nas Provas e no Rito Ordinário) tiveram inspiração não na mudança estrutural do sistema, mas apenas na resposta dos congressistas ao clamor social em flamas principalmente por dois casos de grande repercussão nacional (Caso João Hélio e Isabela Nardoni).

Esse é o cenário do sistema processual brasileiro, onde em razão dessas reformas pontuais e assistemáticas cria-se um verdadeiro Código *Frankenstein*, prejudicial para o desenvolvimento adequado do processo e das garantias processuais constitucionais. Nota-se que diversos institutos ainda estão eivados do sentimento autoritário que inspirou inicialmente o Código de 1941, vícios sentidos na prática judiciária e que acabam tendo abrigo na insegurança do entendimento jurisprudencial, quase sempre, portanto, dependendo da *sorte* ou *azar* do jurisdicionado ter seu caso penal apreciado por determinado órgão jurisdicional.

Não é de se espantar que as maiores chagas do Processo Penal estejam situadas justamente no começo e no seu fim (*Investigação Criminal e Execução Penal*), notadamente institutos que mais foram influenciados pelo Código Rocco. Contudo, não se deve fechar os olhos para os diversos problemas congênitos situados no elo entre esses dois momentos, principalmente no que diz respeito a teoria de nulidades, a teoria geral da prova, e os poderes instrutórios do magistrado.

É, portanto, nesse sentido que o IBRASPP pretende fomentar as reflexões acerca das alterações necessárias para o sistema processual criminal brasileiro se adequar aos anseios constitucionais e aos tratados internacionais.

# A lei nº 12.654/12 e o banco de dados genéticos: a evidência do autoritarismo na coleta obrigatória do perfil genético

Mariana Py Muniz Cappellari

“ O autoritarismo sempre esteve presente na história brasileira, e [...] embora as mudanças operadas, a sociedade vem reproduzindo esses caracteres, pois não se verificou uma ruptura histórica capaz de alterá-los.

A Lei nº 12.654/12 promoveu alteração em dois estatutos jurídicos distintos: a Lei nº 12.037/2009, que disciplina a identificação criminal e incide no âmbito da investigação preliminar (LOPES JR, 2012, p. 5-6); e a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), a qual regula a execução penal no país.

Para o presente nos interessa alteração procedida no âmbito da Lei de Execuções Penais, pois esta acabou por permitir a formação de um banco de dados de perfis genéticos, obrigando, nos termos do artigo 9º-A, a coleta de material genético, apenas com a ressalva de que a técnica empregada a tanto seja adequada e indolor; àqueles que tenham praticado crimes “dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa”, o que, evidentemente, não definiu o que seja; ou qualquer daqueles enumerados na Lei nº 8.072/1990, os chamados crimes hediondos (QUEIJO, 2013, p. 7-9).

Para além da má redação legislativa (ou da sua vagueza, talvez não intencional), a qual redundava em diversos questionamentos, bem como do caráter criminológico que o texto suscita, evidenciada a aproximação de uma política criminológica determinista biologicamente, nos termos do discurso produzido pela criminologia positivista etiológica; queremos chamar para o presente o autoritarismo que encerra a obrigatoriedade de o condenado fornecer seu material genético para a formação do dito banco de dados e a utilização posterior, por conseguinte, desse elemento como prova, sem, para tanto, ingressar na esfera da constitucionalidade ou não de tal imposição legal.

Mariana Py Muniz Cappellari  
Especialista em Ciências Penais e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Sim, por que tal como Queijo (2013, p. 7-9) também entendemos que a coleta de material genético nas hipóteses enunciadas pela referida legislação tem por objetivo único, ainda que a lei de forma velada não o diga, induzindo que a sua finalidade aparente seria a de determinar a identificação criminal; a comprovação da autoria e/ou participação em delito, o que, certamente, representa peso diverso na sua utilização como prova no âmbito do processo penal.

Entretanto, na esteira do que lecionam Casara e Melchior (2013, p. 2), o processo penal, como todo produto humano, está condicionado por uma tradição e, nesse ponto, entendemos que embora a assente dicotomia operada entre os sistemas acusatório e inquisitório, as quais redundam em diversas discussões, não há como se dissociar da sociedade brasileira e, conseqüentemente, do processo penal, um caldo cultural autoritário, em que pese o projeto democrático-constitucional instaurado em 1988.

O autoritarismo sempre esteve presente na história brasileira, e, segundo Casara e Melchior (2013, p. 15), embora as mudanças operadas, a sociedade vem reproduzindo esses caracteres, pois não se verificou uma ruptura histórica capaz de alterá-los. E essa ausência de rupturas, segundo os mesmos autores, encontra reflexos no campo processual penal.

Nesses termos é que podemos sustentar que a obrigatoriedade na coleta do perfil genético por parte dos condenados, revela uma violação do estado de inocência, na medida em que procede, tal qual a *Idade Média*, em uma estrutura de processo penal inquisitorial, onde não se partia da inocência do acusado, mas, sim, da sua culpabilidade (GIACOMOLLI, 2014, p. 90).

É por isso que Giacomolli (2014, p. 94) vai nos conduzir aduzindo que o estado de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo do modelo ideológico de processo penal a ser adotado, induzindo a importantes regras probatórias. Primeiramente, o estado de inocência, assim, imputa com exclusividade à acusação o encargo de provar a

culpa do imputado, logo, cumprindo-lhe a prova da ocorrência do crime, em todos os seus elementos, inclusive, da inexistência de causa excludente de ilicitude ou culpabilidade.

É evidente que o réu não tem o dever de provar a sua inocência, mas possui o direito de prova, acaso tenha interesse em criar uma dúvida razoável no espírito do julgador, o que irá lhe beneficiar, nos termos do que dispõe o *in dubio pro reo*. Por outro lado, mais uma vez Giacomolli (2014, p. 97) nos chama atenção para o fato de que dentro dessa perspectiva, inadmissível o dever do imputado e da defesa em colaborar com a acusação e com o julgador no processo penal, como de ser compelido a produzir provas, seja diante um comportamento ativo ou passivo (ingressando, aqui, a colheita do material genético). E veja-se que sequer sustentamos a dita violação ao *nemo tenetur se detegere*.

Tal análise singela, de forma evidente revela o contraste entre a discutida norma legislativa e os preceitos constitucionais e convencionais, esses últimos constantemente referendados e reforçados em sede de jurisprudência proferida pelas Cortes Internacionais de proteção dos direitos humanos, mormente no Sistema Interamericano, no que tange ao artigo 8º da CADH.

E, ainda, para, além disso, o mandamento legal dá conta do seu conteúdo eminentemente autoritário, haja vista reforçar o inquisitorialismo em detrimento dos valores e das garantias estabelecidas pelas ordens constitucional e convencional democrática (entre elas, evidentemente, o estado de inocência, com toda a sua funcionalidade e concretização).

Em assim sendo, a extensão dos questionamentos suscitados pela referida legislação, em tão variadas frentes, faz com que venhamos a nos valer dos ensinamentos de Martins (2013, p. 2), que, quando afirma que o processo é o microcosmo do Estado de direito, quer dizer que o processo é ou deve ser expressão daquilo que o Estado de direito é, bem como, o que acontece com o Estado de direito afeta sem remissão o

processo. Dessa forma, em sua maestria pontua: “Compreender o lugar do processo nos regimes políticos contemporâneos exige compreender aquilo que se tornou, hoje, o Estado de direito que o referencia, mesmo quando a imagem obtida se afasta do respectivo cânone.”

O desvelar, portanto, de uma ‘simples’ (para alguns) determinação legal que impõe ao imputado/acusado a obrigatoriedade de concessão de perfil genético a formação de um banco de dados, no seu mais fundo recôndito, faz com que nos questionemos: Afinal, de qual processo penal fala o legislador? Daquele que se coloca como instrumento à concretização de um projeto constitucional e convencional? Ou, daquele que permanentemente deixa dormir em seu interior conteúdo meramente autoritário e inquisitorial?

#### Referências:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. São Paulo, Verbo Jurídico, 2012.

CASARA, Rubens R R; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal. Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JR, Aury. Lei 12.654/12: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCRIM*, nº 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

MARTINS, Rui Cunha. *A Hora dos Cadáveres Adiados. Corrupção, Expectativa e Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim do IBCCRIM*, nº 250, p. 7-9, São Paulo, setembro 2013.

# PAULO CÉSAR BUSATO

PRÁTICO E DEMOCRÁTICO: UMA NOVA ABORDAGEM



## FUNDAMENTOS PARA UM DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO

4ª edição (2013) | 360 páginas

de R\$ 83,00 por **R\$ 66,40**  
+frete grátis

## DIREITO PENAL: PARTE GERAL

1ª edição (2013) | 1.072 páginas

de R\$ 145,00 por **R\$ 116,00**  
+frete grátis

## DIREITO PENAL: PARTE ESPECIAL 1

1ª edição (2014) | 1.008 páginas

de R\$ 145,00 por **R\$ 116,00**  
+frete grátis

## DOLO E DIREITO PENAL: MODERNAS TENDÊNCIAS

2ª edição (2014) | 160 páginas

de R\$ 49,00 por **R\$ 39,20**  
+frete grátis

UTILIZE O CÓDIGO: **IBRASPP.**

[atlas.com.br](http://atlas.com.br)  
0800 17 1944

f /EditoraAtlas @EditoraAtlas

atlas **70** ANOS  
CONHECIMENTO  
QUE SE RENOVAA  
A CADA DIA

# A relativização da competência nos crimes tributários

Luiz Antonio Borri  
Rafael Junior Soares

Os crimes contra a ordem tributária foram objeto de inúmeras discussões nos últimos anos, especialmente em relação ao momento consumativo. Após o julgamento do leading case pelo STF (HC 81.611, rel. Sepúlveda Pertence), chegou-se à conclusão de que o art. 1º, da Lei nº. 8.137/90 seria crime material cujo advento do resultado era imprescindível para sua configuração. Desse modo, a configuração de tais delitos somente poderia ser obtida depois de esgotada a esfera administrativa, a qual teria competência para se afirmar a existência de tributo.<sup>1</sup> Posteriormente, houve a edição da Súmula Vinculante 24 da Corte Suprema que colocou fim na discussão existente no âmbito nacional, reafirmando o entendimento exposto acima quanto à classificação jurídica do delito.

Com efeito, muito embora a resposta dada pela instância superior tenha sido capaz de resolver inúmeros casos pendentes de julgamento no cenário nacional, a solução também foi alvo de inúmeras críticas, pois, a partir da aludida interpretação, inexistiria o início do prazo prescricional. Surgiram, ainda, alegações de que os processos administrativos serviriam apenas como

exame de corpo de delito para verificação da materialidade, mas nunca como condicionante à configuração da infração penal (REALE JUNIOR, 2013, p. 2/3).

De qualquer sorte, a partir da exigência definida pelos Tribunais pátrios, o que se observou ao longo dos anos foi uma profícua discussão – ainda mal resolvida – no âmbito do direito material, olvidando-se da repercussão existente sobre o direito processual penal, de modo que o presente trabalho propõe-se a examiná-la.

Em regra, a competência para julgamento dos crimes dar-se-á pela local da de sua consumação, nos termos do art. 70, do Código de Processo Penal.

Como dito acima, para a consumação do crime contra a ordem tributária, nos termos do entendimento jurisprudencial vigente, faz-se necessário o esgotamento da via administrativa. Todavia, é muito comum que a discussão no âmbito administrativo perdure por vários anos perante as instâncias administrativas, dando azo à mudança de domicílio fiscal da empresa, que, em razão de motivos comerciais, por exemplo, tenha que se transferir para outra cidade centralizando naquele local suas atividades. O problema da relativização da competência existirá justamente neste pormenor, uma vez que a ação ou omissão ocorreu num determinado local, mas o esgotamento da via administrativa em outro, de modo que a competência será classificada com base no domicílio fiscal da pessoa jurídica, como prevê o art. 127, do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o crime teria ocorrido naquele local.

Luiz Antonio Borri  
Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.  
Advogado.

Rafael Junior Soares  
Mestrando em Direito Penal pela USP  
Professor de Direito Penal na PUC/PR.  
Advogado.

A partir deste entendimento, a pessoa jurídica teria condições de deliberar sobre a competência para julgamento do crime contra a ordem tributária, uma vez que a ação ou omissão estaria desvinculada da consumação, que somente ocorreria num momento posterior.

Os Tribunais pátrios tem aplicado este entendimento sem maiores questionamentos, sob o simplório argumento de que se o crime é consumado com o término do processo administrativo, determinando a incidência literal da regra do art. 70, do Código de Processo Penal. Neste sentido, segue decisão esclarecedora sobre o tema: “PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL DECLARADA APÓS O ENCERRAMENTO DA INSTRUIÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. SUBORDINAÇÃO À COMPETÊNCIA DO JUÍZO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI N.º 8.139/1990. CONSUMAÇÃO QUE SE DÁ QUANDO DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DOMICÍLIO FISCAL DO CONTRIBUINTE. (...) 4. Na conformidade do entendimento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do HC n.º 81.611 - e hoje objeto da Súmula Vinculante n.º 24 - não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. 5. Tratando-se de crime material contra a ordem tributária, o foro competente para processá-lo e julgá-lo é o do domicílio fiscal do contribuinte na data da constituição definitiva do crédito na esfera administrativa. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA SEÇÃO, CJ 0001782-37.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 17/03/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/03/2011 PÁGINA: 150).”

Para melhor esclarecimento da questão, cumpre examinar o entendimento doutrinário relativo à matéria, propondo Hugo de Brito Machado que “a referência feita

“ Há necessidade de se repensar profundamente a competência nos crimes tributários.

pela mencionada Súmula ao lançamento definitivo deve ser entendida como referência à decisão definitiva, à palavra final da Administração Tributária, no processo administrativo em que o lançamento é questionado” (MACHADO, 2011, p. 334), o que não implica vincular a consumação do delito ao domicílio fiscal do autuado.

A rigor, a consumação do ilícito penal tributário ocorreria no local em que está situado o órgão administrativo responsável por proferir o julgamento acerca da existência e quantificação do tributo, o que demandaria a existência de juízos próprios para julgamento dos feitos criminais nas respectivas comarcas onde se localiza o órgão administrativo fiscal suscetível de julgar de forma definitiva (na esfera federal a Delegacia da Receita Federal de Julgamento e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) o procedimento administrativo fiscal, situação que certamente dificultaria a colheita dos elementos probatórios para elucidação do fato.

Há necessidade de se repensar profundamente a competência nos crimes tributários, pois a jurisprudência tem condicionado a competência ao local do domicílio fiscal no momento da consumação do delito tributário, o que não parece correto, ainda mais porque alterações de regras administrativas - sempre mais relativas e maleáveis - poderiam alterar regras de direito material e, agora, processual.

Na realidade, a delimitação do foro competente nos crimes tributários estaria intimamente atrelada ao local onde foram realizados os atos executórios até porque, no processo penal, o domicílio do réu é

critério subsidiário na definição da competência (art. 72, CPP). Obviamente que a partir da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal, a discussão acerca do momento consumativo do crime tributário previsto no art. 1º, da Lei nº. 8.137/90 - considerado material - restou pacificada. No entanto, o tema da competência ainda não se mostra plenamente solucionado, porque soa desarrazoado o entendimento de que a competência dar-se-ia no local do domicílio fiscal ao tempo em que sobreveio o lançamento definitivo do crédito tributário, desconsiderando o local em que ocorreu a ação ou omissão.

Com efeito, a competência possui, dentre outros objetivos, facilitar a produção probatória em razão da maior proximidade com os fatos, bem como restabelecer a harmonia social no local onde houve sua violação. Desse modo, a possibilidade de interferência na competência viola, inicialmente, os dois objetivos da própria legislação processual penal. Mesmo que se mencione a adoção da teoria do resultado pelo Código de Processo Penal, a situação retratada permite seu abrandamento como já ocorreu em outros casos pelas Cortes superiores,<sup>2</sup> aplicando-se o critério de competência do Juízo onde se praticou a ação delituosa (OLIVEIRA, 2010, p. 284). Ou seja, caso se entenda pela existência de qualquer crime, a perturbação à tranquilidade social, o abalo à paz e ao sossego da comunidade e, finalmente, a maior facilidade na colheita de provas e esclarecimentos (NUCCI, 2008, p. 205) estão todos ligados ao local da ação ou omissão.

É certo, no entanto, que esta relativização das regras definidoras da competência tampouco contribuiriam para a segurança jurídica que deve nortear a eleição do foro competente e do juiz natural do feito, reforçando a necessidade de revisão da indigitada Súmula Vinculante, a fim de promover uma adequada solução às questões processuais que circundam o tema ou ainda a definição de um critério legal próprio delimitador da competência para julgamento dos crimes tributários.

Portanto, um dos possíveis caminhos jurídicos para evitar a arbitrariedade na verificação do foro competente do processo penal seria considerar estes crimes como delitos plurilocais, em que tanto a ação como o resultado será considerado para fins da competência. No caso concreto, a fim de se evitar futuras e indevidas alterações, a ação ou omissão teria prevalência sobre o resultado, sempre condicionado à esfera administrativa.

#### Referências:

MACHADO, Hugo de Brito. *A propositura da ação penal no crime de supressão ou redução de tributo e a súmula vinculante 24*. In: Doutrinas essenciais: Direito Penal Econômico e da Empresa. Org. PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. v. V. São Paulo: RT, 2011, p. 329/340.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

REALE JUNIOR, Miguel. *Restrição ilegal*. Boletim do IBC-CRIM, nº. 245, abril de 2013, p. 2-3.

#### Notas

<sup>1</sup>Não houve a definição pelo Supremo Tribunal Federal quanto à definição do esgotamento da via administrativa como sendo elemento normativo do tipo ou condição objetiva de punibilidade.

<sup>2</sup>*Recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal. Crime de homicídio culposo (CP, art. 121, §§ 3º e 4º). Competência. Consumação do delito em local distinto daquele onde foram praticados os atos executórios. Crime plurilocal. Possibilidade excepcional de deslocamento da competência para foro diverso do local onde se deu a consumação do delito (CPP, art. 70). Facilitação da instrução probatória. Precedente. Recurso não provido. 1. A recorrente foi denunciada pela prática do crime de homicídio culposo (art. 121, § 3º, c/c § 4º do Código Penal), porque “deixando de observar dever objetivo de cuidado que lhe competia em razão de sua profissão de médica e agindo de forma negligente durante o pós-operatório de sua paciente Fernanda de Alcântara de Araújo, ocasionou a morte desta, cinco dias após tê-la operado, decorrendo o óbito de uma embolia gordurosa não diagnosticada pela denunciada, a qual sequer chegou a examinar a vítima após a alta hospitalar, limitando-se a prescrever remédios pelo telefone, em total afronta ao Código de Ética Médica (artigo 62 do CEM)”. (...) 3. Recurso não provido.” (RHC 116200, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 06-09-2013 PUBLIC 09-09-2013).*

## Carta precatória e exame cruzado: um problema não resolvido pelas reformas do CPP

Antonio Eduardo Ramires Santoro

As reformas parciais do CPP vêm promovendo importantes modificações nas regras processuais e procedimentais. Todavia, não é incomum observarmos que certas mudanças são desacompanhadas de interpretação e aplicação condizente com o espírito inspirador das alterações.

Caso conhecido é a grande dificuldade que os juízes encontram em se adaptarem à nova sistemática de inquirição de testemunha inaugurado pela Lei no 11.690/2008 que alterou a redação do art. 212 do CPP, por estarem acostumados ao sistema presidencialista de audiência.

Pelo formato anterior de inquirição, o juiz começava formulando perguntas, para só depois de exauridas suas questões, abrir a possibilidade das partes quererem perguntas, as quais seriam analisadas pelo magistrado que detinha o monopólio da comunicação direta com a testemunha.

A alteração legal introduziu o sistema de *direct examination* ou exame direto e *cross-examination* ou exame cruzado, pelo qual a testemunha é inquirida diretamente pela parte que a arrolou, sem a interferência do juiz, e em seguida pela outra parte.

Ao juiz cabe apenas indeferir as perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de pergunta já respondida, bem como complementar a inquirição apenas com perguntas sobre pontos não esclarecidos.

Inobstante a clareza ofuscante do dispositivo, há magistrados que continuam a formular suas perguntas antes de abrir a inquirição às partes, muito embora não seja mais tão comum encontrarmos juízes que impeçam a realização de perguntas diretamente pelas partes.

Desse problema, entretanto, muitos autores e a própria jurisprudência vêm tratando. A questão que aqui se coloca é diversa e diz respeito à oitiva de testemunhas ou mesmo do ofendido por carta precatória.

O art. 222 do CPP dispõe que se a testemunha (aplicável também ao ofendido) “morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória”.

O problema começa com o entendimento consolidado pela súmula 155 do STF de que a falta de intimação da expedição da precatória para inquirição de testemunha é nulidade relativa. Vale frisar que este verbete é de 1963, antes da nova ordem constitucional e antes da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas os tribunais continuam aplicando e reproduzindo.

Antonio Eduardo Ramires Santoro  
Professor Adjunto de Direito Processual Penal e Prática Penal da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ; Pós Doutor em Direito penal e garantias constitucionais pela Universidad Nacional de la Matanza na Argentina; Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela UFRJ; Mestre em direito penal pela Universidade de Granada/Espanha; advogado criminalista.

Outro entendimento reproduzido sem olhar crítico é o consagrado na súmula 273 do STJ, este de 2002, que dispensa a intimação da defesa para realização da audiência no juízo deprecado, sendo necessário apenas a intimação de expedição da carta precatória (cuja falta, como visto, é nulidade relativa).

Assim, não é incomum que a defesa fique alijada do direito ao confronto por simples desconhecimento da realização da audiência. A paridade de armas começa, assim, a ruir quando se compreende que a acusação, pelo Ministério Público, sempre estará presente por ter um membro atuante junto ao juízo deprecado.

No entanto também não é deste problema que queremos tratar, porquanto a questão é ainda mais complexa. Ainda que se imagine que a defesa, diante das possibilidades atuais de realizar o acompanhamento processual da tramitação da carta precatória no juízo deprecado pela internet, sem muito custo, consiga tomar ciência da data de realização da audiência, o que temos hoje, e cada dia mais, é um “processo penal para ricos” instaurado no seio do Estado brasileiro.

Isso porque, ciente da data da audiência, a defesa somente poderá comparecer ao ato no juízo deprecado se este estiver localizado em uma comarca não muito distante ou se o acusado tiver recursos financeiros para custear o deslocamento (e conseqüências) do seu advogado.

Mesmo o acréscimo do parágrafo 3o que se fez ao art. 222 do CPP pela Lei no 11.900/2009, em que está prevista a possibilidade de se realizar a oitiva de testemunha por meio de vídeo conferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, não resolve a celeuma, já que poucos são os tribunais que dispõem de recursos confiáveis.

Esse é um problema para o qual, por incrível que possa parecer, o procedimento de inquirição de testemunha antigo apresentava solução. Como o sistema era presidencialista, as defesas faziam chegar por fax ou sedex uma série de perguntas escritas em

“  
*Hoje, com a adoção do exame direto e do exame cruzado pelo artigo 212 do CPP, não cabe mais ao juiz deprecado formular perguntas.*  
 ”

petição dirigida ao juízo deprecado com o requerimento de que as mesmas fossem formuladas à testemunha. O juiz, que detinha o monopólio de comunicação direta com a testemunha, as formulava.

Hoje, com a adoção do exame direto e do exame cruzado pelo artigo 212 do CPP, não cabe mais ao juiz deprecado formular perguntas.

Caso emblemático foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em sede de habeas corpus. A defesa pleiteava a declaração de nulidade da oitiva de duas testemunhas arroladas pela acusação inquiridas pelo juízo deprecado de outra unidade da federação. A defesa enviou perguntas por petição, tendo o juízo deprecado se recusado a formulá-las por falta de amparo legal e nomeado defesa *ad hoc* que também não as formulou, tampouco justificou porque não faria. De outro lado, embora o Ministério Público não tenha feito perguntas em audiência, o juiz o fez por sua própria iniciativa. O Tribunal assim decidiu:

“Pedido de declaração de nulidade dos depoimentos de duas testemunhas de acusação, ouvidas por carta precatória em outra unidade da federação. In casu, a Defesa, ao invés de comparecer à audiência instrutória, requereu que o Juízo deprecado reproduzisse perguntas formuladas por petição, pleito este indeferido. De fato, a medida pretendida não encontra amparo legal. Outrossim, não houve cerceamento ao direito de defesa, considerando que foi nomeada defensora *ad hoc* para o ato. De outro prisma, os termos de depoimentos que instruem o remédio heroico não revelam a alegada parcialidade do magistrado que presidiu o ato instrutório, o que não pode ser presumido pela simples ausência de manifestação do Ministério Público na formulação de perguntas às testemunhas...” (TJRJ – 1a Câmara Criminal – HC 0029197-15.2011.8.19.0000 – decisão por maioria)

O voto vencido reconheceu que o “juiz não estava obrigado a formular as perguntas pela defesa técnica por petição”, mas ressaltou que a exigência do contraditório e am-

pla defesa não se satisfaz com “a presença de uma defesa formal. Exige-se efetiva defesa.” (Des. Marcus Basílio). Portanto, não teria havido defesa material.

Acresça-se que a adoção do exame direto e do exame cruzado em substituição ao sistema presidencialista decorre de uma necessidade de adequação das regras infraconstitucionais de processo penal ao sistema acusatório forjado pela Constituição. Isso implica em que o juiz deve adotar uma posição passiva na produção de provas, deixando sua gestão às partes.

No caso acima descrito, o magistrado adotou no mesmo ato duas posições principiológicamente díspares. Ao indeferir o requerimento da defesa para formular perguntas à testemunha, o magistrado adotou posição passiva, própria do sistema acusatório. Todavia, na ausência de perguntas por parte da acusação, o magistrado saiu de sua posição passiva e formulou perguntas de sua própria lavra às testemunhas, em atitude inquisitória.

Para manter coerência com sua decisão inicial de não formular as perguntas requeridas pela defesa, deveria o magistrado encerrar a oitiva das testemunhas sem que as mesmas falassem nada, pois o juiz é passivo, não faz a gestão da prova, e a acusação não formulou perguntas.

O grande problema aqui é o fato de se aplicar uma regra (exame direto e exame cruzado) concebida para adaptar a legislação ao sistema acusatório, ao mesmo tempo em que o sistema inquisitório já tomou o espírito deste magistrado.

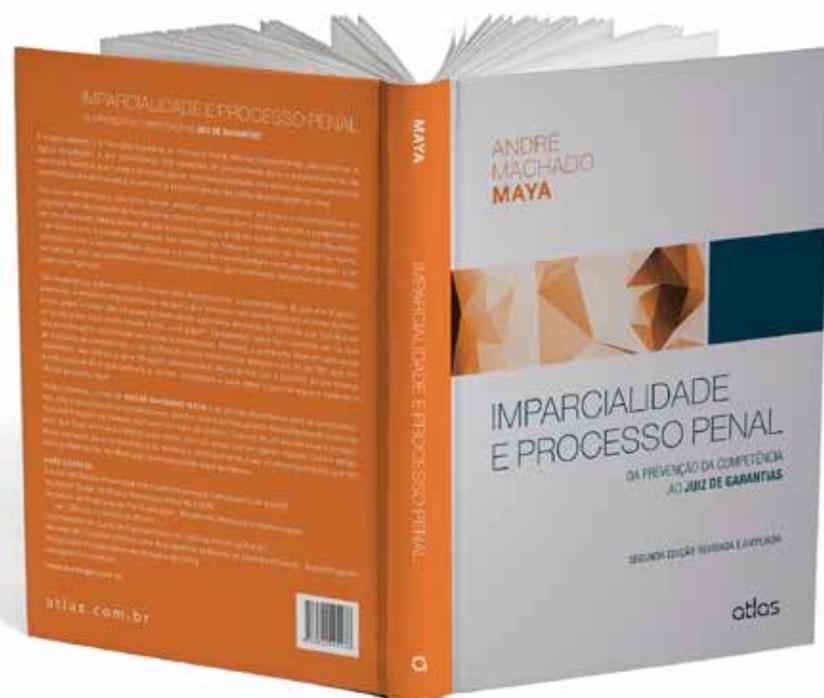
Enquanto a compreensão sobre as bases principiológicas em que deve assentar o processo penal brasileiro não invadir a consciência dos aplicadores do direito, mesmo as melhores alterações legislativas serão indevidamente interpretadas e aplicadas, sempre em detrimento dos mais pobres.

# IMPARCIALIDADE E PROCESSO PENAL

## DA PREVENÇÃO DA COMPETÊNCIA AO JUIZ DE GARANTIAS

2ª EDIÇÃO REVISADA E AMPLIADA

PREVISÃO DE LANÇAMENTO OUTUBRO.2014



### ANDRÉ MACHADO MAYA

2ª edição (2014) | 248 páginas

de R\$ 69,00  
por **R\$ 55,20**

20% DE DESCONTO + FRETE GRÁTIS

UTILIZE O CÓDIGO: IBRASPP

atlas.com.br  
0800 17 1944

f /EditoraAtlas @EditoraAtlas

atlas **70** ANOS  
CONHECIMENTO  
QUE SE RENOVA  
A CADA DIA

## Ilegitimidade da *notitia criminis* anônima no processo penal brasileiro

Márcia Regina Claudino Uhlein

No âmbito processual penal, é a notícia da infração o pressuposto do procedimento de investigação, pois é neste momento que a autoridade pública toma conhecimento do suposto ilícito e inicia os atos de busca pela verossimilhança das informações, com regulamentação acerca do inquérito policial especificada no art. 5º, do CPP.

Não há legislação sobre *notitia criminis* advinda de denúncia anônima<sup>1</sup>, apenas uma regra geral sobre o anonimato vem esculpida no artigo 5º, inciso IV, da CF, ao tratar da liberdade de manifestação do pensamento e vedar o anonimato. Tomando-se como base a obra de CANOTILHO (2003, p. 407-409), pode-se afirmar a existência de um conflito entre as funções dos direitos de defesa ou de liberdade, de um lado, e a de proteção perante terceiros, de outro. Na primeira, o cidadão tem a plena liberdade de expressão, mas, em virtude da segunda, o Estado acaba por vedar o anonimato. Não obstante, os Tribunais Superiores têm interpretado a norma casuisticamente.

Cotejando decisões dessas Cortes, pode-se afirmar sobre a aceitação da denúncia apócrifa, mormente quando constituir o corpo de delito (como em bilhetes de resgate no crime de extorsão mediante sequestro ou que corporifiquem o delito de ameaça, v.g.) ou forem produzidas pelo acusado ou, ainda, quando forem efetivadas investigações preliminares “com prudência e discricção” e em “completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas” (STF HC 10042). Com algumas exceções - o que deveria ser a regra - quando relativos a agentes públicos em geral ou advogado<sup>2</sup>, ou em caso de privação da li-

berdade baseada unicamente em denúncia anônima (STF HC 108483) e, finalmente, sobre a impropriedade da notícia da prática criminosa, sem identificação da autora, a determinar a *persecutio criminis* (STF HC 220295, 84827).

Inclusive, em texto publicado no site do Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal da Cidadania, intitulado “Delação anônima: os requisitos para sua admissão no processo penal”<sup>3</sup>, está consignado o entendimento da possibilidade de instauração de inquérito policial após recebimento de denúncia anônima, se precedido de diligências aptas a apontar justa causa. Contudo, a recomendação de desvinculação total da *notitia criminis* anônima com a *persecutio criminis* não se concretiza na prática investigativa, não se pode determinar o efetivo corte no liame da origem da prova, de forma a descaracterizar a prova ilícita por derivada da denúncia anônima, em atenção ao preceituado na norma constitucional no art. 5º, LVI em combinação com o art. 157, § 1º, CPP. A aquisição da prova é um fenômeno que introduz e instala a prova, a inexistência de regra excludente ou limitativa do meio proposto, induz a sua admissibilidade (GIACOMOLLI, 2014, p. 160). Afinal, é a prova, em última análise, a base para eventual juízo condenatório.

Márcia Regina Claudino Uhlein  
Mestre em Ciências Criminais - PUC/RS.  
Graduada em Direito - Unisinos/RS.  
Servidora Pública do TJRS.

Mesmo quando as chamadas “diligências preliminares” forem efetivadas e, ao final, constatada a inconsistência da acusação, ainda assim o sujeito estará atingido em sua imagem, em sua dignidade, em sua liberdade, incontroversa a estigmatização do sujeito quando “objeto” investigativo, derrubando a tese de “defesa da identidade do investigado”, como forma de amenizar os efeitos de denúncia anônima impropriedade.

Aliás, o próprio sistema de investigação preliminar brasileiro é objeto de severas críticas pelos doutrinadores, importando salientar sua característica de dispositivo, segundo André, ao cumprir sua função de “segregar, excluir, higienizar,” mantendo “a configuração social exatamente do mesmo jeito, preservando as concentrações de poder para a manutenção de uma sociedade verticalizada” (SAMPAIO, 2013, p. 39-41).

Alguns pontos são levantados na discussão do tema e usados como justificativa para a utilização do expediente, como o fato de o Ministério Público poder oferecer denúncia independentemente de prévia instauração de inquérito policial, ou seja, “deixando de lado” a denúncia anônima. Mas esse argumento não se sustenta por si só, porque a denúncia sem qualquer indício de prova é vazia, impossibilitando sequer o seu recebimento.

Assim, pela dicção do preceituado na Constituição Federal em consonância com a Convenção Americana dos Direitos Humanos<sup>4</sup>, a notícia anônima de um crime é inconcebível, por ser além de contrária à vedação do anonimato consagrada na Magna Carta, também impossibilitadora do exercício de outras garantias, como o da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF e art. 8.2 da CADH), da dignidade, da igualdade, da liberdade, e direitos como o de resposta proporcional ao agravo, de eventual indenização por danos morais (artigo 5º, incisos V e X, CF/88), ou de responsabilização por calúnia, por denúncia caluniosa ou por comunicação falsa de crime ou contravenção (artigos 138, 339 e 340, todos do CP).

“ [...] os pratos da balança estão fatalmente desequilibrados quando se lança mão do anonimato. ”

No contexto brasileiro, o incentivo à denúncia anônima se caracteriza uma causa desesperada do sistema estatal, por não dispor de meios de prevenção de segurança pública eficiente a evitar o ilícito e tampouco conseguir proteger o cidadão denunciante, quando esse se identifica. Aliás, é outra bandeira dos defensores do anonimato: o significativo auxílio na repressão ao crime pelas notícias levadas ao conhecimento do poder público, sob o manto da denúncia anônima. Mas não se olvide que o anonimato, sob o prisma do anônimo, tem o efeito de destituir sua característica de “ser humano”, de subjetividade, de homem sujeito de direitos e responsável por seus atos, havendo uma restrição em sua liberdade. Para o professor Timm, a própria noção de “ser humano” depende de sua liberdade a ser concretizada a partir da ética como o *agir propriamente humano, é a realização concreta da liberdade humana, para além de sua mera ideia* (SOUZA, 2008, p. 185-187).

Por outro lado, os pratos da balança estão fatalmente desequilibrados quando se lança mão do anonimato. Há uma ruptura na igualdade e o anônimo está em posição de invisibilidade, porquanto goza de um certo “privilegio” pela proteção estatal, ocultando sua cidadania, sua identidade, “burlando” o direito do outro de buscar eventual responsabilização pelo falso. O “invisível” em posição de “superioridade” frente ao outro.

Admitindo-se depoimentos anônimos, fatalmente estará impedida a publicidade dos procedimentos, a efetividade do contraditório e a possibilidade de inquirir o sujeito, sem o qual não se pode prestar juízo

de credibilidade (GIACOMOLLI, 2011, p. 74-75).<sup>5</sup>

Finalmente, importa mencionar a Resolução nº 361/2008 do STF - que dispõe sobre a central do cidadão e expressamente vedou a possibilidade de formulação de reclamação, críticas ou denúncias de caráter anônimo (art. 5º, II), sob pena de rejeição liminar e arquivamento, em total dissonância com a jurisprudência assentada na Suprema Corte, e aqui analisada.

Com isso, a inexistência de regulamentação específica sobre os procedimentos investigativos determinantes da colheita de provas resulta na abertura a uma permissiva e perigosa “investigação preliminar informal” decorrente de denúncia anônima, sem qualquer garantia jurídica atinente aos atos investigativos de cunho formal. E mais, culminando em julgados varia-

dos, como o recente HC 199.086, em que o STJ validou o próprio inquérito policial iniciado em exclusiva denúncia apócrifa, considerando que sua instauração “para a simples deflagração das diligências, sem a adoção de medidas assecuratórias invasivas e sem a determinação de indiciamento, não se diferenciou em nada do procedimento de verificação preliminar de informação que comumente precede a instauração do inquérito policial”<sup>6</sup>.

Resulta concluir sobre a desigualdade e a insegurança jurídica, consolidados em um Estado Democrático de Direitos incapaz de assegurar ao cidadão o mínimo de segurança pública, tendo de ser auxiliado no “combate ao crime”, incompetente em efetivar políticas de prevenção, delegando uma responsabilidade sua ao próprio cidadão.

#### Referências:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do Processo Penal. Crises, misérias e novas metodologias investigativas*. Rio Janeiro: Lumen Júris, 2011.

\_\_\_\_\_. *O Devido Processo Penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

SAMPAIO, André Rocha. *Um dispositivo chamado “Inquérito Policial”*. Boletim Informativo IBRASPP. São Paulo: Atlas, n. 05. 2013/02. p. 39-41.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Em Torno à Diferença: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

#### Notas

<sup>1</sup>Diferente da Itália, v.g., que regrou a questão no art. 240, do CPP, proibindo o uso de documento anônimo, a não ser no caso de constituírem o próprio corpo de delito ou quando emanem do imputado.

<sup>2</sup>Exemplos STJ: HC 95838/RJ; QO na Notícia Crime 2002/0066879-0; AgReg. 2002/0132706-7 no Inquérito 355/RJ.

<sup>3</sup>Publicada em 04/08/2013: [http://www.stjunior.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=2&tmp.area=398&tmp.texto=110620](http://www.stjunior.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=2&tmp.area=398&tmp.texto=110620). Acesso em 29 mai. 2014.

<sup>4</sup>Ratificada pelo Brasil no Decreto Legislativo nº 27/1992, e promulgada pelo Decreto Executivo nº 678/1992.

<sup>5</sup>Aqui o autor indica ver TEDH no caso KOSTOVSKI v. PAÍSES BAIXOS (1989) entendeu ter havido limitação ao direito de defesa porque três policiais (um ouvido pela polícia e dois pelo juiz da instrução) não haviam sido identificados; também casos: WINDISCH (1990); DOORSON v. PAÍSES BAIXOS (1996); VAN MECHEM v. HOLANDA (1997); LAUKKANEN v. FINLÂNDIA (2004).

<sup>6</sup>HC 199.086/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª T, julgado em 06/05/2014, DJe 21/05/2014.

## O Pacto de São José da Costa Rica e seu impacto no processo penal brasileiro

Marcelo Fernandez Urani

“  
Essa nova compreensão do processo passa pela quebra de paradigmas, que até então sólidos, foram diluídos pela Modernidade Líquida [...]

Suscitar a temática sobre o reflexo do Pacto de São José da Costa Rica no Processo Penal pátrio certamente é uma tarefa bem delicada, já o porquê disso é simples, ou seja, se a Carta Magna não tem (ou tem pouca) influência no processo penal, o que dizer dos Tratados Internacionais (?!), mesmo aqueles que o Brasil subscreveu. E o tema fica mais crítico quando se discute a aplicação dos precedentes das Cortes Supranacionais, no caso deste ensaio, a CIDH.

O fundamento para o (necessário) reflexo da CADH no processo penal se dá por razões até claras, observemos. Primeiro, a própria CADH (art. 2º) impõe o dever dos Estados-partes de compatibilizarem o direito interno àquela. Em segundo, a Convenção de Viena (art. 27) dispõe que a parte não pode invocar o direito interno para descumprir um Tratado. Portanto, fundamentos legais para adesão do processo penal à CADH não faltam. A consequência lógica disto seria, também, um olhar nos precedentes da CIDH como fonte de interpretação do direito (GIACOMOLLI, 2014, p. 9), afinal o Brasil está sujeito à jurisdição contenciosa dessa, e, portanto, as suas sanções, então nada mais coerente do que seguir os precedentes da CIDH, como fizeram Bolívia e Argentina (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 222 e 335).

Por sua vez, o bloco de constitucionalidade da atual Constituição Federal justifica esta interface entre a CADH e o processo penal Brasileiro, o que acaba fazendo com que o princípio da convencionalidade imponha uma leitura do processo a partir da Convenção Americana (SILVA; URANI, 2013, p.27). Então, a leitura do proces-

so penal deve ser feita numa linha não só constitucional, como também, convencional, e aqui tomando por paralelo a ideia das dimensões dos Direitos Fundamentais, devemos compreender que a primeira dimensão do processo foi uma leitura com base da dimensão ordinária, a segunda na dimensão constitucional, quando se falava no processo penal constitucional, e agora a terceira dimensão, numa perspectiva do processo penal convencional.

Outro ponto a ser considerado em relação aos efeitos da Convenção no processo pátrio é a hierarquia dos Tratados Internacionais. Neste particular, o STF (HC 79.785) entende que os diplomas que disponham sobre Direitos Humanos teriam status supralegal, enquanto para internacionalistas os Tratados Humanos teriam índole e nível constitucional (MAZZUOLI, 2012, p. 838). Tema não pacificado pela doutrina e jurisprudência, seja nacional, seja estrangeira.

Superada, provisoriamente, as questões acima, passemos ao impacto concreto da CADH no processo penal, e esta breve exposição deve passar especialmente pelas garantias judiciais do art. 8º, onde constam novos princípios constitucionais que passaram a ser inseridos do processo penal brasileiro (duração razoável do processo e duplo grau de jurisdição), bem como aqueles que são reproduzidos, só que com mais especificações, o que por si já é motivo suficiente para demonstrar a importância da Convenção e o aprimoramento das garantias através dessa.

Dentre as novas garantias processuais, encontramos a duração razoável do processo (art. 8º, 1), que mesmo antes de ingressar na Carta Magna através da EC n.º 45, já existia na CADH; logo, ainda que o atual CPP não estabeleça prazos na maioria dos ritos processuais, é preciso adequá-lo às normas convencionais, evitando eventuais violações, como no caso Suárez Rosero versus Equador, de 1997.

Outra novidade posta pela CADH (art. 8º, 2, h) foi o duplo grau de jurisdição. Antes não havia este princípio como garantia no plano processual constitucional, só com a

adesão do Brasil ao CADH é que isso foi alcançado. Todavia, esta normatividade convencional vem sendo violada com a nova orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, ante a impossibilidade impetração de *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário constitucional. Deve(ria) prevalecer as disposições convencionais, tais como acesso a jurisdição, duração razoável do processo, a qual engloba a fase recursal e o duplo grau de jurisdição, tudo isto diante da expansão das garantias judiciais, em especial pelo *pro homine*.

Em relação à presunção de inocência, essa garantia implica(ria) no efeito suspensivo dos recursos extraordinários, sem que fosse necessária a impetração de *habeas corpus* perante o STF e o STJ para possibilitar aos recorrentes apelarem em liberdade. Uma clara demonstração de que o estado de inocência não está devidamente compreendido à luz da CADH, isto é, através do princípio da convencionalidade. Ainda numa postura inconventional estão as vedações abstrata de liberdade provisória para alguns de crimes considerados mais graves, implicando na prisão como regra e a liberdade como exceção.

O contraditório, dentro da linha da CADH (art. 8º, 2, c), fosse efetivamente aplicado, teria diversos reflexos, dentre os quais a possibilidade de tempo suficiente para elaboração da defesa, pois a CADH fala em “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”, impossibilitando que o acusado tivesse ciência de audiência contra si no mesmo dia, como já aceitou o STF (HC 98434), já que a concessão do tempo pressupõe um lapso temporal suficiente para a discussão e elaboração da tese defensiva entre acusado e defensor, ainda mais em processos envolvendo matérias complexas ou com muitas horas de interceptação telefônica.

Ainda em relação ao contraditório, a CADH (art. 8º, 2, b) dispõe que o acusado tem direito à “comunicação prévia e pormenorizada [...] da acusação formulada”. Por aqui estaria vedada a denúncia genérica, já que a Convenção é taxativa quanto à obri-

Marcelo Fernandez Urani  
Advogado Criminalista. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professor da Universidade do Estado da Bahia e da Universidade Federal da Bahia. Coordenador Regional na Bahia do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. Coordenador da pós-graduação em Ciências Penais da Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Integrante da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/BA.

gatoriedade de a acusação ser pormenorizada. Também por força do contraditório estaria proibida a citação por hora certa, na medida em que esta não implica no real conhecimento do réu quanto a real existência de uma imputação (MAYA; GIACOMOLLI, 2009, p. 130).

Outras tantas antinomias poderiam ser apontados no confronto do CPP e da CADH, mas para dar um passo a frente em relação ao Código, e já contextualizando o tema com o projeto do novo CPP, constatase que este encontraria óbice no que toca a possibilidade de revisão criminal *pro societate*, por conta da CADH (art. 8º, 4) expressamente vetar o *bis in idem*, a exemplo do que decidiu a Corte Interamericana no caso Loayza Tamayo versus Peru, de 1997.

Essa nova compreensão do processo passa pela quebra de paradigmas, que até então sólidos, foram diluídos pela Modernidade Líquida, no que BAUMAN (2001, p. 13) coloca: “O que está acontecendo hoje é, por assim dizer, uma redistribuição e realocação dos “poderes de derretimento” da modernidade”. Trazendo à evidência novos

direitos e outras relações (internacionais) até então não existentes, e como próprio do novo, a insegurança é um efeito, mas como novo e fluido não pode ser evitado. Enfim, é uma realidade posta e pouco conhecida, porém que precisa ser enfrentada para que o Brasil não passe a sofrer outras condenações no âmbito internacional, como ocorreu no caso Escher e outros versus Brasil, de 2009.

Então, como não podemos escapar dessa nova realidade, a proposta é aproximativa e não excludente, e para tanto a hipótese é o diálogo das fontes entre a CADH e o processo penal Brasileiro, na busca da ampliação das garantias judiciais, na qual a Convenção Americana passa, além da Constituição, a ser um norte, como explica GIACOMOLLI (2014, p. 32): “A adequação das regras do processo penal, portanto, ultrapassa a mera adequação constitucional e adere à normatividade internacional”, daí uma das possíveis hipóteses seria o diálogo entre as Cortes Nacionais com a CIDH, especialmente por ser esta a fonte interpretativa da Convenção Americana.

#### Referências:

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal. abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos. Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAYA, André Machado; GIACOMOLLI, Nereu José. *A citação por hora certa no processo penal*. Revista de Estudos Criminais. n. 35, Out/Dez/2009, p. 121/140.

SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo

# ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

20% DE DESCONTO + FRETE GRÁTIS

TEORIA GERAL DO DELITO  
E DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

3ª edição (2014) | 272 páginas

de R\$ 78,00  
por **R\$ 64,20**

LAVAGEM DE DINHEIRO

1ª edição (2014) | 168 páginas

de R\$ 52,00  
por **R\$ 41,60**



UTILIZE O CÓDIGO: IBRASPP  
[atlas.com.br](http://atlas.com.br)  
0800 17 1944

atlas 70 ANOS  
CONHECIMENTO  
QUE SE RENOVA  
A CADA DIA

## Pensar, aprender e transmitir Direito processual penal

Nereu José Giacomolli

A evolução do sistema educativo “vai ser um dos principais desafios do século XXI”, afirma Goéry Delacôte, ex-diretor do *Exploratorium* de São Francisco (Delacôte, 2000, p. 292). Roberto Carneiro, membro da Comissão Internacional para a Educação no Século XXI, assevera que “podemos distinguir quatro maneiras de aceder ao saber: por um lado, ‘saber o quê’, e ‘saber o porquê’, de acordo com as formas tradicionais da aprendizagem e, por outro lado, ‘saber quem’ e ‘saber como’, que enriquecerão os métodos tradicionais através da experiência e do relacionamento com o mundo concreto”, destacando os quatro pilares da Comissão Delors: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a estar e aprender a viver em conjunto (Carneiro, 2000, p. 299 e 301).

O processo penal, assim como as demais áreas do Direito, passou a ser transmitido de forma compartimentada, fragmentada, mediante uma metodologia eminentemente expositiva e acrítica (reprodutora do estabelecido, de sentido), analítica e linear, sem integração com a *práxis*, com os demais saberes, com o conhecimento e com a experiência dos discentes. Os encontros circunscrevem-se aos limites de uma sala, de uma faculdade. O conteúdo restringe-se aos programas espelhados no Código de Processo Penal, passado ao aluno e ava-

liado mediante provas programadas, não raras vezes de assertivas certo ou errado, verdadeiro ou falso, sim ou não. A responsabilidade é compilatória, certificada na perspectiva do dever cumprido, desde que o armazém da memória do aluno seja preenchido. Porém, a concepção de Montaigne ainda tem relevância: “mais vale uma cabeça bem feita, do que bem cheia”.

A transmissão do direito processual penal transformou-se em monólogo inaudível e de parca absorção nos auditórios jurídicos. Isso porque se trata de uma transmissão fragmentária e desvinculada do contexto, mormente dos Diplomas Internacionais, da Constituição Federal, do Direito Penal, do jogo de poder incorporado pelos sujeitos, bem como da casuística da realidade fática universal e local. Vários anos de fragmentação, de instrumental meramente expositivo e de ausência de uma tecitura dos vários ramos do direito e do conhecimento afastaram a necessária ligação das partes, evidenciando a árdua tarefa de compreender e situar o fenômeno processual na sociedade e no mundo jurídico. Por ser tratada a unidade (processo penal), de forma desvinculada da diversidade e da universalidade (direito e demais ramos do conhecimento), emergem problemas de difícil transposição e solução, potencializados pela carência de vínculos relacionais entre os diversos elementos do complexo jurídico e vital. A metodologia arcaica, ou seja, de mera transferência de informações parca e memorizadas, de necessidade de acúmulo e armazenamento, unidirecionadas verticalmente (professor-aluno), sem possibilidades de questionamentos no pla-

Nereu José Giacomolli  
Doutor em Processo Penal pela Universidad Complutense de Madrid. Professor de Direito Processual Penal da PUCRS.  
Desembargador do TJRS

no horizontal (aluno-aluno) e contributivo (aluno-professor), dificulta a transformação da informação em significado, afastando as possibilidades de apropriação, assimilação e incorporação do conhecimento, produzindo desinteresse na aprendizagem.

Muitos são os desafios. Alguns, para pensar e debater:

- 1) compartilhamento das responsabilidades professor-aluno;
- 2) perspectiva do professor como auxiliar no desenvolvimento cognitivo crítico e sistemático, criador de possibilidades cognitivas à auto-aprendizagem e à auto-organização intelectual e volitiva;
- 3) utilização e desenvolvimento das novas tecnologias pelos docentes e discentes, em rede, no processo ensino-aprendizagem (videoconferência, acesso a bases de dados doutrinários e jurisprudenciais, comunicação on-line entre professores e alunos através de ferramentas eletrônicas, *v.g.*);
- 4) superação da redução metodológica à exposição docente;
- 5) integração docente e discente da graduação com a pós-graduação;
- 6) avaliação recíproca docente-discente, com decisões sérias acerca dos resultados apontados;
- 7) declaração do “saber” à construção e desenvolvimento do saber;
- 8) evoluir do escrito e da linguagem vocal à representação por imagem integrada em áudio e vídeo;
- 9) integração dos avanços da arte (cinema, teatro, literatura, música, pintura, *v.g.*) no processo ensino-aprendizagem do processo penal;
- 10) continuidade da interatividade e não clausura do processo-ensino aprendizagem à temporalidade da graduação e ao espaço da faculdade ou universidade (necessidade de criação de “antídotos contra a desaprendizagem” – Roberto Carneiro);
- 11) superação da verticalidade na direção de uma horizontalidade dialógica transparente, lúcida, explícita entre professor-aluno;

“ A transmissão do direito processual penal transformou-se em monólogo inaudível e de parca absorção nos auditórios jurídicos. ”

12) reconhecimento da diferença e da desigualdade na relação professor/aluno e aluno/aluno e saber compatibilizá-las;

13) utilização de todas as formas de aprendizagem que permitam acessar, analisar e avaliar (Tapio Varis);

14) integração da comunicação analógica com a digital;

15) utilização de todos os sentidos cognitivos e analíticos e afetivos (Tapio Varis);

16) funcionalidade construtiva do aluno enquanto ser humano e integrativa de todos na cidadania.

Não é demasiado lembrar que o conhecimento e o saber não podem ser confundidos com mera comunicação e informação e nem com sua velocidade dos *teleteaching*, dos *web-training* e de todos os mecanismos de contato imediato. Quiçá os maiores desafios estejam na conscientização da problemática, no querer avançar e progredir, bem como na incorporação do reconhecimento valorativo do ser humano, em todo o processo de desenvolvimento da cognição. O processo ensino-aprendizagem há de forjar possibilidades de contextualização das realidades particulares e singulares e, concomitantemente, de “concretizar o global, de por o global em relação às partes”, pondo de releve a condição humana, o saber viver e a formação de cidadãos (Morin, 2000, p. 287). Nesse sentido há de ser organizado o paradigma metodológico, na medida da constatação do esgotamento da programação reducionista da acumulação de conhecimento.

Situação também preocupante também diz respeito à situação de último plano no ensino do processo penal, em alguns semestres, diferentemente do que ocorre com o processo civil e o próprio direito penal. Esta inferioridade é histórica. Carnelutti já alertava o grau de inferioridade com que era tratado o direito processual penal em relação ao direito processual civil e ao próprio direito penal, inclusive nos planos de ensino (dois semestres ao processo penal) e em sua nomenclatura (direito processual civil e processo penal), o qual se conten-

ta em usar as roupas usadas e abandonadas por suas irmãs, o direito penal e o processo civil (Carnelutti, 1960, p. 15 a 21). Um século depois, a situação pouco mudou e segue a preocupação maior com o ter em relação ao ser. Quantos semestres são dedicados ao direito processual civil e quantos ao direito processual penal? Estuda-se uma teoria geral do processo que, na realidade, é uma teoria geral do direito processual civil. Muito além da *secura* da dogmática, da técnica do processo penal, o processo ensino-aprendizagem há de priorizar o ser humano, em qualquer disciplina e não olvidar o que já ensinava Rousseau: “quero ensinar-lhe a condição humana”. A construção de comunidades autênticas e éticas, moralmente comprometidas na formação do ser humano e da cidadania (formação de cidadãos) é um dos desafios do processo ensino-aprendizagem.

#### Referências:

- AAVV UNESCO. *As Chaves do Século XXI*. Lisboa. Instituto Piaget, 2000.
- CARNEIRO, Roberto. “A educação para todos, ao longo da vida e os novos programas”, em AAVV. UNESCO. *As Chaves do Século XXI*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 298-302.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Buenos Aires: Librería del Puerto, 1960.
- DELACÔTE, Goéry. “Educação à distância, novas tecnologias e novos métodos de aprendizagem”, em AAVV UNESCO. *As Chaves do Século XXI*, UNESCO. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 292-297.
- MORIN, Edgar. “Reforma do Pensamento e da Educação no Século XXI”, em AAVV. UNESCO. *As Chaves do Século XXI*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 287-291.
- PÉREZ TORNERO, José Manuel e VARIS, Tapio. *Media Literacy e New Humanism*. Federação Russa, 2010.
- UNESCO ZOLO, Danilo. *Globalizzazione. Una Mappa dei Problemi*. Laterza: 2004.
- WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

## Por Um Realismo Cético-Crítico

André Vaz Porto Silva

No centro do debate contemporâneo acerca da teoria do direito, encontra-se viva a discussão entre positivismo e jusmoralismo – este hodiernamente representado, muito *grosso modo*, por tendências pós-positivistas e neoconstitucionalistas.

O positivismo jurídico – de maneira pacífica subdividido em suas versões kelseniana (exclusivista) e hartiana (inclusivista) –, mediante conhecida a separação que opera entre direito e moral, indica as regras aprovadas, pela autoridade competente e de acordo com as prescrições da norma fundamental, como fonte primordial do direito. O intérprete-aplicador estaria, dessa maneira, vinculado à moldura colocada pelo legislador para buscar uma solução para os casos concretos que se lhe apresentem – trata-se exatamente do processo cognitivo (identificação da moldura) e volitivo (escolha da decisão) contidos no processo interpretativo (KELSEN, 2009, p. 394).

Já o pós-positivismo inclina-se ao reconhecimento de que valores morais, substanciados em princípios, integram o ordenamento jurídico, cumprindo em seu interior diversas tarefas. Nesse sentido é que uma norma extremamente injusta, apesar de regularmente positivada, poderia ser reputada juridicamente inválida (ALEXY, 2011, pág. 110). Os neoconstitucionalismos, especificamente, apostam nos valores, princípios e direitos fundamentais contidos nas Constituições modernas para impulsionar a pretensão de correção a ser perseguida, no campo do “poder ser” aperfeiçoado racionalmente, por todos os que tomam parte na propulsão invasora da lei fundamental – não só juízes e aqueles que visam a influenciar seu processo decisório, mas todos os participantes da sociedade

(MOREIRA, 2009, p. 18). Metodologia que se apresenta adequada a essa nova teoria do direito é a argumentação jurídica, fundada na crença na razão prática, a propugnar uma fundamentação lógica e racional das decisões judiciais, conectada sempre à concretização daqueles valores constitucionais e, em última análise, à legitimação dos procedimentos democráticos como um todo (ATIENZA, 2012, p. 59 e 96-97).

Em todas essas concepções de direito, temos um traço em comum: a convicção de que os juízes e demais atores da prática jurídica fiam-se em determinações anteriores à própria decisão para a construírem – regras, normas, valores, princípios, direitos fundamentais. De uma forma ou de outra, existe sempre uma confiança no poder transformador do direito – seja, em termos positivistas, pela rígida divisão entre o prescritivo/normativo, entre ser/dever ser (transposto, com base na norma fundamental pressuposta, pelo mecanismo normativo sancionador do comportamento a ser evitado) (DIMOULIS, 2006, p. 130-131), seja, na linha jusmoralista, pela materialização dos princípios e da vontade constitucional, pelos mecanismos da argumentação, da ponderação e do processo – quiçá romântico – da escritura de uma novela em cadeia (DWORKIN, 2014, pg. 275).

Tal poder transformador é, realmente, verificado em algumas situações. Tomemos o exemplo do direito do consumidor: com efeito, ali se verificou já desde o nascedouro de nossa Constituição – dois anos após,

André Vaz Porto Silva  
Mestrando em Direito pela UFRJ  
Juiz de Direito (TJ/RJ).

para ser mais preciso – a implementação de uma codificação avançada, corporificadora de diversos conteúdos e valores expressos em nossa Lei Maior (art. 5º, XXXII; 170, V, etc.). Na sequência, constatou-se de fato a elaboração de um romance nos moldes dworkianos, em que a jurisprudência, mediante espantosa profusão de princípios, constrói ainda hoje uma vanguardista sistemática protetiva e garantidora dos direitos do consumidor, amiúde em face de pujantes e poderosos grupos econômicos. Invoca-se com vigor a dignidade da pessoa humana nesse campo, fazendo-a incidir nas relações privadas travadas entre particulares, numa concepção absolutamente contemporânea da força normativa da constituição. Os positivistas, também, podem alegrar-se diante da certificação de que os sancionamentos colocados pelas regras consumeristas vêm incidindo de maneira implacável, tudo dentro da exata moldura colocada pelo legislador, e da forma mais próxima daquilo que o mesmo planificava e planifica.

A Constituição vem se fazendo notar em muitas outras áreas de nosso sistema jurídico, com maior ou menor intensidade. O direito Civil-constitucional já não se encontra reservado a discussões de programas de pós-graduação de uma ou outra Universidade, sendo com cada vez mais frequência desenvolvido em peças, pareceres e decisões. No direito das famílias, proclama-se repetidamente o valor do afeto e da dignidade, aventando-se o direito à busca da felicidade, a possibilidade de reparação por abandono afetivo, entre mil outras possibilidades que, sabemos, continuarão a ser concretizadas paulatinamente.

O que dizer, porém, no que concerne à persecução penal – mais particularmente, do direito e do processo penal?

A Lei de Execuções Penais, vigente desde antes da CRFB, incorpora de maneira clara e avançada direitos fundamentais de primeira geração – aqueles destinados a impedir as arbitrariedades estatais face à liberdade dos indivíduos. Não são necessárias sequer breves divagações teóricas: bas-

“  
Assim é que talvez seja  
mais operativo abandonar  
as teses que creem  
no direito como vetor  
de para a implantação  
de uma real democracia.”

ta uma visita rápida a qualquer penitenciária brasileira para constatar que o grau de eficácia da Lei 7.210/84 é risível.

Em 2011, editou-se a Lei 12.403/2011, que, reformando parcialmente o CPP, tinha o firme propósito – por meio da positivação de diversas cautelares não-aflitivas, do (óbvio) estabelecimento do caráter subsidiário da prisão preventiva e de sua vedação a hipóteses de delitos menos graves – de reduzir o encarceramento provisório. Não houve qualquer efeito: segundo dados do Ministério da Justiça, o número de custodiados sem condenação definitiva era, em junho de 2012, de 191.024 pessoas; em dezembro daquele ano, a cifra salta para 195.036<sup>1</sup>. Decisões sem qualquer fundamentação e amparo em elementos jurídicos e fáticos seguem sendo proferidas para levar a efeito o abarrotamento massivo de indivíduos nas mencionadas instituições de sequestro.

Seriam infundáveis os exemplos, mas apenas dois bastam para evidenciar que, na seara da pena e do processo para sua imposição, a decisão judicial simplesmente ignora as regras válidas, por menos abstração que apresentem (p.ex., a área mínima de 6m<sup>2</sup> da unidade celular – art. 88, § único, ‘b’ da LEP)<sup>2</sup>. Estão vedadas também as portas para o discurso da dignidade. A morte – aquela que, por seu desvalor ético incontestável, deveria chamar a atenção para a contenção do genocídio em curso na nossa realidade marginal (ZAFFARONI, 1998, p.42) – parece não sensibilizar os romanistas de Dworkin.

Juízes são consumidores. Juízes celebram contratos com boa-fé e crendo no valor da função social. Juízes celebram uniões estáveis, manifestam e recebem afeto. Juízes e pessoas de seu meio, porém, pertencem a um *milieu* que em praticamente nada se identifica com aquele dos mortos de que falamos, selecionados pelo modo de produção capitalista. Não existe a tal empatia – desenvolvida somente por meio da interação social – que se associa à fortificação dos direitos humanos (HUNT, 2009, p. 25). E nessa linha ainda, é determinante a compreensão de que a formação dos estudantes de direito, a propósito, contribui de maneira crucial “in the production of what sucks about the system” (KENNEDY, 2004, p. 93).

Assim é que talvez seja mais operativo abandonar as teses que creem no direito como vetor de para a implantação de uma real democracia. Admitir que as normas constrem os juízes apenas muito lateralmente – quando, por motivos dos mais diversos, assim o desejam – pode se revelar uma premissa interessante na tarefa de assimilar que, por mais paradoxal que pareça, a luta pela concretização dos direitos fundamentais só possa realmente ocorrer no campo da política – ou talvez do direito, mas somente se este for entendido e desvelado como política.

#### Referências:

- ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ATIENZA, Manuel. O Direito como Argumentação. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012. p. 53-100.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KENNEDY, Duncan. *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: a polemic against the system*. Nova Iorque: New York University Press, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En Busca de Las Penas Perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1998.

#### Notas

- <sup>1</sup>Estatísticas disponíveis na aba Infopen do Portal MJ (<http://portal.mj.gov.br/>).
- <sup>2</sup>Cabe, pela representatividade do evento, a lembrança quanto ao juiz mineiro que, heroico, determinou em 2005 a soltura de presos em razão de péssimas condições de acatamento, tendo por isso sofrido perseguições que o levaram a abandonar a magistratura (<http://migre.me/jx6FY>).

## Prequestionamento em Habeas Corpus: exigência devida?

Maria Elizabeth Queijo

Não é novo o debate sobre o âmbito de cabimento do *habeas corpus*. Desde sua previsão, no Código de Processo Criminal de 1832, até alcançar envergadura constitucional – pela primeira em vez na Constituição de 1891, da República –, discute-se se sua proteção se restringe ao direito de ir e vir ou abrange também outros direitos fundamentais. E, embora a questão tenha se tornado menos sensível com o surgimento do mandado de segurança na Constituição de 1934, no campo penal, pela inexigência de maiores formalidades para a impetração – quanto à capacidade postulatória, incidência de custas, requisitos da petição inicial, entre outras – o *habeas corpus* se firmou como instrumento democrático, célere e apto a combater ilegalidades no âmbito da persecução penal, desencadeadas ou iminentes.

Instituindo paradoxo, em tempos nos quais a democracia brasileira se firma, crescem as restrições ao *habeas corpus* por parte do Poder Judiciário, sem prejuízo daquelas que se tentou implantar por meio de legislação, quando se pretendeu, sem êxito, limitar as hipóteses de cabimento da referida ação constitucional a casos de prisão, no Projeto de Código de Processo Penal, que tramita no Congresso Nacional. Tal tentativa somente não vingou pelas numerosas críticas tecidas, sobretudo por parte da advocacia, que impulsionaram a restauração das hipóteses autorizadoras do manejo do *habeas corpus*, já na redação final do

substitutivo aprovado pelo Senado, reproduzindo o art. 648 do diploma processual penal em vigor.

Mas, como frisado, na jurisprudência, sobretudo dos Tribunais, persiste a tendência reducionista do cabimento do *habeas corpus*, sob as mais variadas justificativas, que recebem, muitas vezes, roupagem técnica, como é o caso da invocação da “subversão do sistema recursal brasileiro”, bastante recorrente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. E, nesse aspecto, não se nega a veracidade do argumento, pois é fato que as impetrações de *habeas corpus* tornaram-se cada vez mais frequentes, em detrimento de outros meios de impugnação, como é o caso da própria apelação, do recurso em sentido estrito e, até mesmo, da revisão criminal. Mas o que surpreende na criação de restrições ao *habeas corpus* sob essa motivação, é que não são objeto de perquirição, pelas Cortes, as razões pelas quais se chegou a esse quadro. E, resolve-se então, pura e simplesmente mitigar o direito do cidadão ao *habeas corpus*.

Foi o Supremo Tribunal Federal, que deu o passo inicial e decisivo nesse sentido, sobretudo pela importância que tem a sua orientação, como cúpula do Poder Judiciário e Tribunal Constitucional brasileiro. No julgamento do HC nº 109956/PR, em 7.8.2012, a Primeira Turma da Corte, vencido o Ministro Dias Tóffoli, firmou entendimento pelo não conhecimento de impetrações que se verificassem em substituição ao recurso cabível, rompendo orientação de há muito adotada. Apoiou-se, para tanto, na norma constitucional que confere competência àquela Corte para

julgar recurso ordinário contra decisão denegatória de *habeas corpus* proferida, em única instância, pelos Tribunais Superiores (art.102, inciso II, alínea “a”), bem como na aplicação de dispositivo constitucional concernente às hipóteses autorizadoras de impetração originária perante o Supremo (art. 102, inciso I, alíneas “d” e “i”). Ou seja, quando for paciente o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, e os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente. E ainda quando for coator Tribunal Superior ou for coator ou paciente autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se cuide de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

Não obstante, tal entendimento deixa de considerar que toda e qualquer decisão proferida por Tribunal Superior, como é o caso do Superior Tribunal de Justiça, que incida direta ou potencialmente sobre a liberdade de locomoção, é ato de coação, apto a autorizar o manejo do *habeas corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal.

É certo que, no julgamento do HC nº 115168, em 21.5.2013, a mesma Primeira Turma, reconsiderou, em parte, o posicionamento firmado anteriormente, para passar a admitir as impetrações substitutivas do recurso cabível nos casos em que houver prisão ou mandado de prisão expedido, persistindo, porém, na tendência reducionista do cabimento do *habeas corpus*, prontamente adotada no Superior Tribunal de Justiça.

Mais recentemente, embora sem ineditismo, outra exigência para o conhecimento do *habeas corpus*, perante as duas Cortes mencionadas, vem se firmando: o prequestionamento. Trata-se de requisito peculiar e imprescindível para a admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário, que consiste no “*prévio tratamento*

“ A democracia reclama ampla tutela das liberdades, de forma especial, em situação de extrema vulnerabilidade para o cidadão, que é a sua submissão à persecução penal. ”

Maria Elizabeth Queijo  
Doutora e Mestre em Processo Penal  
pela USP. Advogada.

do tema” pela decisão recorrida (cf. GRI-NOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 7a.ed., São Paulo, RT, 2011. p. 204).

Ao longo do tempo, registram-se julgados do Supremo Tribunal Federal, no sentido que “a falta de prequestionamento inviabiliza o exame da matéria” naquela Corte, o que caracterizaria supressão de instância, quando se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário (cf. HC nº 79551/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, j.7.12.1999, DJ 20.10.2000, p. 112; no mesmo sentido: HC nº 73390/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 12.3.1996, DJ 17.5.1996, p. 16327). Essa orientação tem sido enfatizada em diversos julgados nos dois últimos anos (da Relatoria do Min. Celso de Mello, Segunda Turma: HC nº 95034/PE, j. 15.5.2012; HC nº 100068/SP, j. 4.12.2012; HC nº 115931/DF, j. 25.6.2013; HC nº 118912 AgR/SP, j. 17.12.2013; HC nº 118816 AgR/ES, j. 11.2.2014; HC nº 121622 AgR/PE, j. 8.4.2014; da Relatoria do Min. Luiz Fux, Primeira Turma: HC nº 110273/BA, j. 18.6.2013; HC nº 110444/PR, j. 25.6.2013; HC nº 108434/MG, j. 25.6.2013; HC nº 111412/TO, j. 25.6.2013; HC nº 114867, j. 25.6.2013; HC nº 113662/PA, j. 6.8.2013, entre outros).

Mas, em sentido diverso, já havia se posicionado, em 1994, a referida Corte, em julgado da Relatoria do Min. Sepúlveda Perence (HC nº 71216/CE, Primeira Turma, j. 10.5.1994, DJ 24.6.1994, p. 16650), no qual se destacou que o prequestionamento é inexigível em *habeas corpus*, já que pode ser ele deferido de ofício. De fato, tratando-se de ação constitucional voltada à tutela da liberdade, não só dispensam-se maiores formalismos em seu manejo, como o julgador, diante da ilegalidade manifesta, que atinge direta ou potencialmente o direito de locomoção, deverá conceder a ordem, inclusive por fundamento diverso daquele invocado. Assim, não há justificativa de direito a respaldar as decisões que têm exigido prequestionamento para o conhecimento do *habeas corpus*.

Em acréscimo, deve-se anotar a incongruência que se tem verificado nos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no tratamento dessa questão. De um lado, em razão da tendência restritiva do conhecimento do *habeas corpus* substitutivo de recurso, têm examinado o mérito, a fim de verificar se há ou não ilegalidade a ser reparada por essa via, concedendo a ordem, se for o caso, *ex officio*, porém, de outro, paradoxalmente, começam a exigir o prequestionamento, como se a falta de tal requisito pudesse elidir a concessão da ordem de ofício.

Bem por isso, em julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, de 24.4.2014, por sua Sexta Turma, voto do Ministro Rogério Schietti Cruz frisou, reprisando o fundamento deduzido no HC nº 71216, do Supremo, que a exigência de prequestionamento implica em negar a própria essência do *habeas corpus*. Aduziu, ainda, que a nova posição do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao não conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso, não impede a concessão da ordem de ofício, quando se verifica ilegalidade flagrante.

De fato, se mesmo não conhecendo de *habeas corpus* substitutivo de recurso, as referidas Cortes têm concedido ordens de ofício, por que não o fariam em caso de falta de prequestionamento?

Verifica-se, assim, é que se tem pretendido invocar o prequestionamento como elemento adicional às restrições já impostas ao conhecimento e concessão do *habeas corpus*, de modo a impedir, inclusive, a concessão de ordem *ex officio*, o que, à míngua de fundamento jurídico, afronta a tutela da liberdade, tal qual delineada na Constituição Federal. A predominar essa orientação, estará esvaziado o *habeas corpus*, como instrumento constitucional de defesa da liberdade.

Considerando o desenho de tutela de liberdades que a Constituição Federal adotou, exatamente porque se estruturou o Brasil como Estado Democrático de Direito, as restrições ao conhecimento e concessão

de *habeas corpus* que vêm sendo implementadas pelas Cortes Superiores são flagrantemente inconstitucionais: diminuem a proteção à liberdade e favorecem a perpetuação de ilegalidades na persecução penal, em detrimento do indivíduo investigado ou processado criminalmente.

Prequestionamento é requisito próprio de recursos, que não pode ser estendido, por critério jurisprudencial, ao *habeas corpus*, contrariando sua própria natureza e finalidade. Aliás, nem mesmo por lei essas restri-

ções poderiam ocorrer, porque afrontariam o sistema de direitos e garantias fundamentais, constante do texto constitucional.

A democracia reclama ampla tutela das liberdades, de forma especial, em situação de extrema vulnerabilidade para o cidadão, que é a sua submissão à persecução penal. Tolher o cabimento do *habeas corpus* é retirar do cidadão o mais eficiente instrumento de combate às ilegalidades praticadas pelo Estado no âmbito penal.

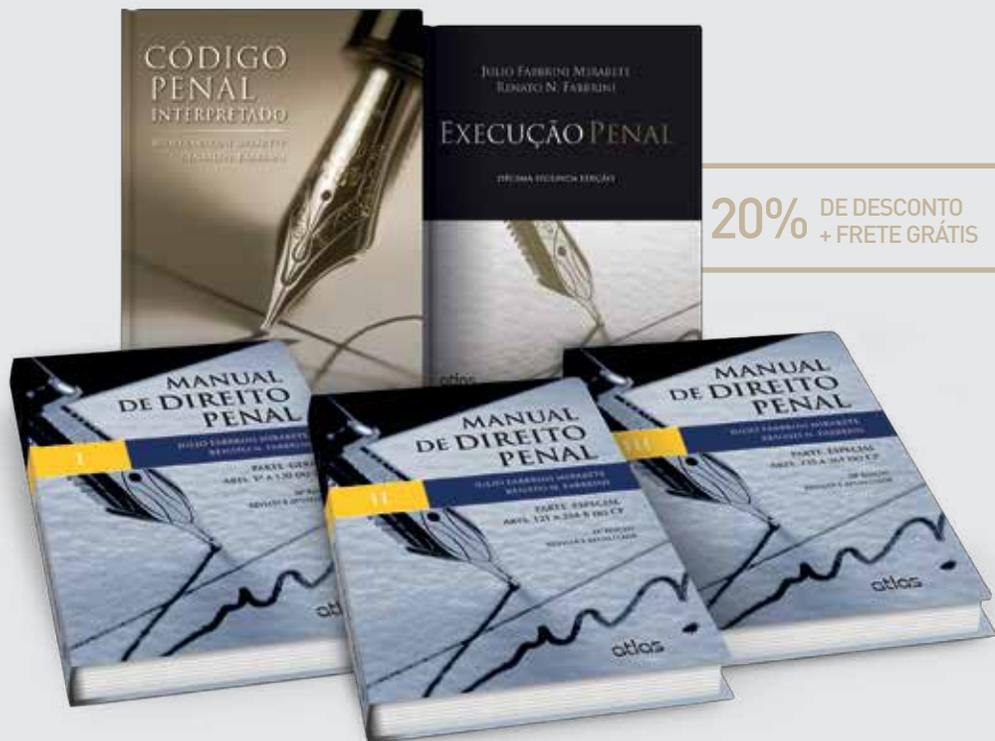
## CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO CRIMINAL

PROMOÇÃO CONJUNTA IBRASPP E FADERGS

LANÇAMENTO 2015

Informações pelo email: [posjuridica@fadergs.edu.br](mailto:posjuridica@fadergs.edu.br)





# JULIO FABBRINI MIRABETE E RENATO N. FABBRINI OBRAS CONSAGRADAS

## CÓDIGO PENAL INTERPRETADO

8ª EDIÇÃO (2013) | 2424 PÁGINAS

de R\$ 319,00 por **R\$ 255,20**

## EXECUÇÃO PENAL

COMENTÁRIOS À LEI Nº 7.210, DE 11-7-1984

12ª EDIÇÃO (2014) | 1072 PÁGINAS

de R\$ 154,00 por **R\$ 123,20**

## MANUAL DE DIREITO PENAL

PARTE GERAL - ARTS. 1º A 120 DO CP - V. I

30ª EDIÇÃO (2014) | 488 PÁGINAS

de R\$ 119,00 por **R\$ 95,20**

## MANUAL DE DIREITO PENAL

PARTE ESPECIAL - ARTS. 121 A 234-B DO CP - V. II

31ª EDIÇÃO (2014) | 576 PÁGINAS

de R\$ 119,00 por **R\$ 95,20**

## MANUAL DE DIREITO PENAL

PARTE ESPECIAL - ARTS. 235 A 361 DO CP - V. III

28ª EDIÇÃO (2014) | 568 PÁGINAS

de R\$ 116,00 por **R\$ 92,80**

UTILIZE O CÓDIGO: IBRASPP

## Informe de Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça

Habeas Corpus Nº 206.008 - SP (2011/0103089-0)

Relator : Ministro Marco Aurélio Bellizze

Impetrante : M.J.M.

Impetrado : Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente : Edson V.O.J.

**HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO.**

1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.

2. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. CONTRADIÇÃO ENTRE AS RESPOSTAS DOS JURADOS. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO GENÉRICA. POSSIBILIDADE. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. PLENITUDE DA DEFESA.

3. TESE ÚNICA DE NEGATIVA DE AUTORIA. AUTORIA E MATERIALIDADE RECONHECIDAS DURANTE A VOTAÇÃO DOS TRÊS PRIMEIROS QUESITOS. VOTAÇÃO DO QUESITO OBRIGATÓRIO RELATIVO À ABSOLVIÇÃO DO RÉU. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO ENTRE OS QUESITOS.

4. PRISÃO PREVENTIVA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

5. ORDEM NÃO CONHECIDA. **HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do

sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o quesito previsto no art. 483, III, do Código de Processo Penal, é obrigatório e, dessa forma, não pode ser atingido pela regra da prejudicialidade descrita no parágrafo único do art. 490 do mesmo diploma legal. Precedentes. O fato de a decisão dos jurados se distanciar das provas coletadas durante a instrução criminal não justifica a renovação da votação ou caracteriza contrariedade entre as respostas. Eventual discordância da acusação deve ser abordada por meio do recurso próprio, nos termos do art. 593, III, alínea *d*, do Código de Processo Penal.

3. Os jurados são livres para absolver o acusado, ainda que reconhecida a autoria e a materialidade do crime, e tenha o defensor sustentado tese única de negativa de autoria.

4. Não havendo nos autos informação que a decisão superveniente decretando a prisão preventiva dos réus tenha sido submetida à análise do Tribunal *a quo*, é vedada apreciação diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, afastando a nulidade reconhecida, determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo analise o mérito do recurso do Ministério Público, no tocante ao paciente Edson Vanderlei de Oliveira Junior.

#### VOTO

#### O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

[...]

Segundo consta dos autos, o Ministério Público interpôs recurso de apelação contra a sentença absolutória para a realização de novo julgamento, quanto aos réus Edson e Flávio.

Em primeiro lugar alegou ser nulo o quesito absolutório em relação ao réu Edson. Afirmou haver nulidade em relação ao questionário formulado aos jurados, porque

a ata de julgamento relatava a insuficiência probatória para comprovar a autoria como sendo a única tese veiculada pela defesa. Ponderou que os jurados, ao votarem o 3º quesito, admitiram que o réu Edson efetuou os disparos contra a vítima, contudo, em seguida - sem qualquer correlação com o pedido da defesa, na votação do 4º quesito - absolveram o acusado.

Em segundo lugar, em relação aos réus Edson e Flávio, sustentou que a decisão dos jurados teria sido manifestamente contrária à prova dos autos quanto ao crime principal e aos conexos. Assegurou não haver dúvida da formação de um bando armado para viabilizar o plano de executar o Diretor da Penitenciária de Araraquara e, embora as armas não tenham sido apreendidas, ficou comprovada a utilização pela identificação de projéteis colhidos durante a perícia.

O Tribunal impetrado anulou o julgamento do réu Flávio e determinou a realização de outro, porque a decisão dos jurados teria sido contrária à prova dos autos. Em relação a Edson, a Corte *a quo* reconheceu o vício nas respostas aos quesitos do Conselho de Sentença e acolheu a preliminar para anular o julgamento pelos seguintes motivos (fls. 243/244):

*Basta ler os quesitos e as respostas dos jurados na 1ª série para verificar que houve divergência. Questionados se o réu EDSON produziu a tiros as lesões corporais que deram causa à morte da vítima, disseram que sim, confirmando a autoria do delito. Porém, questionados se absolviam o acusado, também responderam afirmativamente, em clara contradição ao quesito anterior.*

*Como bem anotado no parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, a defesa não trouxe a plenário outra tese defensiva que não exclusivamente a de negativa de autoria. Nenhum problema haveria, no caso, se a defesa tivesse trazido para apreciação do Conselho de Sentença teses de excludentes, como legítima defesa, ou dirimentes, como inimputabilidade ou coação irresistível. Não foram essas, contudo, as razões pelas quais os jurados absolveram EDSON, já que as teses não foram agitadas em plenário. Claro, portanto, o vício apontado, já que foi reconhecida a materialidade, a autoria e o dolo, não havendo nenhuma razão para no quesito seguinte EDSON ser absolvido pelo Conselho de Sentença.*

*O Julgamento com relação a EDSON, portanto, deve ser anulado, porque claro, evidente, o vício apontado no recurso.*

Sabemos todos que a Constituição Federal reconhece a instituição do Júri, assegurando-lhe a soberania dos veredictos. No entanto, sentença justa, no Júri, implica a correta formulação dos quesitos e as dificuldades de encaminhamento de perguntas jurídicas a pessoas sem conhecimento do Direito são muitas.

O advento da Lei n.º 11.689, de 9 de junho

de 2008, proporcionou ao processo penal significativa alteração à sistemática de quesitação no Tribunal do Júri, simplificando a árdua missão do Conselho de Sentença, diante das diversas teses de absolvição apresentadas tanto pela defesa técnica quanto pela autodefesa.

Lembre-mos que, quanto à votação, o Código de Processo Penal sempre adotou o modelo francês, em que o veredicto é alcançado por meio do desdobramento dos quesitos, mormente no que concerne às causas excludentes de ilicitude, de isenção de pena – dirimentes, inexigibilidade de conduta diversa e outras causas supralegais de exclusão da culpabilidade - e exculpantes, cuja complexidade tornava confusa a interpretação das perguntas, induzindo os jurados a erro no momento de externar seu juízo de convicção.

Diante desses e de vários outros problemas do antigo modelo, a Lei n.º 11.689/2008 buscou simplificar a sistemática de formulação dos quesitos ao Conselho de Sentença, com a finalidade de facilitar o julgamento e reduzir as chances de ocorrerem nulidades neste momento processual. Essa simplificação erradicou o excesso de formalismo e racionalizou a forma de elaborar os quesitos. É dizer: a formulação de quesitos deixou de ser um problema, facilitando ao jurado a compreensão sobre o que efetivamente lhe está sendo perguntado.

Outrossim, uma das principais alterações refere-se à existência de quesito único sobre as teses defensivas. De acordo com o art. 483 do Código de Processo Penal, respondendo afirmativamente aos dois primeiros quesitos, será perguntado ao jurado se ele absolve o réu. Ressalto que essa providência de simplificação não prejudicou a ampla defesa ou o contraditório. Ao contrário, o defensor continuará a expor suas variadas teses, muitas delas alternativas, outras subsidiárias, mas todas voltadas à absolvição do réu.

Entrementes, com o novo questionário, acolhendo a quesitação genérica de absolvição, a novel lei adotou um sistema híbrido, aproximando-se mais do modelo inglês

que foi transportado aos Estados Unidos, onde tudo pode ser resumido a um só quesito - *Guilty or not guilty* -, mantida, contudo, sua peculiaridade, visto que no Brasil vigora o princípio da incomunicabilidade entre os jurados.

Ao aprofundar o estudo sobre o tema, parece-me claro que esta unificação dos quesitos de defesa possibilita que o réu seja absolvido ainda que não haja harmonia sobre qualquer das teses defensivas. Por exemplo, a defesa do réu pode sustentar excludentes de ilicitude diversas, bem como de culpabilidade, sendo que os jurados podem absolver por qualquer dessas excludentes, mesmo que não unânimes (um dos jurados absolve pela legítima defesa, outro, pela inexigibilidade de conduta diversa, e assim por diante).

Vale destacar que a existência desse quesito genérico, segundo penso, potencializou o sistema da íntima convicção, pois o jurado poderá absolver o acusado por qualquer causa, mesmo que não alegada pelas partes (clemência, por exemplo). Na antiga sistemática, as possibilidades de absolvição eram limitadas pelas teses apresentadas pela defesa, o que mitigava, de certa forma, a possibilidade de o Conselho de Sentença absolver com base na íntima convicção. A partir da reforma, a meu sentir, não há nenhum limite.

Não desconheço que há posição na doutrina no sentido de que o quesito “o jurado absolve o réu?” não é obrigatório quando em contradição com as teses defensivas apresentadas em Plenário do Júri.

O principal fundamento dos que assim pensam diz respeito ao caráter relativo da soberania dos veredictos, que, por exemplo, possibilita ao juízo *ad quem* determinar a submissão do acusado a novo júri, quando, no julgamento anterior, a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos.

Argumenta-se que os jurados não possuem um poder ilimitado e incontrastável, não podendo, assim, julgar movidos por sentimentos de piedade ou clemência. Se assim o fizerem, estarão violando o direito à vida

e à igualdade dos cidadãos perante a lei, bem como serão parciais e desrespeitarão, de forma manifesta, as provas constantes do processo.

Dessa forma, concluem que, se a única tese defensiva for a negativa de autoria e esta for repelida com a resposta afirmativa dos jurados ao segundo quesito (autoria), o Juiz-Presidente deve considerar prejudicado o quesito genérico de absolvição, consoante dispõe o parágrafo único do art. 490 do Código de Processo Penal - “se, pela resposta dada a um dos quesitos, o presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação”.

A meu ver, o equívoco dessa interpretação - de não obrigatoriedade do quesito - consiste na desconsideração de outro princípio constitucional de igual envergadura à soberania dos veredictos, qual seja, a plenitude de defesa. Com efeito, a absolvição pelos jurados, fundada em tese não sustentada pela defesa, é corolário não só da soberania dos veredictos como também da plenitude de defesa.

Ademais, o argumento de não ser legítimo conferir ao jurado um poder ilimitado e incontrastável que lhe permita julgar contra as provas dos autos também não me satisfaz, pois é facultado ao juízo *ad quem* - não ao Presidente do Júri - a fiscalização desse poder, determinando a submissão do acusado a novo julgamento quando a decisão do Conselho de Sentença for manifestamente contrária à prova dos autos.

É oportuno lembrar que, em face da soberania dos veredictos, só se permite um recurso com forças de anular a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, conforme previsto no § 3º do art. 593 do Código de Processo Penal. Ou seja, em um segundo momento, a soberania dos veredictos impede a desconstituição da decisão dos jurados, ainda que, aos olhos do Poder Judiciário, esta tenha sido manifestamente contrária à prova dos autos.

É por isso que, a meu juízo, o quesito previsto no art. 483, III, do Código de Processo Penal, é obrigatório, e, dessa forma, não

pode ser atingido pela regra da prejudicialidade prevista no parágrafo único do art. 490 daquele diploma legal. Nesse sentido, o art. 482 do Código de Processo Penal dispõe que o “Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido”. Igual determinação consta no § 2º do art. 483: “Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?”. Consagra-se, assim, a plenitude de defesa.

Reconhecida a obrigatoriedade do quesito genérico de absolvição, passo à discussão sobre a existência de contradição nas respostas, em razão de a única tese defensiva apresentada em plenário ter sido a de negativa de autoria.

Bem, parece-me que duas são as situações possíveis. De um lado, se a absolvição do acusado era medida que se impunha diante das provas dos autos, o veredicto deverá ser mantido, pois os jurados não estão adstritos às teses apresentadas pela defesa. De outro lado, se o acervo probatório não permitia um veredicto absolutório, a decisão do Conselho de Sentença mostra-se manifestamente contrária à prova dos autos, possibilitando a realização de novo julgamento, nos termos do art. 593, III, *d* do Código de Processo Penal.

No entanto, o fato de a decisão dos jurados eventualmente se distanciar das provas coletadas durante a instrução criminal não justifica a renovação da votação ou caracteriza contradição entre as respostas. Essa existiria, por exemplo, se os jurados, diante de um réu confesso, o absolvessem por negativa de autoria. Isso não ocorreu. Assim, eventual discordância da acusação, em razão de a absolvição do réu ter como fundamento tese não sustentada pela defesa, deve ser abordada por meio de recurso próprio, demonstrando o Ministério Público que a decisão dos jurados dissociou-se notavelmente dos elementos do processo, como consta das razões do recurso, a partir do item II (fls. 218/238).

Impende rememorar, também, o magistério de Aury Lopes Júnior, cuja lição bem analisa o comportamento processual do magistrado:

[...]

Portanto, se o quesito aplicado é obrigatório - “O jurado absolve o réu EDSON V.O.J.” - inexistente contradição entre a resposta dada e as dos quesitos anteriores (1º, 2º e 3º). Se fosse possível, a contradição estaria em realizar a pergunta e não na possível resposta, gerando uma relação de prejudicialidade, porque não haveria alternativa de respostas.

Sobre o tema, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Em conclusão, considerando que o acolhimento da preliminar analisada prejudicou o exame da tese formulada pelo *Parquet*, no sentido de que a absolvição de Edson foi manifestamente contrária à prova dos autos, deve o Tribunal impetrado prosseguir no julgamento do mérito do recurso ministerial.

[...]

Ante o exposto, não conheço da presente impetração. Contudo, concedo *habeas corpus* de ofício para, afastando a nulidade reconhecida, determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo analise o mérito do recurso do Ministério Público, no tocante ao paciente Edson V.O.J..

É como voto.

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu “*Habeas Corpus*” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

# DIREITO E PROCESSO PENAL

---

Da graduação  
ao exercício profissional.  
Seja qual for seu objetivo,  
a Atlas oferece um universo  
de conhecimento.

Acesse o site:

**atlas.com.br/penal**

**20% DESCONTO + FRETE GRÁTIS**  
UTILIZANDO O CÓDIGO: IBRASPP

0800 17 1944

f /EditoraAtlas

t @EditoraAtlas

**atlas** **70** ANOS  
CONHECIMENTO  
QUE SE RENOVA  
A CADA DIA