



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Unificação do momento do interrogatório do réu no processo penal após a Lei n. 11.719/08:  
Reflexão pós-positivista e análise criminológica sobre anos de contradição do Supremo  
Tribunal Federal e até que enfim uma mudança de rumos

Abby Ilharco Magalhães

Rio de Janeiro

2016

ABBY ILHARCO MAGALHÃES

UNIFICAÇÃO DO MOMENTO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NO PROCESSO PENAL APÓS A LEI n.11.719/08: Reflexão pós-positivista e análise criminológica sobre anos de contradição do Supremo Tribunal Federal e até que enfim uma mudança de rumos

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Poul Erik Dyrland

Coorientadora:

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Néli Luiza C. Fetzner

Rio de Janeiro

2016

ABBY ILHARCO MAGALHÃES

UNIFICAÇÃO DO MOMENTO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NO PROCESSO PENAL APÓS A LEI n.11.719/08: Reflexão pós-positivista e análise criminológica sobre anos de contradição do Supremo Tribunal Federal e até que enfim uma mudança de rumos

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016

BANCA EXAMINADORA: \_\_\_\_\_

Presidente: Prof. Cláudio Brandão de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ

\_\_\_\_\_

Convidada: Prof.<sup>a</sup> Cláudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ

\_\_\_\_\_

Orientador: Prof. Poul Erik Dyrlund - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

\_\_\_\_\_

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas nesse trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora.

A César e Gabriel, por mudarem o mundo com pequenas e grandes atitudes

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por tornar tudo possível.

Ao professor e orientador Poul Erik Dyrland, por responder com presteza e precisão a todas as perguntas possíveis e imagináveis durante a elaboração textual e pelos precisos *insights* que enriqueceram enormemente esta produção monográfica.

A Néli Fetzner, pela confiança que depositou no presente trabalho desde o primeiro esboço e pelo empenho e carinho com que leu e releu cada detalhe dessas páginas.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por proporcionar um ambiente ideal de estudos, reflexões e amadurecimento profissional.

Aos meus pais, por me amarem antes mesmo de eu vir ao mundo; por acompanharem cada um de meus passos e por terem me ensinado que todo o trabalho realizado com dedicação será bem recompensado.

A César e Gabriel, pelas risadas e brincadeiras trocadas ainda que meio mundo de distância tente de maneira vã nos separar.

A Lucas, pelo amor capaz de provocar inveja em qualquer personagem dos contos de fada; por estar comigo nos bons e maus momentos, sempre com um sorriso no rosto e com toda a paciência e compreensão do mundo.

A Lena, querida dindinha, por fazer parte de quem eu sou; por sempre me telefonar nas horas em que eu mais preciso de palavras aconchegantes, ainda que seja só para dizer que está com saudades ou para me desejar uma boa semana.

A Sarah, pelo tempo das músicas cantadas em voz alta às vésperas de prova; pelas reorganizações de agenda que ainda permitem nossos encontros; pela mais sincera amizade.

A Tati, por vivermos juntas episódios inusitados que vão de um treino de karatê à realização de uma cirurgia cardíaca; por nunca terminar uma mensagem sem um NEQEAV.

A Iana, Paty, Beth, Lelê e Cris, pelas queridas memórias de um doce tempo em BSB, revigoradas sempre que o destino dá o seu jeito de providenciar um reencontro.

A Fabi, Carol, Celle e Rach, por me fazerem sentir em casa na Cidade Maravilhosa, por apoiarem minhas escolhas e por compreenderem minhas ausências nesses três anos de Emerj.

A todos os que com palavras e atitudes me ajudaram a chegar até aqui.

“Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”

Boaventura de Souza Santos

## SÍNTESE

A Lei n. 11.719/08 alterou o momento do interrogatório no Código de Processo Penal, passando-o a último ato da instrução, mas deixou dúvidas acerca da sobrevivência de disposições contrárias em procedimentos especiais. O presente trabalho aponta que o Supremo Tribunal Federal caminha para a pacificação da questão, mas mostra como uma postura contraditória da Corte ao longo dos anos foi nociva ao Direito como um todo. Analisar-se-á de forma crítica duas decisões antagônicas do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação de leis especiais (Lei n. 8.038/90 e Lei n. 11.343/06), buscando, de um lado, amparo no pós-positivismo de Dworkin para rechaçar a discricionariedade judicial diante da ausência de norma, e, de outro, auxílio da criminologia para demonstrar que a diferença entre os réus em cada um dos casos pode ter sido decisiva para muitos dos pronunciamentos da Corte Superior.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO NO PROCESSO PENAL</b> .....	12
1.1. Interrogatório como meio de prova: redação do CPP antes da Lei n. 11.719/08.....	12
1.2. Interrogatório como meio de defesa: a novel redação do art. 400 CPP.....	16
1.3. Conflito de normas e subsistência de ritos especiais.....	23
1.4. Primazia do critério cronológico: Decisão do STF para o rito da Lei n. 8.038/90 - competência originária dos Tribunais Superiores .....	24
1.5. Primazia da especialidade: Tradicional posição do STF envolvendo o rito da Lei n. 11.343/06 - Lei de Tóxicos .....	28
1.6. Mudança de Rumos? Análise do HC 127.900 .....	30
<b>2. POSITIVISMO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL</b> .....	40
2.1. Esclarecimento preliminar acerca do corte epistemológico adotado.....	40
2.2. Positivismo jurídico de Kelsen .....	41
2.3. A discricionariedade judicial no positivismo .....	48
2.4. Decisões do STF na AP 528 e no RHC 116.713-MG à luz do positivismo e reflexões de Norberto Bobbio sobre o conflito normativo de segundo grau.....	51
2.5. O positivismo serve às nossas práticas jurídicas? .....	55
<b>3. UM TOQUE PÓS-POSITIVISTA</b> .....	57
3.1. Contextualização histórica do surgimento do pós-positivismo .....	57
3.2. A crítica decisiva ao positivismo: insuficiência da proposta positivista diante da ausência de normatividade .....	61
3.3. Dworkin: direito como integridade .....	64
3.4. Onde estará Hércules? .....	66
3.5. Decisões do STF à luz do pós-positivismo e a necessidade de busca pela resposta correta .....	68
<b>4. REFLEXÕES CRIMINOLÓGICAS</b> .....	77
4.1. Considerações introdutórias e mudança de enfoque .....	77

4.2. Origem das Teorias criminológicas e Teoria Clássica .....	78
4.3. A criminologia positivista .....	81
4.4. Seletividade do sistema penal e Criminologia Crítica .....	84
4.5. Judiciário como fomentador da coculpabilidade às avessas .....	88
4.6. Processos penais distintos para réus distintos. Como explicar quase uma década de contradição no STF? .....	92
4.7. Necessidade de releitura .....	94
<b>CONCLUSÃO</b> .....	100
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	103

## INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.719/08, dentre outras relevantes inovações, alterou a redação do art. 400 do Código de Processo Penal, deslocando o interrogatório do réu para o último ato de instrução. A partir de então, instalou-se na comunidade jurídica grande discussão acerca da sobrevivência ou não de várias disposições de leis especiais que preveem o interrogatório como ato inaugural da instrução criminal.

A controvérsia cinge-se ao embate entre critérios para a solução de antinomias entre normas, pois, de um lado, o art. 400 do CPP desponta como lei posterior (a prevalecer pelo critério cronológico) e, de outro, argumenta-se que as previsões de caráter especial não são afastadas pela superveniência de leis gerais (adoção do princípio da especialidade).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que se verificou foi uma ausência de diálogo entre as Turmas e entre os próprios membros da Corte, o que redundou na adoção de uma postura contraditória durante os vários anos que se seguiram à edição da lei.

No primeiro capítulo, serão traçadas noções essenciais sobre o instituto do interrogatório, bem como será apresentada a evolução legislativa no tratamento do tema e a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a partir da edição da citada lei. Ao analisar a problemática em dois ritos especiais – o da Lei n. 8.038/90 e o da Lei n. 11.343/06 – será visto que o Supremo Tribunal Federal deixou transparecer falta de sistematicidade no tratamento do tema e insuficiência de fundamentação na busca pela correta solução da questão.

No segundo capítulo, a tradicional postura da Corte será avaliada sob o prisma do positivismo jurídico normativo de Kelsen, avançando-se para considerações advindas do positivismo analítico de Bobbio, com enfoque nos critérios existentes para a solução de antinomias normativas.

No terceiro capítulo, a mesma postura contraditória do Supremo Tribunal Federal será então posta à prova com fundamento no pós-positivismo de Dworkin, que com veemência rechaça a discricionariedade judicial diante da ausência de norma.

No capítulo final, parte-se para aspectos da criminologia para demonstrar que a diferença entre os réus em cada um dos casos pode ter sido decisiva para muitos dos pronunciamentos da Corte Superior. Ver-se-á que, mesmo com a atual tendência de unificação definitiva de entendimentos, persiste em algum grau a violação à isonomia em razão da adoção de efeitos prospectivos no último pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, exploratória e essencialmente qualitativa.

## 1 – MOMENTO DO INTERROGATÓRIO NO PROCESSO PENAL

Antes de se adentrar na análise do momento do interrogatório do réu no processo penal conforme as evoluções legislativas sobre o tema, um breve histórico se faz necessário para entender a problemática, situando-a no tempo e espaço.

### 1.1. Interrogatório como meio de prova: redação do CPP antes da Lei n. 11.719/08

Há não muito tempo, gozou de grande prestígio o princípio da presunção de culpabilidade. Isso mesmo que se lê: presunção de culpabilidade. O penalista italiano Manzini<sup>1</sup> chegou a responder com deboche aos que defendiam a presunção de inocência, pois, num momento nebuloso da História, não se concebia a existência de uma ação penal contra um presumidamente inocente. Em outros termos, a acusação penal gerava um juízo de antecipação de culpa, buscando-se uma preservação a todo custo do princípio do *in dubio pro societatis*.<sup>2</sup>

A data de nascimento do Código de Processo Penal brasileiro diz muito sobre sua orientação principiológica. Editado como Decreto-lei n. 3.689/41 em plena Era Vargas e posteriormente recepcionado com status de lei ordinária, o CPP sofreu fortes influências da

---

<sup>1</sup> MANZINI, *apud* OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 6.

<sup>2</sup> Pierpaolo Cruz Bottini traz elucidativas considerações acerca do surgimento histórico do princípio da presunção de inocência. Indo mais longe em seu recorte metodológico, o autor explica que a máxima pela qual todos são inocentes até decisão judicial definitiva em contrário é antiga, sendo sua origem atribuída ao Direito romano. Também a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 já indicava que “a vedação da punição antes da confirmação judicial da culpa era tida como sustentáculo de um modelo jurídico racional”. Entretanto, o que parecia de clareza solar foi encoberto pelos regimes totalitários da primeira metade do século passado. Segundo BOTTINI, floresceu nos regimes totalitários, em especial o italiano, a ideia de inverter o raciocínio, para considerar que as teses da acusação eram sustentáveis em si, e somente a prova contrária feita pela defesa impediria a condenação. V. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Direito de Defesa. Deixem o Princípio da Presunção de Inocência em Paz. *Revista Consultor Jurídico*. 8 de janeiro de 2013, p. 1.

legislação italiana do período fascista. Não é de se surpreender que muitas de suas disposições irradiassem o mesmo autoritarismo.<sup>3</sup>

Nesse sistema, o acusado era tratado como potencial culpado ao longo de todo o processo penal. Assim, caso fosse preso em flagrante, a regra era que devesse permanecer preso até o final do processo. A depender da pena cominada abstratamente ao crime, nem mesmo a absolvição pelo juízo de primeiro grau era capaz de infirmar a presunção de culpa enquanto estivesse pendente recurso do órgão ministerial. O processo, em verdade, não passava de uma formalidade vazia, pois o juízo de condenação já estava quase sempre formado de antemão.

Na primitiva redação da pátria legislação penal adjetiva, a forma de condução do interrogatório também indicava que o réu era considerado objeto do processo. Fundado em bases inquisitoriais<sup>4</sup>, o interrogatório era visto como meio de prova, o que significa que o réu era apenas um instrumento à disposição do Estado para se chegar à “verdade real” acerca dos fatos.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. Acrescenta que não poderia ser de outro modo, já que inspirado na legislação italiana da década de 1930, paradigma que foi escolhido e justificado, por escrito, em sua Exposição de Motivos. OLIVEIRA, op. cit, p. 5.

<sup>4</sup> O sistema inquisitório tem como principal característica a concentração das funções de acusar e julgar nas mãos do mesmo órgão. Nesse sistema, o próprio juiz é responsável pela colheita dos elementos que embasam a acusação, o que compromete a sua imparcialidade. Outra característica do sistema processual inquisitório é a ausência de contraditório: a defesa não tem acesso às provas colhidas e, se tiver, não tem a oportunidade de se insurgir contra elas. O sistema inquisitório ainda é marcado pela ausência de publicidade, o que lhe retira a legitimidade; e pelo início do processo mediante simples *notitia criminis*. Não há, portanto, uma fase preliminar, como o inquérito. Nesse sentido, sintetizam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues que o sistema inquisitivo é marcado pela mitigação de direitos e garantias individuais em prol do pretense interesse coletivo de ver o acusado punido. V. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, p. 40.

<sup>5</sup> O princípio da verdade real já foi usado como pretexto para justificar inúmeras arbitrariedades estatais, e por isso é hoje rechaçado por grande parte da doutrina. Em nome da verdade real já se conferiu ampla iniciativa probatória ao juiz, contaminando sua imparcialidade e desequilibrando as forças do processo para o lado da acusação. Também os sistemas de provas irracionais se valiam do pretexto da verdade para justificar a tortura física ou psicológica ao acusado. Ensina Eugênio Pacelli que não se precisa ir muito longe para perceber que a busca pela verdade real comandou práticas probatórias das mais diversas, mesmo sem previsão legal, posto que estariam autorizadas pela nobreza de seus propósitos. Tudo isso levou à nociva disseminação de uma cultura inquisitiva. Acrescenta o autor que toda verdade judicial é sempre uma verdade processual, haja vista que a busca pela verdade passa pela tentativa da reconstrução histórica de fatos já ocorridos. V. OLIVEIRA, op. cit, p. 332-333.

Segundo as lições de Franco Cordero<sup>6</sup>, o estilo inquisitorial se caracteriza pelo protagonismo da imputação sobre a prova e pela conversão do processo em psicopatia, em razão do rito fatigante e isento de forma. Na expressão do autor, o juiz inquisidor trabalha a partir de um “quadro mental paranoico”, pois primeiro se convence da responsabilidade penal do réu para depois buscar as provas necessárias para corroborar o acerto da imputação feita.

Quanto ao momento para a realização do interrogatório no processo penal, a redação original do CPP ditava que o interrogatório seria realizado como primeiro ato de instrução, de acordo com os artigos 394 e 395:<sup>7</sup>

Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente.

Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.

Nessa sistemática, assim que recebida a peça inicial acusatória, o réu era citado para comparecer ao interrogatório. O ato se realizava como ato exclusivo do juiz, sem a intervenção da defesa, que apenas podia se manifestar *a posteriori*, no exíguo prazo de três dias. O acusado figurava como objeto de investigação do julgador, que formulava perguntas e valorava as respostas. O silêncio do interrogado, nesse contexto, também era interpretado pelo magistrado inevitavelmente em desfavor do réu. Afinal, entendia-se que um inocente não teria motivos para silenciar.

A situação era especialmente delicada no contexto da realidade brasileira. Comumente, os réus não eram sequer informados sobre seus limitados direitos, e a intervenção da defesa após o interrogatório era extremamente dificultada, pois tudo o que fosse dito ou não dito pelo réu em audiência poderia pesar contra ele.

---

<sup>6</sup> CORDERO, Franco, *apud*. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 141.

<sup>7</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

Ainda na redação originária do CPP, cabia ao réu ou a seu defensor a apresentação da defesa escrita e a apresentação do rol de testemunhas, o que mostra que não havia obrigatoriedade de a manifestação advir da defesa técnica.

Além disso, a manifestação da defesa após o interrogatório não era peça obrigatória no processo, já que, segundo dispunha o originalmente o Código, a inquirição das testemunhas se seguia independentemente da defesa do réu:

Art. 396. Apresentada ou não a defesa, proceder-se-á à inquirição das testemunhas, devendo as da acusação ser ouvidas em primeiro lugar.  
Parágrafo único. Se o réu não comparecer, sem motivo justificado, no dia e à hora designados, o prazo para defesa será concedido ao defensor nomeado pelo juiz.<sup>8</sup>

Em síntese, o réu tinha poucas chances de influir eficazmente no convencimento do magistrado, já que a atuação da defesa era extremamente limitada e que a imparcialidade do julgador era comprometida pelo modo inquisitorial de condução do processo. A maior parte das garantias constitucionais que hoje gozam do *status* de cláusulas pétreas era até então ignorada ou inaplicada, e o processo penal caminhava para um desfecho único: a condenação. Dito de outro modo, a absolvição era um resultado anômalo do processo criminal, já que o réu já era “metade culpado” pelo simples fato de ter uma acusação penal contra si.

Será visto no próximo tópico que a Carta Constitucional de 1988 teve importante papel na consagração de direitos e garantias ao acusado no processo penal. O novo marco constitucional inspirou a doutrina a filtrar os dispositivos legais, para cancelar apenas os compatíveis com a nova Constituição e rechaçar os que dela se afastassem.<sup>9</sup> O legislador também se viu impelido a reler o processo penal, e desde então o CPP passou por importantes reformas.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> *ibidem*.

<sup>9</sup> Por todos: TÁVORA, *op.cit*, p. 41-42

<sup>10</sup> Apenas a título de exemplo, pode-se mencionar a obrigatoriedade da defesa técnica (art. 396-A, §2º, com a redação dada pela Lei n. 11.719/08); a preferência de medidas cautelares diversas da prisão, relegando-se o cárcere à *ultima ratio* (art. 319, com a redação dada pela Lei n. 12.403/11); a positivação do princípio da identidade física do juiz (art. 399, §2º, incluído pela Lei n. 11.719/08), dentre inúmeras outras.

## 1.2. Interrogatório como meio de defesa: a novel redação do art. 400 CPP

Antes de se analisar a nova redação do art. 400 do CPP, merecem realce algumas breves considerações acerca do modo de pensar o Processo Penal no pós-Constituição de 1988. Ver-se-á pelo contexto em que se deu a alteração legislativa que a nova orientação decorreu de uma opção política fundamental feita pela Constituição.

Apesar de o CPP ter sido objeto de tímidas alterações anteriores, foi com a Constituição de 1988 que realmente se traçaram os novos rumos do processo penal. Contrapondo-se ao modelo inquisitorial que sobrevivera praticamente intacto desde a década de 1940, a Constituição cidadã optou pelo modelo acusatório, que se caracteriza principalmente pela imparcialidade do julgador, assegurada pela nítida separação entre as funções de acusar e julgar.

O Constituinte originário também se preocupou em explicitar os desdobramentos da adoção do modelo acusatório, e para isso cristalizou uma série de garantias que confluem para o devido processo legal<sup>11</sup>, como a presunção de não culpabilidade<sup>12 13</sup>(art. 5º, LVII, CRFB), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV).<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> O devido processo legal tem seu conteúdo mínimo atribuído ao art. 39 da Magna Carta – documento assinado em junho de 1215 entre os barões ingleses e o Rei João sem Terra e que acabou de completar 800 anos de existência. Conforme notícia Alexandre Freitas Câmara, a Magna Carta não continha referência expressa ao princípio do devido processo legal, mas certamente contribuiu para seu desenvolvimento. Afinal, a Carta consagrou a garantia de julgamento perante as leis do país, cláusula conhecida como *law of the land*, e que mais tarde se desdobrou no *due process of law*. Ao lado do devido processo legal processual, formal ou *procedure due process of law*, a doutrina passou a reconhecer ainda a existência do *substantial due process of law*, de índole material, o qual se identifica com a razoabilidade na formulação das leis. V. CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Processo Civil*. V. 1. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 35-42.

<sup>12</sup> Discute-se na doutrina se a melhor nomenclatura para o princípio em debate seria “presunção de inocência” ou “presunção de não culpabilidade” e qual das expressões reflete maior densidade de proteção ao acusado. Para efeitos do presente trabalho, as expressões serão tomadas como sinônimas.

No Supremo Tribunal Federal, a questão chegou a ser ventilada no HC 125.555-PR. Para a Ministra Carmen Lúcia, existe presunção de não culpabilidade, que se rompe quando esgotadas as vias ordinárias que levaram ao juízo condenatório. Na mesma ocasião, o Min. Gilmar Mendes atentou para a necessidade de revisitar o tema, já que a presunção de inocência tem dado margem a distorções concretas, como nos casos de recursos manifestamente protelatórios, com o único objetivo de retardar o trânsito em julgado. V. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 125.555-PR. Segunda Turma. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8222836>> Acesso em 16 Abr. 2015.

Posteriormente, o informativo 814 noticiou verdadeira reviravolta na jurisprudência do STF, eis que no julgamento do HC 126.292-SP, a Corte passou a entender que a execução provisória de acórdão penal

Da afirmação de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil)<sup>15</sup> se extraem duas importantes vertentes. A primeira consiste numa regra de distribuição do ônus probatório, em razão da qual incumbe ao Estado-acusador o ônus de comprovar a materialidade e a autoria do fato ocorrido tal como descrito na norma penal incriminadora. A segunda decorrência da presunção de não culpabilidade implica uma regra de tratamento, que impõe que o réu não seja tratado como culpado enquanto não se esgotarem os recursos cabíveis contra uma decisão condenatória.

Era justamente com supedâneo no art. 5º, LVII da Constituição que o Supremo Tribunal Federal, até recentemente, negava a possibilidade do cumprimento provisório de

---

condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. V. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 814. HC 126.292-SP. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>> Acesso em 18 abr. 2016.

<sup>13</sup> Ainda sobre a presunção de inocência, vale menção ao conteúdo do voto do Ministro Celso de Mello, vencido no julgamento do HC 126.292/SP. Nas palavras do Ministro, “a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder. Na realidade, a presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino em sua “Suma Teológica”, constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776). [...] Vale referir, no ponto, a esse respeito, a autorizada advertência do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT): ‘O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (...). Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. [...]’ Disso resulta [...] que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.” V. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 820. HC 126.292-SP. Transcrições. Disponível em <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo820.htm#transcricao1>> Acesso em 25 Mai de 2016.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

<sup>15</sup> *ibidem*.

pena<sup>16</sup>. O raciocínio que até então predominava na Corte era o de que nenhuma prisão antes do trânsito em julgado poderia ter fundamento em juízo de antecipação da culpa, pois só se poderia admitir as prisões processuais fundadas em razões cautelares, devidamente demonstradas na fundamentação da decisão que as decretasse.

Também nos moldes delineados pelo constituinte originário, a existência do contraditório é tão ínsita à noção do devido processo que se pode afirmar, sem medo, que um processo sem contraditório não é processo.<sup>17</sup> A sociedade não mais se contenta com o processo meramente formal, à disposição do Estado. Ao revés, o processo é um mecanismo de proteção ao indivíduo, e será carente de legitimidade se não possibilitar à defesa o acesso às provas e a oportunidade real de realizar contraprovas.

Verificado o grande abismo que separa o Estado Democrático de Direito inaugurado em 1988 de seus antecessores, o rompimento com o anterior regime ditatorial exigiu a releitura de diversos institutos jurídicos de todos os ramos do Direito.<sup>18</sup> No âmbito penal, a

---

<sup>16</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENÁRIO. Relator Min. Eros Grau. HC 84.078-7 MG. Julgamento em 05/02/2015. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/em\\_enta84078.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/em_enta84078.pdf)> Acesso em 06 Abr. 2015.

Na ocasião, a Corte entendeu que a previsão legal que afasta o efeito suspensivo dos recursos excepcionais não se aplica aos processos penais. Em nome da presunção de inocência, seria inconcebível a execução da pena antes do trânsito em julgado, razão pela qual o efetivo cumprimento da pena seria impossível enquanto pendente recurso extraordinário ao STF ou recurso especial ao STJ.

Como visto, a Corte reviu sua posição no julgamento do HC 126.292-SP, noticiado no informativo 814, acima citado.

<sup>17</sup> Sem adentrar nas inúmeras discussões acerca da natureza jurídica do processo, adere-se aqui ao conceito formulado por Alexandre Freitas Câmara: o processo é o procedimento, realizado em contraditório, e animado pela relação jurídica processual. V. CAMARA, op. cit, p. 144. Apesar de o citado autor dedicar sua produção acadêmica com afincamento ao processo civil, seu conceito pode ser aproveitado para o processo penal, pois diz respeito à teoria geral do processo. Perceba que o contraditório aparece como elemento intrínseco do processo, ou seja, é da essência do processo a existência do contraditório.

<sup>18</sup> Embora fuja do objeto desse trabalho a análise da evolução dos modelos de Estado ao longo do tempo, vale ter em mente uma sumariíssima contextualização. Se, muito simplificada, o Estado liberal se limitava à garantia da liberdade, propriedade e segurança, o Estado Social teve que corrigir as distorções causadas pelo capitalismo e lidar com demandas de atuação positiva do Poder Público. Ocorre que o paternalismo excessivo acabou por sobrecarregar o Estado, que se viu incapaz de atender satisfatoriamente a todas as demandas sociais. O Estado Democrático de Direito reflete uma tentativa de equilíbrio entre a consagração de direitos fundamentais e a proposta de transformação do *status quo* por meio da participação de toda a sociedade. No Brasil, o Estado Democrático de Direito foi afirmado pela Constituição de 1988, que expressamente atribuiu todo o poder ao povo (art. 1º, parágrafo único). Dessa aparentemente simples disposição se pode inferir que a responsabilidade pela definição dos rumos da sociedade e pela efetivação dos direitos fundamentais não é exclusiva do Estado. No campo criminal, essa observação é bastante pertinente quando se constata a crise do sistema prisional, reveladora da insuficiência estatal. Questões como a humanização da pena ou a ressocialização

função de acusação penal acometida ao Ministério Público não mais significa a defesa cega do interesse público nem a busca da condenação a todo custo, em detrimento das garantias individuais. É plenamente possível, por exemplo, que o Ministério Público pleiteie a absolvição caso se convença da inocência do acusado<sup>19</sup>. O *parquet* é órgão independente cuja função primordial é a defesa do ordenamento jurídico como um todo, de maneira mais ampla do que a defesa da lei estrita.<sup>20</sup>

Finalmente se percebeu com nitidez que, se o Estado evoca para si o monopólio do *jus puniendi*, deve-se conferir como contrapeso uma proteção especial ao sujeito passivo do processo penal, que se encontra em límpida posição de inferioridade em relação ao Estado, tudo para que não se dê margem a arbítrios ou caprichos do poder estatal.

Não se pode deixar de destacar, nesse ponto, a íntima relação entre Processo Penal e Direito Penal. Enquanto o Direito Penal revela a superioridade do Estado na seleção dos bens jurídicos mais caros à sociedade e se ocupa das condutas violadoras das normas incriminadoras, o Processo Penal garante que o violador dessas normas não será punido sem que o fato seja apurado no bojo de um processo e julgado por julgador competente e imparcial. Assim, é fácil notar que o processo penal ocupa posição de instrumentalidade em

---

do preso devem ser debatidas para que as soluções sejam potencializadas por meio da soma de esforços entre o poder público e as pessoas que compõem a sociedade.

<sup>19</sup> Deve-se notar que tal possibilidade já era reconhecida na redação originária do CPP, cujo art. 385 dispõe que “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”. Não há dúvidas de que ao Ministério Público sempre foi possível pedir a absolvição do acusado (se isso acontecia ou não quando da edição do CPP, é outra pergunta...). O que atualmente se discute é se o juiz pode condenar quando o órgão acusatório pede a absolvição. Afinal, parece incompatível com o sistema acusatório a postura do juiz que condena o réu quando o próprio titular da ação penal tem opinião contrária. V. BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

<sup>20</sup> Algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal preferem se referir à função do Ministério Público como função de *custos iuris*, demonstrando que a instituição é muito mais do que uma mera fiscal da lei em sentido estrito, como se poderia inferir da expressão *custos legis*. V. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 84.404-9. Primeira Turma. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382865>> Acesso em 16 Abr. 2015. No mesmo sentido, alinhando-se ao entendimento constitucional de que o *parquet* ostenta a função de *custos iuris*, o art. 176 da Lei 13.105/15 - Novo Código de Processo Civil - repete que o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

relação ao Direito Penal, já que somente por meio do processo pode ser aplicada a sanção penal.

O juízo de certeza necessário à obtenção de um título condenatório decorre necessariamente de um único caminho: o processo penal. Exemplificativamente, se um indivíduo, declarando-se culpado, se dirige à autoridade prisional e pede para cumprir pena, seu pleito não pode ser atendido, pois nada é capaz de afastar o ônus do Estado de provar os fatos. Nem mesmo a confissão em juízo dispensa a comprovação do ocorrido. Em resumo, ao contrário do que pode acontecer em outros ramos do Direito, simplesmente não existe espaço para o cumprimento espontâneo do Direito Penal.

Bem ressalta Aury Lopes Júnior<sup>21</sup> que a instrumentalidade do processo penal é uma instrumentalidade acentuadamente garantista:

Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena. Dentro dessa íntima relação entre o Direito Penal e o processo penal, deve-se apontar que ao atual modelo de Direito Penal mínimo, corresponde um processo penal garantista. Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder.

Diante da explícita opção do constituinte de 1988 de privilegiar o devido processo desenvolvido em contraditório, não restou outra solução senão adequar a legislação infraconstitucional aos novos tempos. Inicialmente, o trabalho de adaptação ficou a cargo da doutrina, mas logo a renovação de ares inspirou o legislador ordinário. Foi exatamente a nova feitura principiológica traçada pela Constituição que embasou as inúmeras reformas do CPP nos anos que se seguiram.

Quanto ao interrogatório do réu, que interessa de perto ao presente trabalho, a Lei n. 11.719/08 trouxe uma inovação substancial ao alterar o art. 400 do CPP: o interrogatório do

---

<sup>21</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Instrumentalidade garantista do Processo Penal*. Artigo disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D\\_022.pdf](http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf)> Acesso em 12 Mar. 2015. p. 01-02.

réu passou a ser o último ato da instrução, o que permite que todo o material probatório colhido nos autos seja levado em consideração quando do exercício da autodefesa:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei n. nº 11.719, de 2008).<sup>22</sup>

De acordo com a nova redação do art. 400 do CPP, passaram a ser ouvidas em primeiro lugar as testemunhas de acusação e em seguida as de defesa. Sendo o caso, prossegue-se com esclarecimentos dos peritos, acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas. Somente após toda a colheita probatória será realizado o interrogatório do réu.

Constou expressamente em mensagem ao Projeto de Lei n. 4.207/01<sup>23</sup> – posteriormente convertido na Lei n. 11.719/08 – que a *ratio* por trás das várias modificações legislativas foi adotar princípios que modernizassem o processo, para prestigiar a celeridade, a defesa efetiva e o sistema acusatório.

O parecer de relatoria do Deputado Ibrahim Abi-Ackel reafirmou que o projeto decorreu de longo e aprofundado debate entre juristas renomados que compuseram a sua Comissão<sup>24</sup>, e que contém opções acertadas para o processo penal.

Assim, a conversão do projeto na Lei ordinária n. 11.719/08 foi acolhida com festejos na doutrina, por representar uma esperada modernização do direito processual penal. Especificamente, o art. 400 do CPP – ainda que em meio a várias alterações pontuais da legislação adjetiva – ganhou destaque por corroborar que os institutos do processo penal devem convergir para soluções que melhor se coadunem com a ampla defesa.

<sup>22</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

<sup>23</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. MENSAGEM Nº 213/01 do Projeto de Lei n. 4.207/01. AUTOR: Poder Executivo RELATOR: Deputado Ibrahim Abi-Ackel. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra%3bjsessionid=7B1FB1E5E2A567B7BD99A9C80A50D2C0.proposicoesWeb2?codteor=19605&filename=Tramitacao-PL+4207/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra%3bjsessionid=7B1FB1E5E2A567B7BD99A9C80A50D2C0.proposicoesWeb2?codteor=19605&filename=Tramitacao-PL+4207/2001)>. Acesso em 24 Mar. 2015.

<sup>24</sup> A Comissão do Projeto de Lei n. 4.207/01 foi presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover, e contou com as contribuições de autores como Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti.

Imagine, por exemplo, o caso do réu que presenciou todos os depoimentos testemunhais e verificou que nenhuma testemunha atestara a existência do fato. Nesse caso, o réu pode insistir na sua inocência ou até mesmo preferir ficar em silêncio, sabendo que o Estado não se desincumbirá de provar os fatos. Por outro lado, caso a acusação traga à baila forte material probatório, pode ser preferível ao réu confirmar os fatos e se beneficiar da circunstância atenuante da confissão espontânea.<sup>25</sup>

Em síntese, a melhor estratégia de defesa será elaborada conforme o provável desfecho do processo penal. Como o réu é sujeito de direitos, o interrogatório deixa de ser visto apenas como meio de prova, e passa a ser entendido primordialmente como decorrência do direito à autodefesa.

Sobre os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, explica Eugênio Pacelli<sup>26</sup> que o contraditório não mais se limita à mera participação das partes no processo, e que nem mesmo a possibilidade de reação às provas é suficiente. Isso porque a participação das partes exige algo mais: ser feita em condições de simétrica paridade. O processo deve encontrar meios de exterminar o desequilíbrio que sempre favoreceu a acusação. Já a ampla defesa, mais do que a garantia de participação, deve refletir uma efetiva participação ao longo de todo o procedimento.

Nessa nova sistemática, a presença do réu não é um favor ao Estado e sim uma proteção ao acusado. O réu tem o direito subjetivo de estar na presença do julgador e contar a sua versão dos fatos. Também pode optar pelo silêncio, que jamais será interpretado em seu desfavor<sup>27</sup>, já que o ônus probatório é exclusivamente do órgão acusador.

---

<sup>25</sup> O art. 65, III, “d” do Código Penal traz a confissão espontânea como circunstância que sempre atenua a pena. BRASIL. *Código Penal*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, op.cit, p. 329.

<sup>27</sup> Em harmonia com o espírito constitucional, a Lei n. 10.792/03 incluiu o parágrafo único ao art. 186 do Código de Processo Penal, que agora reza expressamente que o silêncio não importará em confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Diante disso, deve-se entender como revogada a parte final do art. 198 do CPP, que afirma que o silêncio do acusado pode servir para a formação do convencimento do juiz. Essa interpretação se baseia no fato de que o CPP passou por inúmeras reformas após a Constituição de 1988, o que

### 1.3. Conflito de normas e subsistência de ritos especiais

A alteração do art. 400 do CPP pela Lei n. 11.719/08, como visto, foi mais um alinhamento do CPP à linha principiológica traçada pela Constituição. Entretanto, o tímido legislador perdeu uma ótima oportunidade de alterar também as inúmeras previsões em legislação extravagante que ainda preveem o interrogatório como primeiro ato de instrução, deixando à doutrina e à jurisprudência a tarefa de discutir sobre a subsistência ou não de tais sistemáticas especiais.

O art. 394, §2º da legislação penal adjetiva, cuja redação também foi dada pela Lei n. 11.719/08, estabelece que as regras do procedimento comum se aplicam a todos os processos criminais, exceto em caso de disposição em contrário prevista no próprio CPP ou na legislação especial:

Art. 394. O procedimento será comum ou especial. (Redação dada pela Lei n. nº 11.719, de 2008).

[...]

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de Lei n. especial. (Incluído pela Lei n. nº 11.719, de 2008).<sup>28</sup>

Como a reforma da Lei n. 11.719/08 recaiu apenas sobre o CPP, persistiram – pelo menos formalmente – inúmeros procedimentos especiais em que o interrogatório do réu ainda é previsto como o primeiro ato de instrução. É exatamente o caso da Lei n. 8.038/90 (Procedimentos de competência originária dos Tribunais), e da Lei n. 11.313/06 (Lei de Tóxicos), que serão objeto de análise mais detida nos tópicos seguintes.

---

causou um efeito de “colcha de retalhos” que deve ser solucionado pelo intérprete. Dessa forma, não pode subsistir a referência à valoração do silêncio pelo magistrado, pois isso seria frontalmente incompatível com o direito ao silêncio.

<sup>28</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

Percebendo a incongruência, autorizada doutrina passou a cogitar da aplicação do art. 400 do CPP a todos os procedimentos, ainda que especiais, entendendo que deve prevalecer a regra que melhor agasalhe o princípio constitucional da ampla defesa.<sup>29</sup>

Perante o Supremo Tribunal Federal, o enfrentamento da questão passou por um tortuoso caminho a ser mais bem visto nos próximos tópicos. Ver-se-á, ironicamente, que a Corte responsável pela uniformização da interpretação constitucional por muito tempo proferia entendimentos conflitantes sobre o tema, colocando em xeque a tão imprescindível segurança jurídica.

#### **1.4. Primazia do critério cronológico: Decisão do STF para o rito da Lei n. 8.038/90 - competência originária dos Tribunais Superiores**

A Lei n. 8.038/90, que versa sobre o procedimento nos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, traz em seu art. 7º a previsão do interrogatório como primeiro ato da instrução criminal, destoando, portanto, da atual regra do art. 400 do CPP:

Art. 7º - Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso.<sup>30</sup>

O STF teve oportunidade de se pronunciar superficialmente sobre a questão no julgamento da Ação Penal 470, que julgou os crimes do esquema que ficou conhecido como “Mensalão”. Na ocasião, alguns dos réus alegaram a nulidade do interrogatório feito como primeiro ato da instrução, e pretendiam a realização de novo interrogatório, conforme a

---

<sup>29</sup> Por todos: TÁVORA, op. cit, p. 780-782.

<sup>30</sup> BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de Maio de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm)>. Acesso em 04 Mar. 2015>.

orientação acolhida pelo art. 400 do CPP. O pedido foi negado, como se percebe da ementa da oitava questão de ordem:

QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. LEI 11.719/2008. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO. ESPECIALIDADE DA LEI 8.038/1990, CUJOS DISPOSITIVOS NÃO FORAM ALTERADOS. INDEFERIMENTO. A Lei 8.038/1990 é especial em relação ao Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.719/2008. Por conseguinte, as disposições do CPP aplicam-se aos feitos sujeitos ao procedimento previsto na Lei 8.038/1990 apenas subsidiariamente, somente “no que for aplicável” ou “no que couber”. Daí por que a modificação legislativa referida pelos acusados em nada altera o procedimento até então observado, uma vez que a fase processual em que deve ocorrer o interrogatório continua expressamente prescrita no art. 7º Lei 8.038/1990, o qual prevê tal ato processual como a próxima etapa depois do recebimento da denúncia (ou queixa). Questão de ordem resolvida no sentido do indeferimento da petição de fls. 40.151-40.161.<sup>31</sup>

Em seu breve voto, o então Ministro Relator Joaquim Barbosa argumentou que a Lei n. 11.719/08 alterou tão somente o Código de Processo Penal, o que se conclui pela simples leitura do cabeçalho e dos dispositivos do referido diploma alterador. Para o ex-ministro, a Lei n. 8.038/90 trata do procedimento nas ações penais de competência originária dos tribunais, e esse procedimento permanece incólume em razão da especialidade, conforme estabelecido no art. 2º, §2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Assim, a alteração legislativa invocada pelos réus em nada alterou o procedimento prescrito na Lei n. 8.038/90.<sup>32</sup>

Todavia, logo em seguida, o debate acabou prejudicado, pois os Ministros constataram que os interrogatórios dos réus haviam sido realizados antes da entrada em vigor da Lei 11.719/08, o que significa que os interrogatórios foram realizados de forma escoreita de acordo com a legislação então vigente.

Excetuando-se as considerações feitas pelo Ministro Joaquim Barbosa, a questão de aplicabilidade ou não do art. 400 do CPP aos processos de competência originária dos tribunais não chegou a ser analisada em abstrato no julgamento da referida questão de ordem.

---

<sup>31</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Órgão Pleno. Questão de Ordem na Ação Penal 470. Ministro Relator Joaquim Barbosa. Julgamento em 07 Out. 2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622381> Acesso em 22 fev 2015.

<sup>32</sup> *ibidem*.

Em sentido contrário, o Ministro Dias Toffoli chegou a defender a aplicabilidade do art. 400 do CPP para os casos futuros envolvendo a Lei n. 8.038/90, sustentando ser o interrogatório um direito de defesa, que deve ser realizado ao final do processo.<sup>33</sup>

A questão bateu novamente às portas do STF por ocasião da Ação Penal 528, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Em decisão monocrática, o relator estatuiu que a questão deveria se pacificar no sentido da aplicabilidade generalizada do art. 400 do CPP, sob o argumento de que uma regra especial não pode afastar uma regra que melhor privilegie os princípios constitucionais aplicáveis à espécie. Em suas palavras:

[...] parece-me relevante constatar que, se a nova redação do art. 400 do CPP possibilita ao réu exercer de modo mais eficaz a sua defesa, tal dispositivo legal deve suplantiar o estatuído no art. 7º da Lei n. 8.038/90, em homenagem aos princípios constitucionais aplicáveis à espécie. Ora, possibilitar que o réu seja interrogado ao final da instrução, depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como após a produção de outras provas, como eventuais perícias, a meu juízo, mostra-se mais benéfico à defesa, na medida em que, no mínimo, conferirá ao acusado a oportunidade para esclarecer divergências e incongruências que, não raramente, afloraram durante a edificação do conjunto probatório [...]

Ainda no julgamento da Ação Penal 528, o Ministro Ricardo Lewandowski fez longa referência a trechos do voto do Ministro Celso de Mello na questão de ordem suscitada na Ação Penal 470, em que se afirma que o réu tem o direito de falar ou de calar-se, mas que essa opção só pode ser melhor exercida quando se tiver acesso de antemão ao conteúdo probatório até então produzido no processo. Afinal, o processo penal tem como escopo precípuo a salvaguarda dos direitos do réu. Para Celso de Mello:

[...] de qualquer maneira, o réu tem o direito de ser interrogado; pode, eventualmente, calar-se; pode, eventualmente, abster-se de qualquer resposta. Mas, de todo modo, tendo uma visão global de todos os elementos de informação até então produzidos, ele então poderá estruturar melhor a sua defesa. E, ainda, devemos ter em consideração que o processo penal é, por excelência, um instrumento de salvaguarda dos direitos do réu. O Estado delineia um círculo em cujo âmbito torna-se lícito ao Poder Público fazer instaurar a persecução penal e praticar todos os atos que levem à comprovação lícita da imputação deduzida contra determinada pessoa.

---

<sup>33</sup> Embora não se tenha afirmado de forma clara na oitava QO na AP 470 a natureza da regra insculpida no art. 400 do CPP, depreende-se que os julgadores pressupuseram sua natureza de norma puramente processual. Dessa forma, se a mudança no art. 400 do CPP ocorreu no curso de algum processo em andamento, isso não abarcaria interrogatórios já feitos, ainda que se entendesse que o art. 400 CPP devesse ser aplicado também aos ritos especiais. Dito de outro modo, a natureza processual do art. 400 CPP impede sua aplicação retroativa, e qualquer discussão sobre sua aplicação deve se restringir aos interrogatórios futuros.

O que não se pode é transpor os limites da circunferência, sob pena de o Estado, em assim agindo, incidir em comportamento ilícito [...]<sup>34</sup>

A decisão monocrática do Ministro Lewandowski foi impugnada em agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, sob o argumento de que o rito da Lei n. 8.038/90 é rito especial, que não deve se subordinar às alterações das regras de cunho geral estampadas no Código de Processo Penal.

O citado agravo regimental foi recebido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, mas improvido por unanimidade. A Corte acabou confirmando a decisão monocrática guerreada, com fundamento no melhor resguardo ao princípio constitucional da ampla defesa, ressaltando-se apenas os interrogatórios já realizados em conformidade com a legislação anterior. Veja-se:

PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal. II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei n. 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>35</sup>

Portanto, após alguns percalços, pode-se afirmar que prevaleceu o entendimento pelo qual o art. 400 do CPP é norma posterior que se aplica ao procedimento traçado pela Lei n. 8.038/90. Ou seja, os réus detentores de foro de prerrogativa de função nos Tribunais Superiores devem ser interrogados ao final da instrução, ainda que a lei especial traga disposição em sentido diverso.

<sup>34</sup> As palavras de Celso de Mello foram extraídas da referência feita pelo também Ministro Lewandowski no julgamento da AP 528. O pronunciamento de Celso de Mello na oitava questão de ordem na AP 470 não foi encontrado no site oficial do Supremo Tribunal Federal.

<sup>35</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Órgão Pleno. AP: 528 DF. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/03/2011. Data de Publicação: DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-01 PP-00001.

### **1.5.Primazia da especialidade: tradicional posição do STF envolvendo o rito da Lei n. 11.343/06 - Lei de Tóxicos**

Debruçando-se sobre a mesma temática – a aplicabilidade ou não do art. 400 do CPP a um rito especial –, o entendimento tradicional da Corte Suprema quando da abordagem do rito da Lei de Tóxicos seguia uma trilha distinta.

O art. 57 da Lei n. 11.343/06 também prevê o interrogatório do réu ao início da instrução, de maneira semelhante ao art. 7º da Lei 8.038/90, evidenciando o que era a regra antes da alteração do art. 400 do CPP. Veja:

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.<sup>36</sup>

Com a alteração promovida pela Lei n. 11.719/08, a discussão sobre o momento do interrogatório ganhou relevo nos crimes previstos na Lei de Drogas, e passou-se a indagar igualmente se o dispositivo acima mencionado deveria ser adequado à nova redação do CPP.

Caso fosse seguido de imediato o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal proferido na AP 528, o art. 400 CPP viraria regra, e o interrogatório do réu deveria sempre ser o último ato da instrução, qualquer que fosse o procedimento penal.

Se essa fosse a conclusão, seria verdadeira subversão hermenêutica exigir-se da defesa a prova do prejuízo decorrente da inobservância do correto processo, pois é ínsita o prejuízo quando se subtrai do réu a possibilidade de elaborar a defesa após o conhecimento das provas que militam contra ele.

Curiosamente, essa orientação não foi a primeira opção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No Recurso Ordinário em Habeas Corpus 116.713-MG, a Segunda Turma

---

<sup>36</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em 04 Mar. 2015

do STF foi de encontro à orientação plenária firmada no julgamento da AP 528 e afirmou a prevalência do princípio da especialidade para manter vivo o art. 57 da Lei n. 11.343/06 após a alteração do art. 400 do CPP. Veja:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.<sup>37</sup>

Na ocasião, a recorrente sustentava a nulidade da instrução criminal, em razão do desrespeito à inversão do interrogatório trazida pelo art. 400, CPP. A tese foi afastada em grau recursal tanto pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a justificativa de que os art. 54 a 59 da Lei de Drogas são especiais em relação ao CPP, e por isso prevalecem sobre o atual art. 400, CPP.

Quando a questão chegou até o Supremo Tribunal Federal, a Corte concordou com as instâncias inferiores e entendeu que, de fato, deveria ser aplicado o princípio da especialidade, afastando-se o art. 400 do CPP. Nas palavras do Min. Relator Ricardo Lewandowski:

[...] O art. 394 do Código de Processo Penal diz que “o procedimento será comum ou especial” e estabelece, em seu § 1º, que “o procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo”, a depender das hipóteses elencadas nos incisos que se seguem.

O § 2º do mesmo dispositivo, por sua vez, dispõe que se aplica “a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de Lei n. especial”.

Por outro lado, é consabido que o procedimento especial tem prevalência sobre o comum, exceto quando se trata de ação penal em que se apuram crimes diversos, afetos a ritos distintos, porém conexos, pois o procedimento do rito ordinário é mais amplo, possibilitando a ampla defesa do acusado [...]<sup>38</sup>

O voto frisou ainda que o interrogatório realizado segundo o comando insculpido no art. 57 da Lei de Drogas goza de validade e higidez, e, a menos que se demonstre efetivo prejuízo à defesa, não há razão para determinar sua renovação como ato final da instrução.

<sup>37</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RHC 116.713-MG. Relator min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 11 Jun. 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o número 4044912>. Acesso em 25 Fev. 2015.

<sup>38</sup> *ibidem*.

O curioso é que o Min. Lewandowski não fez qualquer menção ao acórdão – também de sua relatoria – na já discutida AP 528, apesar de a problemática ser praticamente idêntica àquela anterior. Aqui, o Ministro simplesmente deixou de lado o argumento de que o art. 400 do CPP é a norma mais harmônica com a exigência constitucional da ampla defesa e afirmou a prevalência da especialidade para validar a previsão contida na Lei de Tóxicos.<sup>39</sup>

### **1.6. Mudança de Rumos? Análise do HC 127.900-AM**

O objetivo da presente pesquisa é avaliar o momento mais propício para a realização do interrogatório do réu no processo penal, tendo como foco as disposições da Lei n. 11.343/06, em comparação com a Lei n. 8.038/90. Contudo, como o tema tem intercessões inevitáveis com a discussão envolvendo outros ritos especiais, em alguns momentos será preciso trazer tais discussões a debate para que melhor se construa uma solução. É nesse contexto que se passa a analisar uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal, atinente à ritualística no Código de Processo Penal Militar.

Ao se debruçar sobre o HC 127.900-AM, o Plenário da Corte resolveu, em decisão prospectiva, fixar a tese de que o interrogatório deve ser o último ato de instrução nos

---

<sup>39</sup> Também no sentido da manutenção de regra especial, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal chegou a afirmar a subsistência do interrogatório como primeiro ato de instrução nos casos de crimes militares, submetidos à sistemática do Código de Processo Penal Militar. V. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC: 122673 PA. Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Data de Julgamento: 03/06/2014. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25112694/habeas-corpus-hc-122673-pa-stf>> Acesso em 12 Mar. 2015. No caso, o *writ* foi impetrado diante do indeferimento do pedido de aplicação da Lei n. 11.719/08. A defesa sustentou que a realização do interrogatório ao final da instrução criminal é garantia de que o acusado, quando ouvido pelo Julgador, terá todo conhecimento de todas as provas produzidas pela acusação e poderá se defender contraditando-as. Acrescentou-se que a Lei n. 11.719/08 é compatível com o direito processual castrense, eis que não afronta os princípios da hierarquia e disciplina. Em conclusão, apesar da especialidade da norma castrense, sustentou a defesa que esta deveria se coadunar com a lei maior no que tange às garantias constitucionais. Entretanto, a tese defensiva foi afastada pelo STF, que na ocasião entendeu que o art. 302 do Código Processual Castrense permanecia intacto, em virtude do princípio da especialidade, já que não fora expressamente alterado pela Lei n. 11.719/08. Tal entendimento, contudo, foi expressamente superado quando do julgamento do HC 127.900-AM, que se analisa com maiores detalhes no tópico seguinte.

processos submetidos à justiça castrense. Os ministros também sinalizaram que a Corte pretende unificar o entendimento sobre o tema quando vier a julgar casos referentes às demais leis especiais que ainda trazem o interrogatório como ato de abertura da instrução penal.<sup>40</sup>

Na sessão de julgamento, o Ministro relator Dias Toffoli<sup>42</sup> salientou que o julgamento foi afetado ao Plenário em razão de divergências internas da Corte, haja vista que a Primeira Turma tinha decisões em que se entendia que o interrogatório deveria ser o último ato de instrução no âmbito da Justiça Militar, enquanto a Segunda Turma prestigiava a disposição do CPPM que ainda prevê o interrogatório como ato inaugural da instrução.

Os argumentos veiculados pela Defensoria Pública da União<sup>43</sup> em sustentação oral perpassam as reformas do CPP realizadas em 2008, as quais pretenderam prestigiar o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, e dentre essas mudanças destacou-se a alteração do art. 400 CPP. Salientou-se que o interrogatório é exercício da autodefesa, melhor desenvolvida quando o acusado já sabe o que sobre ele foi mencionado pelas testemunhas.

A Defensoria Pública da União também citou o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da AP 528, ocasião em que a Corte reconheceu que o art. 400 do CPP era mais benéfico à defesa. Sustentou-se, assim, que o mesmo entendimento deveria ser estendido a todos os feitos penais.

Outro aspecto destacado na referida sustentação oral é que a especialidade só deve ser invocada quando houver incompatibilidade manifesta e insuperável entre a norma geral e a

---

<sup>40</sup> O resumo do julgado foi divulgado no Informativo n. 816 do STF, disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>>. A íntegra do acórdão encontra-se pendente de publicação, mas o debate entre os Ministros pode ser acessado em vídeo pelo link <<https://www.youtube.com/watch?v=4-w11Kh7YAs&feature=youtu.be&t=2h17m28s>>, ambos acessados em 18 Abr. 2016.

<sup>41</sup> Vale à pena a leitura dos comentários ao Informativo 816 do Supremo Tribunal Federal, feitos por Márcio André Lopes Cavalcante. V. Informativo Esquematizado 816. Disponível em <[http://www.dizerodireito.com.br/2016/03/informativo-esquematizado-816-stf\\_18.html](http://www.dizerodireito.com.br/2016/03/informativo-esquematizado-816-stf_18.html)> Acesso em 25 Mai 2016.

<sup>42</sup> O resumo do julgado foi divulgado no Informativo n. 816 do STF, disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>>. A íntegra do acórdão encontra-se pendente de publicação, mas o debate entre os Ministros pode ser acessado em vídeo pelo link <<https://www.youtube.com/watch?v=4-w11Kh7YAs&feature=youtu.be&t=2h17m28s>>, ambos acessados em 18 Abr. 2016.

<sup>43</sup> *ibidem*.

norma especial, e por isso a especialidade não deve ser tomada às últimas consequências quando for possível um diálogo entre as leis envolvidas.

Por fim, quanto à falta de nulidade por ausência de prejuízo, sustentou o orador que o prejuízo à defesa é evidente quando houver a oitiva do réu antes da prova testemunhal e que urge a superação da divergência no STF sobre o tema.

Avançando-se para os votos dos Ministros – ainda pendentes de publicação – o Ministro Dias Toffoli<sup>44</sup> inicialmente concedia parcialmente a ordem para anular a condenação e refazer a instrução com a oitiva dos pacientes ao início. Contudo, após os debates entre os integrantes da Corte, o Relator resolveu modificar a conclusão do seu voto, para denegar a ordem e para atribuir efeitos à decisão apenas a partir da publicação da ata do julgamento, de modo a preservar os interrogatórios já realizados.

O relator mencionou *em passant* que a Justiça Eleitoral adota a orientação de prevalência do art. 400 CPP, mesmo para os interrogatórios já realizados, para evitar alegações de futuras nulidades. Sobre o rito na Justiça Militar, evitou fazer juízo de constitucionalidade sobre o art. 302 do Código de Processo Penal Militar<sup>45</sup> e adotou fundamentação no sentido de prevalência da lei posterior mais benéfica que se aplica retroativamente<sup>46</sup>.

O Ministro Luiz Edson Fachin<sup>47</sup> votou no sentido de acompanhar o relator, e acrescentou sua preocupação em relação à aplicação da conclusão aos processos em curso.

---

<sup>44</sup> *ibidem*.

<sup>45</sup> Art. 302. “O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas”. BRASIL. Código de Processo Penal Militar. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm)> Acesso em 04 Mar. 2016.

<sup>46</sup> Nesse ponto, apontou o Ministro Barroso que a fundamentação do relator foi impertinente, pois a aplicação retroativa da lei benéfica diz respeito à lei material e não às leis processuais, que têm aplicabilidade imediata.

<sup>47</sup> O resumo do julgado foi divulgado no Informativo n. 816 do STF, disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>>. A íntegra do acórdão encontra-se pendente de publicação, mas o debate entre os Ministros pode ser acessado em vídeo pelo link <<https://www.youtube.com/watch?v=4-w11Kh7YAs&feature=youtu.be&t=2h17m28s>>, ambos acessados em 18 Abr. 2016.

Foi o primeiro dos Ministros a sugerir a atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão, em nome da preservação da segurança jurídica.

Já Luís Roberto Barroso<sup>48</sup> traçou considerações sobre o momento mais propício para a realização do interrogatório e expressamente concordou com a conclusão de que o melhor momento para o ato é, de fato, ao final da instrução. Todavia, o Ministro mostrou-se consternado com o risco de incidência imediata da decisão não só sobre o CPPM, mas sobre todos os processos que seguem outros ritos especiais.

Em síntese, argumentou que não deseja que a decisão do STF dê margem à propositura de ações rescisórias em processos findos, nem que enseje alegações de nulidades sobre os feitos em curso.

Sob a perspectiva de Barroso – que chegou a tecer críticas à existência de soluções contraditórias e não uniformes no seio do Supremo Tribunal Federal –, o mais adequado seria que a Corte fizesse um apelo ao legislador para que em momento próximo modificasse as leis especiais. O Ministro, assim, afirmou que não acredita que todas as leis especiais foram tacitamente revogadas pelo art. 400 CPP e acrescentou que não vê qualquer nulidade na solução que privilegia o princípio da especialidade.

Mesmo reconhecendo que a melhor regra é a da realização do interrogatório ao final, Barroso argumentou que o interrogatório feito no início da instrução não é inconstitucional. Para ele, reconhecer a inconstitucionalidade traria problemas práticos e impactaria enormemente os processos em curso.

Contudo, diante do encaminhamento dos outros votos no sentido de prevalência do art. 400, CPP, o Ministro acabou concordando com o voto do relator e com a adoção de efeitos prospectivos à decisão, o que minimizaria o referido impacto que poderia advir do novel entendimento jurisprudencial. O Ministro afirmou ainda que não desejava se opor à Corte

---

<sup>48</sup> *ibidem*.

quanto à possibilidade de modificação interpretativa pela via judicial, embora entendesse ser mais apropriada a atuação do Poder Legislativo no caso.

O Ministro Teori Zavascki<sup>49</sup> também concordou que o mais adequado é que o interrogatório do réu seja feito ao final. Inicialmente, as declarações do Ministro pareciam não enxergar com simpatia o afastamento das disposições do CPPM, pois, a seu ver, tal solução acabaria com os procedimentos especiais, que se distinguem do procedimento comum justamente em razão de peculiaridades de rito. Discorreu ainda sobre qual seria o melhor fundamento para a decisão: ou a Corte reconheceria a revogação do art. 302 do CPPM pelo art. 400 do CPP, em razão do critério cronológico, ou concluiria pela não recepção do art. 302 do CPPM pela Constituição de 1988.

Posteriormente, diante do voto dos demais Ministros, Teori Zavascki<sup>50</sup> externou o entendimento de que o mais coerente seria que a Corte adotasse a nova conclusão não só para os processos submetidos ao CPPM, mas a todos os ritos especiais, o que indica a tendência de unificação de entendimentos na Corte Superior.

Dada a palavra a Ricardo Lewandowski<sup>51</sup>, o Ministro rememorou o julgamento de sua relatoria na AP 528 e reafirmou que numa perspectiva da ampla defesa, o art. 400 do CPP deve se aplicar a todas as esferas do direito processual penal. Em sua manifestação, mais uma vez o Ministro perdeu a oportunidade de dialogar com as decisões passadas da Corte em sentido contrário, deixando de mencionar, por exemplo, o já abordado HC 116.713-MG, curiosamente também de sua relatoria.

Já o Ministro Gilmar Mendes<sup>52</sup> frisou que a mudança de entendimento por opção normativa (referindo-se à nova redação do art. 400 CPP) não significa que tudo o que foi produzido anteriormente deva ser reputado nulo. Sugeriu então a adoção de efeitos

---

<sup>49</sup> *ibidem*.

<sup>50</sup> *ibidem*.

<sup>51</sup> *ibidem*.

<sup>52</sup> *ibidem*.

prospectivos, com a fixação de um marco inicial para a incidência do novo entendimento da Corte, com o objetivo de evitar que o julgamento culmine em uma situação de instabilidade jurídica. Acrescentou que não é incomum a adoção de efeitos prospectivos pela Corte, mesmo em processos de índole subjetiva.

Com fundamentação em sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio<sup>53</sup> sustentou que as alterações ao CPP foram silentes em relação às leis especiais e que não houve revogação tácita da legislação especial. Afirmou que as disposições do CPP só são aplicáveis às leis especiais em caso de lacuna, e que não existe lacuna no CPPM no que diz respeito ao momento de realização do interrogatório do réu. Aduziu que o STF deve seguir o princípio da autocontenção e não pode se substituir ao legislador.

Por fim, o decano Celso de Mello<sup>54</sup> sublinhou que não entende como problemática a realização do interrogatório judicial na fase procedimental indicada no art. 302, CPPM. Todavia, ponderando que o reexame da questão foi afetado ao Plenário e objetivando a superação da divergência existente na Corte, votou pela aplicação do art. 400 CPP à justiça castrense. Citando o entendimento doutrinário esposado por Ada Pellegrini Grinover, Nucci, Damásio, Citra Júnior, Alberto Silva Franco, Rui Stoco, dentre outros, o Ministro ressaltou que o interrogatório é o principal meio de defesa do réu e não mais um meio de prova.

A Ministra Rosa Weber acompanhou o entendimento do relator. Por sua vez, estavam ausentes os Ministros Luiz Fux e Carmen Lúcia.<sup>55</sup> O julgamento foi então encerrado com a seguinte conclusão: as instruções ainda não encerradas e submetidas ao CPPM devem ser regidas pelo disposto no art. 400 CPP. Em decisão por unanimidade, os ministros denegaram a ordem e, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, modularam os efeitos da decisão.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> *ibidem*.

<sup>54</sup> *ibidem*.

<sup>55</sup> *ibidem*.

<sup>56</sup> *ibidem*.

Trata-se de decisão histórica que influenciará diretamente os processos submetidos à Lei de Tóxicos. Vale ressaltar que a menção à Lei n. 11.343/06 foi, por enquanto, apenas um *signaling* em *obiter dictum*, ou seja, uma sinalização de como a Corte Maior pretende se portar em futuros julgamentos. Ainda assim, pode-se dizer sem receio que há, após longo tempo de ceulema na jurisprudência da Corte Maior, uma tendência real de unificação de entendimentos.

Até então, a adoção de entendimentos distintos para situações idênticas era passível de crítica por várias razões, a começar pela falta de uma argumentação robusta nas decisões que privilegiavam o princípio da especialidade sem enfrentar os argumentos centrais da tese contrária. Tal postura do STF permitia inclusive que se indagasse o que poderia estar por trás da conclusão. Seria simplesmente o objetivo de evitar a nulidade de processos em curso que não observaram a sistemática do art. 400 do CPP?

Antes de chegarem à modulação de efeitos como possibilidade de solução para fugir de nulidades, devem ter pensado hipocritamente os Ministros que a afirmação da prevalência do art. 400 do CPP levaria ao perigoso cenário de soltura de réus perversos, como os acusados de envolvimento com o tráfico de drogas. Mais cômodo, assim, sempre foi insistir na especialidade sem sequer refutar os argumentos que militavam em favor da prevalência do CPP... Engraçado que a conclusão era diametralmente oposta nos casos em que os acusados eram deputados e senadores, típicos réus submetidos à Lei n. 8.038/90.

Ao analisar comparativamente o conteúdo da AP 528 e do RHC 11.713-MG, o que se detectava era uma grave incoerência que marcou as decisões do Supremo Tribunal Federal por mais de meia década, restando visível que a Corte simplesmente se esquivava de confrontar os precedentes contrastantes sobre a mesma temática.

Mesmo com a decisão no citado HC 127.900-AM, que sinalizou para a enfim unificação de entendimentos, o STF acabou adotando solução intermediária ao prescrever

efeitos *pro futuro* à decisão, o que é passível de crítica por permitir a manutenção incólume de processos eivados de nulidade.

Resumindo a questão, pode-se dizer que consideráveis anos se passaram desde a alteração do art. 400 do CPP pela Lei n. 11.719/08 e que o momento do interrogatório do réu no processo penal em caso de regência por leis especiais continuava a suscitar controvérsias.

Não obstante o tradicional entendimento do STF sobre a inaplicabilidade do art. 400 do CPP ao rito previsto na Lei de Drogas, os argumentos veiculados pelos Ministros da mais alta Corte jamais convenceram a comunidade jurídica.<sup>57</sup>

Em verdade, o entendimento clássico até então esposado pelo STF servia para a constatação de um paradoxo: a Corte responsável pela uniformização da interpretação constitucional apenas contribuía para a balbúrdia hermenêutica ao afirmar ora a superioridade do critério cronológico para atrair o art. 400 do CPP (AP 528) ora a superioridade do critério da especialidade para afastá-lo (RHC 116.713-MG, dentre outros precedentes).

Um esclarecimento merece ser feito: não se está aqui a defender a existência de hierarquia em abstrato entre os critérios utilizados para a solução de antinomias.<sup>58</sup> O que se questiona é se o mesmo problema pode ter diferentes soluções ao sabor do julgador.

---

<sup>57</sup> Tal afirmação se constata pela existência de inúmeras decisões judiciais em sentido contrário ao entendimento até então dominante no STF, como se exemplifica com o seguinte julgado: “APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. Interrogatório. Mesmo no rito estabelecido pela Lei nº 11.343/2006 deve-se oportunizar a realização do interrogatório ao final da instrução, em atenção aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Aliás, no auto de prisão em flagrante o autuado somente é ouvido depois da oitiva do condutor e das testemunhas, não havendo nenhuma razão para que assim não ocorra quando já instaurada a ação penal. O direito fundamental à ampla defesa se expressa na defesa técnica e na defesa pessoal, esta última que se realiza com a participação do acusado em audiência e com a possibilidade de que conheça a prova que será produzida, ou que foi produzida, contra si, e inclusive e especialmente possa rebatê-la. [...] A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. [...] Nulidade reconhecida, mas superada em razão de desfecho mais benéfico [...]” BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL. Relator Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Apelação Crime Nº 70060172020. Julgado em 21/08/2014. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/140019110/apelacao-crime-acr-70060172020-rs/inteiro-teor-140019113>>. Acesso em 06 Abr. 2015.

<sup>58</sup> É comum ouvir que a norma geral posterior não revoga a especial, o que levaria a crer que o critério da especialidade é superior ao cronológico. Tal afirmação será analisada com maior profundidade no capítulo seguinte. Por ora, vale o alerta de que há casos em que a norma geral causa uma modificação profunda em determinado instituto jurídico, a ponto de tornar impossível a convivência com exceções previstas em leis

À primeira vista, a postura contraditória que marcou o Supremo Tribunal Federal por anos poderia ser compreendida se a problemática fosse enfrentada sob o enfoque positivista. É que, como será visto em detalhes no próximo capítulo, o positivismo convive com a pluralidade de soluções no âmbito da ausência de solução expressa determinada nas leis positivas. Hipoteticamente, se houvesse disposição legal que afirmasse que o princípio da especialidade preponderaria sempre sobre o cronológico, a questão estaria resolvida.<sup>59</sup> Todavia, no silêncio da lei, qualquer resposta fundamentada pode ser em tese admitida, o que dificulta sobremaneira o encontro da solução adequada.

Entretanto, apesar de os procedimentos da Lei n. 8.038/90 e da Lei n. 11.343/06 terem âmbito de aplicação diversa, em razão dos crimes que correspondem a cada um desses ritos, insiste-se que o problema é um só porque não se vislumbram diferenças substanciais entre eles a ponto de justificar uma diferença de tratamento. Aliás, como se discutirá em capítulo próprio, a única nota distintiva aparente aos olhos é a diferença entre os réus que figuram como “clientes” de cada uma das indigitadas leis.

Se as mesmas decisões do STF que antecederam o HC 127.900-AM forem objeto de análise sob uma perspectiva pós-positivista, a conclusão inevitavelmente será outra. É que, em tempos de pós-positivismo, o espaço para a discricionariedade judicial encontra uma redução significativa. O pós-positivista se inquieta com a convivência de soluções contrastantes, por

---

especiais. Esses casos são melhores visualizados quando a norma geral consiste num princípio. Partindo da premissa de que os princípios são normas, *i.e.*, gozam de força normativa, suponha que num ordenamento hipotético existisse uma norma que autorizasse a tortura para obter a confissão de presos acusados dos crimes punidos com a pena máxima naquele ordenamento e que, posteriormente, uma norma de mesma hierarquia consagrasse a dignidade da pessoa humana como princípio norteador daquele Estado. Deveria a norma especial – admitir tortura em casos excepcionais – prevalecer sobre a norma geral? Obviamente, não! O conteúdo que decorre do postulado da dignidade humana traça limites intransponíveis para a atuação estatal, de forma que não é possível que conviva com exceções. Apesar do raciocínio aqui exposto, não se pode deixar de mencionar que a relativização da proibição da tortura tem sido objeto de cogitação no direito comparado, notadamente no Direito Alemão, nos casos sugestivamente chamados de “*tick-tack cases*” ou “casos de bomba relógio”. Para maiores esclarecimentos, sugere-se a leitura de GRECO, Luis. As Regras por trás da Exceção – Reflexões Sobre A Tortura Nos Chamados “Casos De Bomba-Relógio”. *in Revista Jurídica*, Curitiba, n. 23, Temática n. 7, p. 229-264, 2009-2.

<sup>59</sup> Claro que a posituação da superioridade de um critério não impediria o surgimento de divergências acerca da própria delimitação dos critérios. Sendo esse o caso, de nada adianta afirmar a hipotética prevalência do princípio da especialidade se os intérpretes não chegam a um consenso acerca de qual é seu alcance.

considerar incompreensível a pluralidade de respostas para um só problema, e instiga o operador do Direito a encontrar a melhor dentre as saídas possíveis. Clama-se, pois, por maior coerência no Direito.

Os próximos capítulos pretendem traçar um panorama simplificado e direto acerca das linhas mestras do positivismo e do pós-positivismo. Sob o prisma positivista, reforça-se que não há maiores preocupações com uma resposta correta ao problema que se estuda, eis que amplo o círculo de discricionariedade do magistrado diante da ausência de uma moldura normativa. Por outro lado, quando se adentrar no pós-positivismo, inevitavelmente surgirá a indagação acerca da resposta correta sobre o momento do interrogatório do réu.

Essa resposta passará pela consideração de que os ritos especiais são globalmente mais protetivos. Ou seja, ainda que o interrogatório seja o primeiro ato da instrução – o que não é o melhor para o réu – os ritos especiais, em seu conjunto, costumam compensar essa deficiência com outros mecanismos mais benéficos à defesa, como é o caso da possibilidade de oferecimento de defesa anteriormente ao oferecimento da denúncia, previsão que inexistente nos procedimentos comuns.

## 2 – POSITIVISMO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Adiantou-se no capítulo pretérito que a multiplicidade de soluções para um único caso não é um problema abordado satisfatoriamente pelo positivismo. Em linhas gerais, o positivista se preocupa com a válida elaboração das normas que compõem o ordenamento jurídico, partindo da premissa de sua completude.<sup>60</sup>

Ver-se-á agora como o positivismo influenciou a construção de uma Teoria Geral do Direito, e até que ponto seus ensinamentos podem servir às práticas jurídicas atuais.

### 2.1. Esclarecimento preliminar acerca do corte epistemológico adotado

O positivismo jurídico – cujo enfoque é o estudo do ordenamento jurídico de maneira dissociada de fatores extrajurídicos – pode ser conceituado de forma ampla como uma corrente de pensamento caracterizada por duas afirmações fundamentais: primeira, a de que as normas do ordenamento devem ser formuladas por pessoas com poderes específicos outorgados pelo próprio ordenamento; segunda, a de que deve haver separação entre direito, moral e política.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Esclareça-se desde logo que o positivismo não recusa a possibilidade de ausência de solução na lei; apenas nega as lacunas no sistema. A completude não é um atributo das normas jurídicas, mas do ordenamento. Em outras palavras, isso significa o ordenamento – sistema uno e coeso de normas – é sempre completo. Não existem lacunas senão as aparentes, que podem ser resolvidas pelos critérios de integração. Esse enfoque é nitidamente acolhido pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, cujo art. 4º instiga o julgador a decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, sempre que a lei for omissa. Perceba que os princípios ocupam um lugar secundário, pois invocados apenas diante de omissões legislativas. Será visto em tópico oportuno que os princípios ganham maior destaque com o pós-positivismo, que consagra a força normativa dos princípios e os alça ao *status* de normas jurídicas. V. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O Positivismo Jurídico Diante da Principiologia. in. *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008, p. 180-195.

<sup>61</sup> *ibidem*, p. 180-182.

Para evitar o indesejado alargamento do objeto de estudo, opta-se por analisar o positivismo jurídico a partir de Hans Kelsen, indubitavelmente um de seus mais conhecidos representantes.

Após a compreensão das linhas mestras do positivismo normativo e da discricionariedade judicial na concepção *kelseniana*, acrescentar-se-ão considerações oriundas do positivismo analítico de Norberto Bobbio para que então se retorne à análise das decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal apontadas no capítulo anterior, tudo com o fito de indagar se a discricionariedade pode justificar a postura até recentemente adotada pela Corte Suprema. Por fim, se investigará quais supostas insuficiências teóricas propiciaram a transição para o período pós-positivista, para concluir se o positivismo é ou não bastante às práticas jurídicas atuais.

Tal recorte epistemológico se faz necessário para que o trabalho se desenvolva sem perder seu foco principal: discorrer sobre o momento do interrogatório do réu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a modificação legislativa promovida pela Lei n. 11.719/08. Não se poderia pretender, nos estreitos limites desta Monografia, adentrar em meandros do pensamento filosófico do Direito, sob pena de desprezar a tamanha profundidade que o tema merece. Esclarece-se, assim, que o positivismo e o pós-positivismo serão encarados como fundamentos teóricos e não como objeto de investigação.

## **2.2. Positivismo jurídico de Kelsen**

Kelsen<sup>62</sup> inaugura a Teoria Pura do Direito afirmando que sua teoria tem pretensões de generalidade, não estando, portanto, limitada a interpretações espaciais ou temporais.

---

<sup>62</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Versão condensada pelo próprio autor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 52-53.

Prossegue explicando que a “pureza” da teoria consiste em expurgar a ciência do Direito de todos os elementos estranhos, já que, segundo o autor, o empréstimo de conhecimento de outras disciplinas acabaria inevitavelmente comprometendo a validade científica do Direito.

Embora não negue a exigência de que o direito deva ser bom, a separação entre Direito e Moral é nítida em várias passagens de sua obra. Considera o autor que o direito não pode ser apresentado como elemento da moral, pois isso levaria a obscuridades no trabalho do intérprete.<sup>63</sup>

O positivismo tem grande preocupação em refutar as teses jusnaturalistas, que atribuem a validade do direito a fundamentos transcendentais. Diante da necessidade histórica de afirmação do Direito como Ciência, no contexto de transição entre os séculos XIX e XX, nada mais natural do que um estudo metódico e com cunhos de objetividade, o que explica a pretensão kelseniana de tentar isolar seu objeto de investigação.

Tal perspectiva de análise do Direito se revolta contra as influências ideológicas, sociais ou políticas por trás das normas jurídicas. Não se refuta por inteiro que as leis sofrem influências no momento que antecede sua elaboração. Todavia, a partir do momento em que são produzidas conforme o procedimento legislativo válido, seu conteúdo deixa de ser um problema do Direito. A Teoria Pura busca, portanto, analisar a estrutura das normas jurídicas, independentemente de sua possível qualificação de acordo com parâmetros de justiça. Na lição de Kelsen:

Essas tendências ideológicas, cujas intenções e efeitos políticos são evidentes, ainda prevalecem na dominação da atual ciência do direito, mesmo na aparente superação da Teoria do Direito Natural.

É contra ela que se insurge a Teoria Pura do Direito, a qual apresenta o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto [...] Porta-se como ciência, sem compromisso com nada, como direito positivo, que procura entender sua existência e, através de uma análise, compreender-lhe a estrutura [...]<sup>64</sup>

Entretanto, antes que apressadamente se conclua que o positivismo normativo é avesso à justiça, deve-se salientar que quando a Teoria Pura exclui fatores extrajurídicos, apenas o

---

<sup>63</sup> ibidem, p. 60.

<sup>64</sup> ibidem, p. 63.

faz com o fito de delimitar seu objeto de investigação. Recorre-se mais uma vez às palavras de Kelsen, para evitar mal entendidos:

A justiça, diferentemente do direito positivo, deve apresentar uma ordem mais alta e permanece em absoluta validade, do mesmo modo que todo empirismo, como a ideia platônica, em oposição à realidade e como a coisa-em-si transcendental, se opõe a fenômenos.<sup>65</sup>

Verifica-se, assim, que o Direito não se sobrepõe à justiça. Apenas se entende que Direito e justiça ocupam campos diversos, não inter-relacionados, e que não interessa ao Direito adentrar no conteúdo das normas elaboradas de acordo com critérios de validade estabelecidos pelo ordenamento.<sup>66</sup> O espaço para debater a justiça existiria no campo axiológico da Filosofia do Direito, mas não no âmbito da Teoria Geral do Direito, que se ocupa de seu aspecto ontológico.

Ainda no pensamento do autor austríaco, enquanto as normas morais compõem um sistema estático<sup>67</sup>, em que estão contidas numa norma geral a partir de uma relação de cunho material, as normas jurídicas formam um sistema dinâmico, no qual a validade da produção normativa depende de um ato institucional volitivo, como acontece no processo legislativo.

Nas suas palavras:

Diferentes [das normas morais] são as normas de direito. Estas não valem por causa do conteúdo. Não existe conduta humana que, como tal, por sua essência, esteja

---

<sup>65</sup> *ibidem*, p. 61.

<sup>66</sup> O problema da Justiça sempre desafiou os teóricos do Direito. Segundo aclara Norberto Bobbio, para as vertentes jusnaturalistas, que acreditam em valores absolutos e supremos, a norma justa é aquela capaz de realizar esses valores autoevidentes. Já para as concepções relativas de justiça, a justiça de uma norma se liga à sua capacidade de realizar os valores que concretamente inspiraram um ordenamento jurídico espacial e temporalmente limitado. Em síntese, conclui o autor que a questão da justiça se verifica a partir do contraste entre o real (o que a norma é) e o ideal (o que a norma deveria ser). Em relação aos jusnaturalistas, Bobbio aponta o equívoco teórico de reduzir a validade à justiça. Assim é que autores como Gustav Radbruch sustentam que a lei que nega conscientemente a vontade da justiça carece de validade. Em Radbruch, a lei injusta não seria lei, mas a corrupção da lei. Em concepção diametralmente oposta, o positivismo de Hans Kelsen traz o enfoque na validade das normas jurídicas, por reputar que as concepções de justiça são subjetivas e, portanto, irracionais. V. BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001. p. 46-59.

<sup>67</sup> Abordando a distinção preconizada por Kelsen entre sistema estático e sistema dinâmico, aponta Norberto Bobbio que o “sistema estático é aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo.” Assim, essas normas estão relacionadas por seu conteúdo, e sempre formarão um sistema, uma vez que todas as leis serão deduzidas de uma primeira. “Sistema dinâmico, por outro lado, é aquele no qual as normas que o compõem derivam uma das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através de seu conteúdo, mas através da autoridade que as colocou.” BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999 (reimp. 2006), p. 71-72.

excluída de tornar-se o conteúdo de uma norma jurídica [...]. Uma norma vale como norma jurídica apenas porque foi estabelecida de modo bem determinado, criada segundo uma regra bem determinada e estabelecida de acordo com um método específico. O direito só vale como direito positivo, ou seja, como direito regulamentado [...]<sup>68</sup>

O que foi dito não significa, todavia, que a Constituição esteja impedida de direcionar aspectos materiais da legislação ordinária. Ao contrário, considerando-se a estrutura escalonada do ordenamento, é frequente que leis de determinado conteúdo sejam proscritas pela Constituição.<sup>69</sup>

Buscando desenhar em detalhes as vigas que estruturam o Direito, o multicitado autor concebeu o ordenamento como sistema de normas organizadas segundo um escalonamento (*Stufenbau*), de maneira que as normas inferiores buscam seu fundamento de validade nas normas superiores, e assim por diante, até se chegar à norma fundamental (*Grundnorm*), tida como fundamento último de validade.<sup>70</sup>

A norma fundamental ocupa papel central na Teoria de Kelsen, pois procura responder por que as normas de um ordenamento devem ser obedecidas.<sup>71</sup> <sup>72</sup>A Teoria Pura do Direito proclama que a norma fundamental é uma situação hipotética, transcendental. Confira-se:

A Teoria Pura do Direito opera com essa norma jurídica fundamental como se fora uma situação hipotética. Sob a suposição de que ela vale, vale também o ordenamento jurídico sob o qual repousa. Confere ao ato do primeiro legislador e, por isso, a todos os demais atos que repousam no ordenamento jurídico, o sentido de “dever ser” [...]. Na norma fundamental, acha-se, em última análise, o significado normativo de todas as situações de fato constituídas pelo ordenamento jurídico [...]<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> KELSEN, op. cit., p. 95-96

<sup>69</sup> ibidem, p. 103.

<sup>70</sup> ibidem, p. 94-112. Trata-se da estruturação piramidal do ordenamento jurídico, que se difundiu pelo universo jurídico como uma das grandes contribuições à Teoria Geral do Direito.

<sup>71</sup> ibidem, p. 96-97. Em exemplo formulado pelo próprio autor, se determinado indivíduo se encontra preso, essa prisão se justifica por uma sentença judicial, que funciona como norma individual para o caso. Se alguém indagar por que tal sentença vale, responde-se que a sentença foi embasada em um dispositivo do Código Penal. Prosseguindo no mesmo raciocínio, o Código Penal vale porque foi elaborado segundo os procedimentos prescritos pela Constituição. E qual seria o fundamento da Constituição? Aqui repousa a importância da norma fundamental.

<sup>72</sup> Percebe-se que a tentativa de conceituar a norma hipotética fundamental se dá por exclusão. Se não fosse sua existência, não haveria nada que respaldasse a obediência a uma nova Constituição, mormente quando houvesse o rompimento com a ordem constitucional anterior. Assim, como bem sintetiza Cintra Amaral, a norma fundamental é uma necessidade teórica. V. AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *O positivismo Jurídico*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 31.

<sup>73</sup> KELSEN, op. cit., p. 97

Assim, a norma hipotética fundamental não decorre de nenhum procedimento jurídico, mas é aceita incondicionalmente pela sociedade. Não é uma norma jurídica ou tampouco uma norma posta, e sim pressuposta, consistente na consciência de que todos devem obediência ao Direito.<sup>74</sup>

Apesar de a existência da norma fundamental buscar o fechamento o sistema jurídico, blindando-o contra influências externas, a construção kelseniana não ficou imune a críticas, mormente em razão do excessivo grau de abstração da norma fundamental, que ironicamente a aproxima de um fundamento transcendental, tal como no jusnaturalismo tão combatido pelo positivismo.

Partindo-se da premissa de que a norma fundamental é apenas pensada ou pressuposta, é inevitável indagar quem a cria e com que autoridade. Antônio Cintra do Amaral bem pontua a essência da problemática ao questionar quem dá respaldo à norma fundamental, já que não é a ciência jurídica, nem Deus, nem a natureza ou a ciência?<sup>75</sup>

Aderindo às lições de Hart, conclui Antônio Amaral que a norma fundamental é uma duplicação desnecessária da Constituição.<sup>76</sup> A seu ver, se a norma fundamental não é uma norma jurídica, e se se resume à afirmação de que “a Constituição deve ser obedecida”, trata-se de uma mera exortação, desprovida de finalidade.

Outra objeção comum à Teoria Pura é a afirmação de que ela pode servir para legitimar qualquer ordem jurídica, por mais iníqua ou perversa que seja. Na verdade, o intuito de Kelsen jamais foi justificar ordenamentos jurídicos descompromissados com valores, mas

---

<sup>74</sup> A definição do conteúdo da norma hipotética fundamental passa pela constatação de que deve haver algum grau de correspondência entre o ordenamento jurídico e a realidade dos fatos, sob pena de o ordenamento se tornar sem sentido. Kelsen não chega a descrever em detalhes como se dá o surgimento da consciência coletiva de que o Direito deve ser obedecido, mas procura aclarar sua argumentação por meio de um exemplo: “[...] Num Estado até então monárquico, um grupo de pessoas tenta, por meio de uma revolta violenta, substituir um governo legítimo, monárquico, por um governo republicano. Se for bem sucedido [...], pressupõe-se uma nova norma fundamental, não mais a dos monarcas, mas a que delega autoridade ao governo revolucionário como sendo a autoridade juridicamente estabelecida. Se a tentativa for malograda [...], o ato executado não será interpretado como a promulgação de uma nova Constituição, mas significará crime de alta traição, não como instituto do direito, mas como infração ao direito.” *ibidem*, p. 98-99.

<sup>75</sup> AMARAL, *op. cit.*, p. 32.

<sup>76</sup> *ibidem*, p. 33.

apenas mostrar que o Direito não é justo porque é Direito, nem deixa de ser Direito quando se revelar injusto. A Teoria Pura, afinal, sempre se propôs a ser um estudo sobre o direito positivo, *i.e.*, aquilo que o Direito é, e não o que deva ser.

Antônio Carlos Cintra do Amaral corrobora que a difundida ligação entre o positivismo e o regime nazista não passa de uma repetida acusação sem fundamentos. Explica que a atitude legalista radical por trás do *slogan Gesetz ist gesetz* (a lei é a lei) impõe a obediência à lei qualquer que seja seu espírito, mas que tal postura só é compartilhada pelos positivistas legalistas, que se inspiraram na escola de direito natural advinda da filosofia de Hegel.<sup>77</sup>

Assim, o regime alemão instaurado no pós Segunda Guerra jamais foi abraçado por Kelsen, que sempre primou pela paz e pelo respeito à pessoa humana. A confiança por ele depositada na convivência harmônica entre os povos chegava a ponto de se conceber um ordenamento jurídico que transcendesse os limites dos Estados.<sup>78</sup>

É pertinente acrescentar que a concepção do autor acerca dos regimes totalitários que assolaram a Europa, mesmo sendo judeu e perseguido por sua condição, foi a mais imparcial e técnica possível: ao invés de apoiar a punição a qualquer custo dos algozes do nazismo, Kelsen, pelo contrário, se insurgiu contra os julgamentos feitos pelo Tribunal de Nuremberg, eis que instituídos *ex post facto* e violadores de garantias fundamentais como a irretroatividade da lei penal incriminadora.<sup>79 80</sup>

---

<sup>77</sup> *ibidem*, p. 36-37.

<sup>78</sup> V. KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Trad. Luís Carlos Borges. p. 530-535.

<sup>79</sup> Essas e outras reflexões encontradas em MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Positivismo Jurídico e Autoritarismo Político: a Falácia da *Reductio ad Hitlerum*. *in. Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008, p. 103-127. Em artigo irretocável, o autor propõe estudo mais profundo sobre o positivismo jurídico, desconstruindo algumas das principais críticas dirigidas à indigitada corrente de pensamento.

<sup>80</sup> Quanto à insurgência contra os julgamentos em Nuremberg, pode-se depreender que Kelsen se manteve fiel à tradição positivista ao não admitir a responsabilidade penal desgarrada da legalidade, ainda que supostamente fundamentada numa construção dos direitos humanos. Ou seja, a ideia de direitos inatos ou naturais jamais foi admitida por Kelsen, que buscou a todo custo isolar o Direito e blindá-lo contra influências metafísicas.

Fixadas as premissas básicas que orientam a Teoria Pura, passa-se a analisar se existe a necessidade teórica de afirmar a coerência do ordenamento jurídico de acordo com as lentes do positivismo.

Quando do conflito entre normas de diferentes graus, pontua Kelsen que a unidade do sistema jurídico escalonado poderia ser comprometida caso se admitisse a convivência de uma norma inferior incompatível com a norma superior, seja por uma questão de forma de produção, seja por uma questão de conteúdo.<sup>81</sup>

Para evitar tal situação, deve existir um órgão encarregado do controle de validade formal e material das normas jurídicas produzidas em determinado sistema. Aqui reside a importância de um tribunal constitucional, pois as normas possuem presunção de validade, e, na concepção de Kelsen, só podem ser consideradas nulas a partir do instante em que assim declaradas por um Tribunal Constitucional, em um processo regulado na Constituição.<sup>82</sup>

Assim, pode-se concluir que o autor já anteviu que a contradição entre duas normas do mesmo sistema é algo indesejável, e que o conflito deve ser solucionado pelo próprio direito.<sup>83</sup> A referida análise se restringiu ao conflito entre duas normas de níveis diferentes, ambas postas pelo Direito. Trata-se, portanto, de um clássico caso de conflito de primeiro grau, que Kelsen resolve em favor da hierarquia.

Será visto em tópico adiante que o problema pode se tornar mais complexo quando os próprios critérios pensados pelo ordenamento se põem em conflito, naquilo que se convencionou denominar conflito de segundo grau. Igualmente grave é a adoção de critérios diferentes diante do mesmo choque, sem qualquer cuidado de examinar se há alguma justificativa plausível para adotar soluções diversas de acordo com o caso concreto.

---

<sup>81</sup> KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 109.

<sup>82</sup> A declaração de inconstitucionalidade, nessa esteira de raciocínio, tem efeitos *ex nunc*, o que foi acolhido pela conhecida Constituição Austríaca de 1920.

<sup>83</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 110-112.

A gravidade em comento se acentua quando as soluções inconciliáveis são emanadas do mesmo Tribunal, em especial pela Corte responsável pela interpretação da Constituição e pela uniformização do Direito, como o que se verificava na postura tradicional do Supremo Tribunal Federal analisada no capítulo precedente.

### 2.3. A discricionariedade judicial no positivismo

Ao tratar da relação entre as normas de diferentes graus, Kelsen<sup>84</sup> ressalta a indeterminação relativa do grau inferior pelo grau superior. Isso significa que a norma superior determina a forma e o conteúdo da norma inferior, mas nunca o faz por completo. Quer haja intenção ou não do órgão que produziu a norma mais alta, há sempre algum espaço de liberdade a ser preenchido nos graus normativos inferiores:

A norma a ser executada, em todos esses casos [de indeterminação relativa], forma apenas uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo ato é conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum sentido possível. Entendendo-se por interpretação a verificação do sentido da norma a ser executada, o resultado desta atividade só pode ser a verificação da moldura, que representa a norma a ser interpretada, e, portanto, o reconhecimento de várias possibilidades que estão dentro dessa moldura [...]<sup>85</sup>

Raciocínio análogo se aplica às interpretações judiciais, das quais resultam normas construídas no caso concreto. Quando houver solução legal para um problema jurídico, a interpretação não pode fugir à moldura, pois precisa ser uma decisão pautada na lei.<sup>86</sup> Até aqui o positivismo navega de maneira tranquila, pois a constatação de que o juiz deve seguir a lei é de obviedade que beira ao senso comum.

---

<sup>84</sup> *ibidem*, p. 113-116

<sup>85</sup> *ibidem*, p. 116.

<sup>86</sup> Vale esclarecer que o conflito entre normas jurídicas positivadas e o conflito de interpretações a partir de uma omissão da lei são problemas distintos. Enquanto o conflito de normas é solucionado pelos clássicos critérios da hierarquia, cronologia e especialidade, a técnica para suprir omissões passa pela aplicação das regras de integração, como o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Continuando em águas positivistas, a tormenta se aproxima diante da ausência de parâmetros traçados pelo legislador, quando entra em cena a discricionariedade judicial, permitindo que o intérprete acolha qualquer dentre as possibilidades imagináveis:

[...] a interpretação de uma lei não é necessária a uma decisão como única e certa, mas leva, possivelmente, a várias decisões – enquanto só se ajustam à norma a ser aplicada – do mesmo valor, mesmo que uma única dentre elas se torne direito positivo numa sentença judicial [...] <sup>87</sup>

Refletindo sobre os métodos de interpretação, o mestre vienense afirma não haver um método que leve à solução correta, pois os vários significados linguísticos levam a muitas interpretações possíveis, todas de acordo com a lei ou o ordenamento. Em suma, não existe uma resposta correta, mas múltiplas respostas possíveis, o que torna ilusória a existência da segurança jurídica. <sup>88</sup>

Sobre a discricionariedade na confecção da decisão judicial, Kelsen considera a sentença como materialização da norma jurídica no caso concreto, a refletir um ato político emanado do magistrado:

[...] Com efeito, Kelsen enxerga a decisão judicial apenas como a continuação do processo de criação jurídica, conferindo-lhe caráter normativo: a norma individual (sentença) vale na medida em que se ajusta a norma superior criadora dos órgãos encarregados de concretizar o ordenamento. A validade da norma individual não depende de sua conformidade com o *conteúdo* de uma norma geral superior (...) Para o modelo kelseniano, portanto, a validade de uma decisão judicial se assenta tão-somente no fato de haver sido proferida por quem detinha competência segundo o ordenamento jurídico. A interpretação estaria, dessa maneira, fora da ciência do Direito pois corresponderia a um ato *político* do juiz, alheio ao campo científico do Direito [...] <sup>89</sup>

A discricionariedade judicial pensada pelo positivismo tem sido alvo de contundentes críticas, pois, quando distorcida, pode proporcionar arbitrariedades na interpretação do Direito. Em termos simples, a discricionariedade permite que o intérprete se porte como legislador, o que traz consequências desastrosas à sistematicidade do ordenamento. Como resume Lênio Streck:

---

<sup>87</sup> *ibidem*, p. 116.

<sup>88</sup> *ibidem*, p. 117-120.

<sup>89</sup> FACCI, Lucio Picanço. *Discricionariedade judicial: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação*. Artigo disponível em <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923686](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923686)> Acesso em 24 Abr. 2015.

Parece não haver mais dúvida – mormente após o debate Dworkin-Hart e de tudo o mais que a tradição jusfilosófica nos tem legado no decorrer do século XX – que o positivismo (nas suas mais variadas acepções) está ligado à discricionariedade interpretativa (cujas consequências são decisionismos e arbitrariedades), além de ser incompatível com a noção de princípio forjada no neoconstitucionalismo. O positivismo, assim, porque não leva em conta o modo prático de ser-no-mundo [...] possibilita múltiplas respostas, exatamente em face da ‘delegação’ que é dada ao juiz para encontrar a resposta nos *hard cases* [...] <sup>90</sup>

Sublinha Streck<sup>91</sup> que a discricionariedade é uma característica do positivismo em geral, exemplificando com o decisionismo kelseniano e com a admissão de Hart à discricionariedade para a solução dos *hard cases*. De qualquer modo, a discricionariedade significa uma carta em branco nas mãos do aplicador do direito, já que nenhum contorno foi traçado pelo legislador.

Apesar da autoridade dos argumentos que se insurgem contra a discricionariedade, é preciso tornar claro que o positivismo não exalta a discricionariedade judicial; somente a descreve como necessária diante de situações do contrário insolúveis.

Em outros termos, verifica-se sem grandes esforços que a discricionariedade não serve para todos os casos. Ao contrário, é recorrente dentre os autores positivistas o cuidado de delimitar o âmbito da discricionariedade judicial, ressaltando seu caráter de excepcionalidade.<sup>92</sup>

Assim, embora a discricionariedade seja um ponto frágil da teoria positivista, deve-se ter o cuidado de evitar formulações generalizadoras ou levianas, como a afirmação de que o positivismo fomenta sempre decisões arbitrárias.

---

<sup>90</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Resposta Hermenêutica à Discricionariedade Positivista em Tempos de Pós-Positivismo. O Positivismo Jurídico Diante da Principiologia. in. *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008, p. 291.

<sup>91</sup> *ibidem*, p. 292.

<sup>92</sup> Como será tratado no tópico seguinte, Norberto Bobbio, por exemplo, diseca o maior número de conflitos passíveis de ocorrência no ordenamento jurídico, buscando esboçar soluções de antemão para evitar o recurso ao subjetivismo do julgador.

#### **2.4. Decisões do STF na AP 528 e no RHC 116.713-MG à luz do positivismo e reflexões de Norberto Bobbio sobre o conflito normativo de segundo grau**

No primeiro capítulo, ficou delimitada a problemática sobre a qual se debruçou Supremo Tribunal Federal na AP 528 e no RHC 116.713-MG: o momento do interrogatório no processo penal após a edição da Lei n. 11.719/08, com enfoque no entendimento tradicional da Corte, antes da sinalização de unificação de entendimentos. Afirmou-se que, a princípio, a divergência de soluções seria aceitável à luz da discricionariedade judicial positivista.

Como se adiantou, a solução à problemática desenhada perpassa pela valoração do resultado do choque entre o princípio cronológico e o princípio da especialidade. Agora, as reflexões se concentram em avaliar se o positivismo é capaz de trazer luzes ao imbróglio, ou se realmente há de prevalecer a discricionariedade judicial em cada caso.

Nesse ponto, valiosas são as lições de Norberto Bobbio<sup>93</sup> em sua Teoria do Ordenamento Jurídico, especialmente as atinentes ao conflito normativo de segundo grau. O autor acolhe em suas reflexões a já abordada distinção kelseniana entre sistema estático e dinâmico para destacar que as relações entre as normas jurídicas são de ordem formal e não material. Sendo dinâmico o sistema jurídico, justifica-se a inquietação de Bobbio:

[...] entendendo-se definição de sistema dinâmico como o sistema no qual o critério do enquadramento das normas é puramente formal, deve-se concluir que num sistema dinâmico duas normas em oposição são perfeitamente legítimas. [...] Mas um ordenamento que admita no seu seio entes em oposição entre si pode ainda chamar-se ‘sistema’?<sup>94</sup>

Dizer que um ordenamento constitui um sistema significa afirmar que ele não comporta a coexistência de normas incompatíveis. Trata-se de preocupação antiga desde os

<sup>93</sup> Norberto Bobbio faz parte da corrente jusfilosófica conhecida como “escola analítica” ou “positivismo analítico”. Após tratar da unidade do ordenamento, garantida pela existência de uma norma fundamental com a qual se relacionam todas as normas do ordenamento, o jurista italiano se propõe a desvendar se o ordenamento jurídico constitui um sistema, ou seja, se as normas que o compõem estão em relação de coerência entre si. V. BOBBIO. *op. cit.*, p. 71-114

<sup>94</sup> *ibidem*, p. 74

intérpretes em Roma, nas construções de Justiniano, o que mostra que os casos de antinomia sempre foram enxergados como nocivos ao Direito<sup>95</sup>.

Em análise clara e cuidadosa, Bobbio se vale do conhecido quadrado lógico para averiguar em que casos se pode verificar a antinomia entre normas. Enumera ainda os pressupostos para o conflito normativo, que deve necessariamente envolver normas pertencentes ao mesmo ordenamento e que tenham o mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material.<sup>96</sup>

Igualmente digna de destaque é a subdivisão das antinomias em aparentes e reais. Para Bobbio, são antinomias solúveis as aparentes, solucionáveis pelos critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade. Já as antinomias ditas reais são marcadas pela ausência de critérios de solução ou pelo conflito entre os critérios existentes.<sup>97</sup>

A insuficiência de critérios pode acontecer quando duas normas são contemporâneas, de mesma hierarquia e ambas gerais, como na hipótese de dois artigos de um mesmo Código. Diante da inaplicabilidade de qualquer dos critérios, a solução previsível no pensamento positivista é dada à liberalidade do intérprete, para que o conflito seja resolvido segundo a oportunidade, de maneira discricionária.<sup>98</sup>

Já no caso de conflito entre os critérios postos – conhecido como antinomia em segundo grau – defende o jurista italiano uma solução particular para cada espécie de confronto<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> *ibidem*, p. 81

<sup>96</sup> A conclusão é que o conflito pode se dar em três hipóteses: a) entre uma norma que ordena fazer algo e outra que proíbe fazê-lo (contrariedade); b) entre uma norma que ordena fazer algo e outra que permite não fazê-lo (contrariedade); c) entre uma norma que proíbe fazer e uma que permite fazer (contraditoriedade). *ibidem*, p. 82-87.

<sup>97</sup> *ibidem*, p. 92.

<sup>98</sup> *ibidem*, p. 97-100.

<sup>99</sup> Como são três os critérios para a solução de antinomias (hierárquico, cronológico e especialidade), também três são os casos de choque entre os critérios: a) conflito entre o critério hierárquico e cronológico; b) conflito entre o critério de especialidade e o cronológico; c) conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade. Na concepção de Bobbio, o critério cronológico é um critério fraco, que sempre cede no conflito com os demais. O conflito mais problemático se dá entre a hierarquia e a especialidade, ambos critérios fortes, caso em que o autor afirma ser impossível dar uma resposta segura. A solução dependeria do intérprete, que poderia aplicar ora um,

Tendo em mente o objeto de análise da AP 528 e do RHC 116.713–MG, interessa de perto conhecer a solução para o embate entre o critério da especialidade e o cronológico, *i.e.*, para os casos em que uma norma anterior e especial é incompatível com outra posterior e geral.

Retornando a Norberto Bobbio, o pensador anuncia que “a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente”, o que faz com que o confronto termine com a vitória da especialidade. Todavia, o próprio autor reconhece que para fazer afirmações mais precisas, seria necessário recorrer a uma ampla casuística, o que faz com que a solução tomada em abstrato não seja dada como absoluta.<sup>100 101</sup>

É importante perceber o enorme esforço teórico despendido para eliminar as antinomias do ordenamento. Ao discorrer sobre a coerência, Bobbio pressupõe que a incompatibilidade entre normas é um mal a ser eliminado, seja pelo legislador (que deve se abster de criar normas conflitantes) seja pelo intérprete (que deve eliminar as antinomias que encontrar), para evitar situações de insegurança e injustiça.

Todavia, ao indagar se a coerência seria um dever jurídico implícito, Bobbio deixa claro que a coerência não é condição de validade, mas condição de justiça do ordenamento, o que significa que um ordenamento incoerente não deixa de ser um ordenamento:

[...] quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (...) e a exigência da justiça [...]<sup>102</sup>

---

ora outro critério, conforme as circunstâncias, em mais uma manifestação de discricionariedade. *ibidem*, p. 105-114.

<sup>100</sup> *ibidem*, p. 108.

<sup>101</sup> A respeito da ponderação entre critérios, pode-se fazer um paralelo com o disposto no art. 489, §2º do Novo Código de Processo Civil brasileiro. O dispositivo impõe um dever qualificado de fundamentação às decisões judiciais, dando concretude ao art. 93, IX da CRFB/88, e exige que em casos em que a solução perpassa pela adoção de princípios, o magistrado não só identifique os princípios em jogo como também explicita os critérios que utilizou ao realizar o juízo de ponderação. V. BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em 25 Mai 2016.

<sup>102</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 113.

Assim, apesar da inegável preocupação com a sistematicidade do ordenamento, a discricionariedade acaba sendo a grande saída do positivismo para os casos sem solução evidente. O maior erro dessa postura não é teórico e sim prático: propicia a acomodação do intérprete, cuja tendência é se ver tentado a decidir como bem entender em um número cada vez maior de casos. Afinal, é mais fácil admitir que qualquer solução é aceitável do que ter o trabalho de buscar a resposta argumentativamente correta a cada caso.

Diante disso, resta avaliar com maior cuidado se o enfoque positivista chancelaria a situação de perplexidade que exsurge da análise conjugada das decisões emanadas pela Corte Maior brasileira na AP 528 e no RHC 116.713-MG.

Em tese, não é estranho ao positivismo que critérios diferentes prevaleçam em julgamento distintos. Repise-se a confissão de Bobbio no sentido da admissão de exceções casuísticas à vitória da especialidade, o que significa que, a depender do caso, é possível a prevalência da norma posterior e geral em detrimento da norma anterior e especial. Assim, a resolução do conflito de segundo grau de maneira abstrata funciona apenas como um parâmetro.

Nesse cenário, seria teoricamente possível a situação tal como desenhada pelo Supremo Tribunal nos anos que imediatamente se seguiram à alteração promovida pela Lei n. 11.719/08.

Recorde-se que a Corte, diante do embate entre o art. 400 do CCP e o rito delineado pela Lei n. 8.038/90, fixou a primazia do critério da cronologia para definir o momento do interrogatório como sendo ao final da instrução criminal. Em outra ocasião, a solução foi orientada pela prevalência do critério da especialidade, fazendo com que na Lei n. 11.343/06 subsista a regra que determina o interrogatório como primeiro ato de instrução. Em síntese, tal panorama causa apenas algum embaraço, mas não é capaz de colocar em cheque a validade do ordenamento.

Até aqui foram abordados alguns balizamentos que podem servir para a solução de conflitos entre normas ou de conflitos entre os critérios tradicionalmente concebidos para por fim aos casos de embate entre normas. Quando a questão é posta de maneira abstrata, a impossibilidade de definição de soluções *a priori* leva à afirmação de não há outra saída senão a discricionariedade.

Por outro lado, a apreciação das multicitadas decisões do Supremo Tribunal Federal exige um exame concreto das normas envolvidas, que será feito com maior profundidade no último capítulo.

O problema é que, mesmo diante de uma análise concreta, o positivismo continua frequentemente dependente da discricionariedade, pois considera que a ausência de parâmetros traçados pelo ordenamento é sinônimo de liberdade ao intérprete. Assim, de maneira semelhante ao que ocorre diante de lacunas legais, a falta regras para desatar conflitos entre critérios redundam em ausência de limitações ao aplicador do direito, o que pode culminar com a coexistência de decisões em desarmonia.

## **2.5. O positivismo serve às nossas práticas jurídicas?**

Restou frisado à exaustão que a discricionariedade positivista é um remédio para casos de solução não autoevidente, o que significa que o positivismo não é favorável a arbitrariedades, nem procura fomentar a multiplicidade de respostas a casos idênticos.

Igualmente se sublinhou o positivismo forneceu grandes contribuições para a construção dos alicerces da teoria geral do Direito, como a estruturação escalonada do ordenamento e o estudo minucioso de suas características – méritos que não podem deixar de ser reconhecidos.

Embora boa parte das lições oriundas do positivismo continue plenamente aplicável aos dias atuais, a história tratou de mostrar que alguns de seus pontos precisavam de uma releitura, principalmente o da separação absoluta entre Direito e Moral, inconcebível em tempos de centralização da dignidade da pessoa humana, como se verá melhor no próximo capítulo.

Também se viu questionada a noção de discricionariedade, que, por mal aplicada, se transmutou em arbitrariedade na aplicação do Direito, chamando a atenção para a necessidade de se buscar respostas corretas.

### 3 - UM TOQUE PÓS-POSITIVISTA

Visto que o positivismo influenciou significativamente a construção de uma Teoria Geral do Direito e que muitas de suas lições continuam atuais, chega a hora de explorar os pontos fracos do referido movimento teórico, que abriram espaço para o que se convencionou denominar pós-positivismo.

#### 3.1. Contextualização histórica do surgimento do pós-positivismo

O pós-segunda Guerra Mundial representou um marco para a afirmação da dignidade humana no plano internacional. Foi nesse contexto que, em 10 de dezembro de 1948, exsurgiu a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH)<sup>103</sup>, proclamada pela Assembleia Geral da então recém-criada Organização das Nações Unidas. A DUDH ficou conhecida por repudiar a barbárie da Guerra e afirmar a proteção universal dos direitos humanos como ideal comum a ser atingido por todos os povos e nações.

Embora tenha sido editada sob a forma de resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – o que faria do documento uma mera carta de intenções – o fato é que a relevância do conteúdo nele esposado fez com que a doutrina reconhecesse sua cogência, sendo esta também a tendência a ser seguida na comunidade internacional. Sobre a temática, André Ramos Carvalho sintetiza que

Em virtude de ser a DUDH uma declaração e não um tratado, há discussões na doutrina e na prática dos Estados sobre sua força vinculante. Em resumo, podemos identificar três vertentes possíveis: (i) aqueles que consideram que a DUDH possui força vinculante por se constituir em interpretação autêntica do termo “direitos humanos”, previsto na Carta das Nações Unidas (tratado, ou seja, tem força vinculante); (ii) há aqueles que sustentam que a DUDH possui força vinculante por

<sup>103</sup> O conteúdo integral da DUDH encontra-se disponível no site <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> acesso em 22 out 2015.

representar o costume internacional sobre a matéria; (iii) há, finalmente, aqueles que defendem que a DUDH representa tão somente a soft law na matéria, que consiste em um conjunto de normas ainda não vinculantes, mas que buscam orientar a ação futura dos Estados para que, então, venha a ter força vinculante. Do nosso ponto de vista, parte da DUDH é entendida como espelho do costume internacional de proteção de direitos humanos, em especial quanto aos direitos à integridade física, igualdade e devido processo legal.<sup>104</sup>

A DUDH inaugurou o sistema global de proteção aos direitos humanos, e foi reforçada pela edição dos dois grandes Pactos de 1966: o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Juntos, esses três instrumentos compõem a *International Bill of Rights*, sendo considerados a base do sistema de proteção aos direitos humanos no âmbito global.

Os sistemas de proteção aos direitos humanos também se concretizam em âmbitos regionais, como é o caso sistema interamericano. Destaca-se como instrumento normativo do referido sistema de proteção a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em San José de Costa Rica em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em de 25 de setembro de 1992.<sup>105</sup>

Os esforços internacionais dedicados a tutelar com primazia a pessoa humana reverberaram também nos ordenamentos internos dos Estados, e a dignidade humana passou a ser a pauta central das Constituições<sup>106 107</sup>, dentre elas a Constituição brasileira de 1988, cujo

<sup>104</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

<sup>105</sup> Desborda os limites desse trabalho o aprofundamento acerca do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Todavia, pela relevância do tema, destaca-se que os principais órgãos responsáveis pelo cumprimento da Convenção Americana e pela fiscalização aos Estados signatários da Convenção são Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de direitos Humanos, a cuja jurisdição o Brasil passou a se submeter a partir de 2002, para os fatos ocorridos desde 1998. Anota André Ramos Carvalho que “Apesar de ter ratificado e incorporado internamente a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, foi somente em 1998 que o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Decreto Legislativo n. 89/98 aprovou tal reconhecimento em 3 de dezembro de 1998. Por meio de nota transmitida ao Secretário-Geral da OEA no dia 10 de dezembro de 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte. Curiosamente, o Poder Executivo editou o Decreto n. 4.463 somente em 8 de novembro de 2002, promulgando o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana no território nacional quase quatro anos após o reconhecimento internacional”. *ibidem*. p. 308.

<sup>106</sup> Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a dignidade humana foi se tornando a pedra fundamental das Constituições de diversos Estados Nacionais, tais como Espanha, Suíça, Itália, Grécia, Portugal, Paraguai, Bolívia, Peru, Venezuela, Cuba e Guatemala, dentre outros, representando uma grande conquista da humanidade. V. PEREIRA, Damião Teixeira. *Dignidade da Pessoa Humana*. Evolução da concepção de dignidade e sua afirmação como Princípio fundamental da constituição federal de 1988. p. 137-140. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012538.pdf>> Acesso em 22 out 2015.

artigo 1º, inciso III, enuncia a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

No campo jurídico, a necessidade de suplantar os horrores gerados pela Guerra e de evitar que tamanhas barbáries se repetissem na história humana levou à fervorosa defesa da reinserção da moralidade no Direito, sendo esta uma das principais bandeiras do pós-positivismo.

Em movimento teórico que ficou conhecido como virada kantiana, em razão da retomada das ideias de Kant<sup>108</sup>, a comunidade jurídica voltou a reconhecer a importância da dignidade humana. Talvez resida aqui a maior importância do surgimento do pós-positivismo como proposta de marco teórico, por representar simbolicamente a superação de um conjunto de afrontas ao maior dos valores da humanidade. Conforme anota José Alexandre Franco:

[...] O movimento filosófico depois da Segunda Grande Guerra inicia uma nova reflexão do direito e da sua função social, voltando à tona a discussão dos princípios e das regras precursoras de uma verdadeira teoria dos direitos fundamentais, que marca a virada kantiana. Volta-se a discutir o direito e a ética, revelando o valor intrínseco da dignidade da pessoa humana preconizada outrora, colocando o homem como fim do direito, não meio. É o pós-positivismo fundamentado na ascensão dos valores, no reconhecimento da normatividade dos princípios e na essencialidade dos direitos fundamentais.

Neste contexto, a teoria de JOHN RAWLS surge na década de setenta, marcando o renascimento da discussão da justiça como valor imprescindível à sociedade contemporânea. Busca nas concepções kantianas a noção da indispensabilidade de

---

<sup>107</sup> Damião Teixeira destaca a contribuição de Kant para a o amadurecimento teórico do conceito de dignidade humana, eis que é partir de Kant que se seculariza a dignidade, afastando os resquícios de sua concepção sacral. Além disso, é com Kant que se passa a evidenciar a dignidade como autonomia ética e como capacidade de se guiar por suas próprias leis. Ainda em Kant, o ser humano existe enquanto ser racional e por isso tem valor em si mesmo. *ibidem*. p. 35-43.

<sup>108</sup> É digno de nota que Kant foi um dos antecessores imediatos do positivismo ao ter anunciado que as leis postas não são fundamentadas pelas leis morais, já que as primeiras têm natureza heterônoma, enquanto as segundas são autônomas. Kelsen se aproveita desse raciocínio e radicaliza a separação entre Direito e Moral. Todavia, é com base em outra ideia de Kant que se buscou combater os excessos do positivismo kelseniano: a dignidade humana enquanto valor supremo. Assim, em razão da dignidade intrínseca ao homem, a separação absoluta entre Direito e Moral se torna insustentável. Ainda sobre Kant, anota Luís Roberto Barroso que “Immanuel Kant (1724-1804) foi um dos mais influentes filósofos do Iluminismo e seu pensamento se irradiou pelos séculos subsequentes, sendo ainda hoje referência central na filosofia moral e jurídica, inclusive e especialmente na temática da dignidade humana. A filosofia kantiana foi integralmente construída sobre as noções de razão e de dever, e sobre a capacidade do indivíduo de dominar suas paixões e de identificar, dentro de si, a conduta correta a ser seguida” BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade Da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. p. 16. Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana\\_no\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf)> acesso em 01 dez 2015.

tratar o homem como fim da justiça, não meio. Resgata o homem como objetivo maior da sociedade, enquanto o centro de toda a racionalidade [...]<sup>109</sup>

Além de apontar para a necessidade de reaproximação entre Direito e Moral, o pós-positivismo também é marcado pela atribuição de grande destaque aos princípios jurídicos. Enquanto o positivismo trazia com proeminência o papel da lei em sentido formal, reservando aos princípios um papel secundário, o pós-positivismo exalta a força dos princípios, atribuindo-lhes o *status* de normas jurídicas.<sup>110 111 112</sup>

Esclareça-se que o conceito de princípio varia conforme a vertente teórica adotada. Em Dworkin<sup>113</sup>, tomando-se o termo em acepção ampla, os princípios indicam todos os padrões que não são as regras. Tomados em sentido estrito, designam um padrão que deve ser observado por exigência da justiça ou da equidade, o que reforça a tendência de reaproximação entre Direito e Moral.

O autor se serve do conceito estrito de princípios para assim distingui-los das políticas, por ele definidos como padrões que têm por objetivo a melhoria em algum aspecto econômico, político ou social. Dworkin esclarece ainda que

<sup>109</sup> FRANCO, José Alexandre. *A Justiça de Rawls e o Pós-positivismo*. p. 2. Disponível em [http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_20001.pdf](http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20001.pdf)> Acesso em 16 Abr. 2016.

<sup>110</sup> PEREIRA. op. cit. p. 89. Em apertada síntese, o autor conclui que “(...) no Jusnaturalismo, predominava uma visão metafísica e abstrata dos princípios, sem qualquer força normativa direta, servindo como parâmetro de valoração ética, que inspirava os postulados de justiça. No Positivismo formalista, os princípios ocupam lugar secundário no ordenamento jurídico, assumindo função supletiva, e aparecendo, tão somente, em casos de eventuais vazios normativos. Finalmente, no Pós-Positivismo, as Constituições acentuam a hegemonia axiológica dos princípios sobre os quais se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, com amplo reconhecimento da doutrina de seu *status* normativo.”

<sup>111</sup> Sobre a diferença entre princípios e postulados, importante é a lição de Humberto Ávila. Para o autor, “Os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. (...) São, por isso, metanormas ou normas de segundo grau. (...) [Os postulados] de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem imediatamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.” ÁVILA, op. cit. p. 177-178. É com base nesse conceito que o autor prefere tratar da proporcionalidade e da razoabilidade como postulados e não princípios.

<sup>112</sup> Também se impõe a distinção entre lei e norma: enquanto a referência à lei se liga ao texto, isto é, a aspectos formais, a norma é extraída do texto por meio de processo de interpretação, tendo, portanto, acepção de conteúdo. Isso significa que do texto podem ser extraídas diversas normas. V. DYRLUND, Poul Erik. Princípio da Eficácia Normativa. in. *Processo Administrativo Tributário*. p. 544-545. Na mesma linha de distinção entre lei e norma, o art. 966, V, do CPC/15 substituiu o art. 485, V, do CPC/73 com louvável aprimoramento de redação, para deixar claro que a ação rescisória pode ter por fundamento a violação a normas jurídicas, sejam regras ou princípios, e não somente ofensas ao texto legal. V. BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em 25 Mai de 2016.

<sup>113</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 36-37.

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão<sup>114</sup>.

Prossegue o autor afirmando que os princípios se distinguem das regras também pela dimensão de peso ou importância e que apenas nos casos de intercruzamento de princípios se observa a força relativa de cada um para a solução do caso. As regras, segundo Dworkin, não têm essa dimensão.<sup>115</sup>

Já na teoria da argumentação de Robert Alexy prefere-se conceituar os princípios como mandados de otimização aplicáveis em vários graus, que se distinguem das regras pelo grau de abstração e pelo modo de aplicação. Os princípios têm dimensão de peso e são maleáveis e passíveis de ponderação quando em rota de colidência com outros princípios.<sup>116</sup>

### **3.2. A crítica decisiva ao positivismo: insuficiência da proposta positivista diante da ausência de normatividade**

Uma das grandes críticas direcionada ao positivismo tem sido a insuficiência da solução dada aos casos difíceis: a discricionariedade judicial. Ronald Dworkin resume com precisão os contornos da teoria dos casos difíceis conforme o positivismo:

---

<sup>114</sup> *ibidem*, p.41.

<sup>115</sup> *ibidem*, p. 42-43.

<sup>116</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 58-59.

Como também esclarece Lênio Streck, “(...) Há uma diferença fundamental e fundante entre a hermenêutica (na concepção aqui trabalhada, que imbrica a hermenêutica filosófica e a teoria dworkiana) e a teoria da argumentação jurídica, mormente a defendida por Alexy. Enquanto esta compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, circunstância que chama à colação a subjetividade do intérprete, aquela parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete; além disso, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica colocam-se como blindagem contra relativismos”. STRECK, LENIO. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 471

[...] Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. [...] Na verdade, ele [juiz] legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*) e os aplica retroativamente ao caso em questão [...].<sup>117</sup>

Embora Dworkin reserve suas considerações mais ácidas a Hart, sua teoria parte da crítica ao positivismo em geral.<sup>118</sup> Contrapondo-se à discricionariedade em sentido forte, insiste que mesmo diante de casos difíceis, o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, em vez de inventar direitos para aplicar retroativamente.

Apesar de contar com a ajuda de Hércules<sup>119</sup> para a árdua tarefa de encontrar os direitos ocultos no ordenamento e de propor a ponderação de princípios como caminho, Dworkin adverte que não existe um processo mecânico e infalível capaz de levar à solução correta. Segundo Tania Schneider Fonseca:

A decisão do juiz em um “caso difícil” deve julgar qual princípio tem mais peso, e essa mensuração não é exata, tendo em vista que o direito não é uma ciência. Poderá haver discordância sobre qual princípio ou qual política é mais importante, pois não existe nenhum procedimento mecânico para mostrar quais são os direitos dos envolvidos. A decisão se dará na melhor justificação moral possível, sendo que para todo “caso difícil” há uma resposta correta. É importante mencionar que a resposta correta para os “casos difíceis” não têm pretensão de ser uma verdade absoluta<sup>120</sup>.

Para Dworkin, a tradicional ideia de subordinação da decisão judicial à legislação se baseia em duas objeções à criação judicial do direito: primeira, a de que a sociedade deve ser governada por representantes eleitos segundo o princípio majoritário; segunda, a de que ninguém pode ser punido por ter violado um dever criado pelo juiz após o fato.<sup>121 122</sup>

<sup>117</sup> DWORKIN, op. cit. p. 127.

<sup>118</sup> *ibidem*. p. 35. Na mesma linha de raciocínio, Streck destaca que “Denominado esse poder de “resolver os casos difíceis” de “poder discricionário” (Hart) ou de “recurso às questões de justiça”, que, ao fim e ao cabo, são questões morais (Alexy), é a esse problema que me refiro quando critico o esquema sujeito-objeto. Entender que a discricionariedade é algo inerente à aplicação do direito é, no fundo, uma aposta no protagonismo judicial. E a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia. Essa, aliás, foi a crítica mais veemente feita por Dworkin a Hart (...)”.STRECK, LENIO. op. cit. p. 472

<sup>119</sup> Hércules representa o modelo ideal de magistrado, capaz de enxergar o ordenamento jurídico com todos os seus princípios e suas regras, e de buscar o direito aplicável em caso de aparente lacuna. Obviamente, a figura de Hércules pressupõe atributos sobre-humanos, que permitam ao magistrado hipotético solucionar os mais difíceis problemas de hermenêutica.

<sup>120</sup> FONSECA, Tania Schneider. O Debate entre Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin. in *Seara Filosófica*. N. 4, Verão, 2011, pp. 45-64. ISSN 2177-8698. p. 61. Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/viewFile/541/577>> Acesso 01 dez 2015.

<sup>121</sup> DWORKIN, op. cit. p. 132-133.

Entretanto, em favor do positivismo, o autor insinua que a segunda objeção não retira a força da referida teoria, pois quando os juízes divergem sobre questões de princípios, não estão divergindo sobre o direito em si e sim sobre a forma de exercer o poder discricionário.<sup>123</sup>

Ao discorrer sobre a organização vertical do Direito, Dworkin destaca que a Constituição norte-americana ocupa seu ápice e que, a seguir, encontram-se as decisões da Suprema Corte e a de outros Tribunais que versarem sobre organização constitucional. Abaixo estariam as leis advindas dos diferentes órgãos legislativos e, por fim, as decisões judiciais sobre o direito costumeiro. O papel de Hércules engloba organizar todas essas informações em diferentes níveis e trabalhar com elas de maneira coerente:

[...] O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro, e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas<sup>124</sup>

Obviamente, as afirmações de Dworkin devem ser sempre compreendidas dentro de seu contexto, ou seja, dentro de uma perspectiva do *Common Law*, devidamente adaptadas ao contexto brasileiro, que apenas engatinha no que diz respeito ao domínio da teoria dos precedentes, embora seja inegável a crescente aproximação entre os sistemas do *Common Law* e *Civil Law*.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> Interessante caso invocado por Dworkin é o caso *Riggs vs. Palmer*. A discussão enfrentada pela Corte de Apelação de Nova York perpassava a questão dos limites da lei em confronto com as exigências da moralidade. No caso concreto, Francis Palmer teria sido assassinado por Elmer, que era um dos contemplados em seu testamento. Elmer foi punido na esfera criminal, mas pleiteava os direitos de propriedade com base no testamento de Palmer, já que nada havia na lei civil que impedisse a sucessão hereditária. Na época, mesmo diante da ausência de lei que regulasse o aspecto sucessório, a Corte construiu um raciocínio baseado na moralidade e na necessidade de manutenção da sistematicidade do ordenamento, com o que concluiu pelo afastamento das disposições testamentárias em favor do autor do crime. O julgado pode ser encontrado em <[http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs\\_palmer.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm)> Acesso em 21 Abr 2016.

<sup>123</sup> DWORKIN, op. cit. p. 108.

<sup>124</sup> *ibidem*. p. 182.

<sup>125</sup> O novo Código de Processo Civil certamente caminha para a valorização dos precedentes. Exemplo disso é o disposto no art. 489, §1º, incisos V e VI, que consideram não fundamentada a decisão judicial “que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; ou a que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em

No que diz respeito ao sopesamento de princípios, Dworkin traça uma complexa construção em que caracteriza os princípios como padrões de orientação tendentes à concretização da justiça e da equidade e atribui ao magistrado a tarefa de argumentação que culminará com a decisão para o caso concreto<sup>126 127</sup>

### 3.3. Dworkin: direito como integridade

Em outra extensa e profunda obra do repertório da Filosofia do Direito, Ronald Dworkin<sup>128</sup> constrói três concepções do Direito antes de optar pela terceira de suas construções: o Direito como integridade.

A primeira das possibilidades delineadas por Dworkin é o direito como convencionalismo, que se liga à ideia de que as regras postas devem ser bem estudadas e aplicadas. Contudo, o direito por convenção nunca é completo, pois é impossível às instituições jurídicas a antevisão de todos os problemas que podem surgir no seio social.

---

julgamento ou a superação do entendimento”. V. BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)> Acesso em 25 Mai de 2016.

Reflexão digna de nota sobre a adoção de um sistema vinculativo de precedentes foi formulada por Lênio Streck, que parte do pressuposto de que a busca pela resposta correta é uma necessidade. Entretanto, segundo o autor, “a resposta correta não significa respostas definitivas ou definitivizadas, como é o caso da institucionalização das súmulas vinculantes. Parece evidente que um sistema jurídico que adote precedentes vinculativos não representa um ‘mal em si’. Afinal, a integridade do direito também se constrói a partir do respeito às decisões judiciais. A integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se, pois, de ‘consistência articulada’”. V. STRECK, op. cit. p. 476.

<sup>126</sup> Nesse caminho, o papel do juiz Hércules é [...] decidir que peso deve atribuir, ao construir um esquema de justificação para um conjunto de precedentes, aos argumentos incorporados às decisões pelos juízes que decidiram tais casos. Ele nem sempre encontrará nessas sentenças alguma proposição suficientemente precisa para ser posteriormente utilizada como uma lei passível de interpretação. DWORKIN, op. cit. p. 184

<sup>127</sup> O CPC de 2015 acolheu expressamente a necessidade de justificação concreta das decisões judiciais que envolvam colisões entre princípios. O art. 489, §2º da Lei 13. 105/15 dispõe que “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. V. BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)> Acesso em 25 Mai de 2016.

<sup>128</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014.

Diante disso, o juiz tem forte discricionariedade diante de casos difíceis, de modo bastante semelhante ao sustentado pelas teorias semântico-positivistas. Tal concepção defende a autoridade das convenções postas, mas, ao se deparar com uma omissão, reconhece que o juiz é livre para criar novo direito e para aplicá-lo retroativamente ao caso.<sup>129</sup>

A segunda concepção de Direito apontada por Dworkin é o pragmatismo, marcado pela postura cética em relação às decisões políticas do passado e pelo pensamento prospectivo, que exige que os juízes decidam pensando nas melhores regras para o futuro, segundo o que acreditam que será o melhor para aquela comunidade dali em diante.<sup>130</sup>

Por fim, o direito como integridade não se prende nem ao passado nem ao futuro e ancora suas bases nas teorias da interpretação. Nas palavras do próprio autor:

[...] O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado como para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento (...). [Considera-se] inútil a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.<sup>131</sup>

A integridade faz do juiz um dos autores do direito, inserindo-o em uma longa cadeia viva de construção do direito, cuja sobrevivência depende justamente de um processo de continuação de interpretações. Trata-se de complexa estrutura da interpretação jurídica, que exige mais uma vez a metafórica invocação de Hércules, juiz imaginário de capacidade e paciência sobre-humanas.<sup>132</sup>

Vale ainda destacar que o direito como integridade se aproxima dos sistemas morais, caracterizados como sistemas estáticos por Hans Kelsen, já que define as proposições

---

<sup>129</sup> *ibidem.* p. 142-147.

<sup>130</sup> *ibidem.* p. 185-199.

<sup>131</sup> *ibidem.* p. 271.

<sup>132</sup> *ibidem.* p. 286-287.

jurídicas como verdadeiras ou falsas conforme derivem ou não dos princípios de justiça e equidade.<sup>133 134</sup>

### 3.4. Onde estará Hércules?

Os últimos dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015 mostraram que o Poder Judiciário iniciou o ano anterior com um estoque de 70,8 milhões de processos e que chegou a quase 28,9 milhões o número de processos ajuizados durante o ano de 2014. Já a Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário, que representa o grau de morosidade da Justiça, foi calculada em 71,4%.<sup>135</sup>

Diante de tal cenário que envolve o Poder Judiciário, notoriamente assoberbado por uma cifra crescente de processos, é legítimo indagar se existe possibilidade prática de exigir a manutenção de um padrão de decisões judiciais profundas e refletidas.

Ao se comparar as ideias centrais apregoadas pelo pós-positivismo com o mundo dos fatos, a constatação óbvia é a de que o pós-positivismo não se presta a descrever a realidade, o que, porém, não significa que se deva rejeitá-lo enquanto teoria. Afinal, a clássica dicotomia entre “ser” e “dever ser” revela que o Direito assume caráter prescritivo e não descritivo da realidade.<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> *ibidem*. p. 272

<sup>134</sup> Aqui cabe adiantar um conceito que será abordado *en passant* no próximo capítulo: o da secularização. Tradicionalmente associada ao Direito Penal, a secularização indica que o Estado deve se abster de impor padrões morais aos indivíduos, especialmente por meio da criminalização, tendo em vista que a *ultima ratio* rege o citado ramo do direito. Cabe, entretanto, uma releitura do conceito à luz dos paradigmas do pós-positivismo. Afinal, pressuposta a ligação entre Direito e Moral, a separação entre as duas esferas torna-se insustentável, o que indica que o Direito pode sim servir à manutenção de padrões mínimos de moralidade compartilhados pela sociedade.

<sup>135</sup> Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2015. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>> Acesso em 22 nov 2015. p. 34; p. 483-484. Os números trazidos pelo CNJ também revelam que a maioria dos processos se concentra na primeira instância. Na Justiça Estadual, por exemplo, nos Tribunais do Rio Grande do Sul e de Goiás, o número de processos/mês por magistrado supera 2.000 processos.

<sup>136</sup> André Travessoni Gomes sintetiza que a dicotomia entre ser e dever é bem tratada a partir do método dualista kantiano. Explica que “se no mundo dos fenômenos tudo é determinismo, no mundo numenal há a

Embora seja desejável que haja harmonia entre fatos e normas, tal correspondência nunca é exata, pois, caso o fosse, isso tornaria sem sentido as normas. Basta pensar numa sociedade hipotética em que nenhum crime jamais tenha sido cometido, o que tornaria eventual Código Penal completamente desnecessário. Claro que aqui se está desprezando a possibilidade de alguém cometer algum crime no futuro, pois, nesse caso, poder-se-ia argumentar que a utilidade da Lei Penal consistiria em pairar sobre o pretense criminoso para inibir as condutas contrárias à ordem jurídica.

Em síntese, as normas não podem ser mera descrição da realidade, pois isso esvaziaria o potencial transformador do direito. Continuando na esfera das hipóteses, certamente uma Constituição que descrevesse a realidade causaria perplexidade. Para não ir muito longe, basta imaginar como ficariam redigidos alguns dos dispositivos da Constituição brasileira de 1988.

O art. 1º poderia ser escrito nos seguintes termos: a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em uma Democracia frágil e insipiente, com a corrupção entranhada na Administração direta e indireta em todos os níveis da federação. O parágrafo único acrescentaria que todo o poder emana daqueles que o exercem diretamente, e que a maior parte do povo permanece alheia à participação na vida política do Estado.

O art. 5º prosseguiria com a afirmação de que alguns são iguais perante a lei e outros não. Apenas aqueles que tiverem condição econômica privilegiada poderão ter o luxo de possuir planos de saúde, casa própria, segurança, e apenas a estes serão assegurados o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

No art. 6º, a Constituição descritiva da realidade diria que são direitos sociais a educação em escolas precárias e prestada por professores mal remunerados; a saúde, em hospitais públicos sem vagas; a alimentação, garantida até o 15º dia do mês, porque depois o

---

transcendência do homem em relação à natureza. [...] a razão prescreve, pois, uma conduta que não é fundada na natureza (ser), mas que é uma conduta possível.” GOMES, Travessoni Alexandre. *O Fundamento de Validade do Direito em Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010. p. 57-58.

salário acabou; a previdência social, que não pagará o necessário sequer para o aposentado garantir sua sobrevivência; tudo isso a ser garantido ou não conforme a boa vontade política dos governantes no poder...

Tal exercício de imaginação poderia prosseguir indefinidamente. O que se quer demonstrar é que a Constituição não precisa corresponder inteiramente à realidade, mas deve sempre servir de diretriz para a construção de um cenário de aproximação entre realidade e norma.

Do mesmo modo, o pós-positivismo é uma teoria que não pode nem poderia pretender ser um espelho da realidade, ou perderia a natureza de teoria. No que tange especificamente à busca pela coerência nas decisões judiciais, os contraexemplos práticos não devem servir de óbice ao caminho a se seguir. Assim, o juiz Hércules é uma meta, um modelo que serve de inspiração para os magistrados de carne e osso, desprovidos dos atributos dos semideuses. Como sintetiza Lênio Streck<sup>137</sup>, o juiz Hércules é uma metáfora, como também o é a resposta correta.

### **3.5. Decisões do STF à luz do pós-positivismo e a necessidade de busca pela resposta correta**

Embora não se negue que a coerência é uma preocupação antiga da Teoria Geral do Direito, é certo que essa preocupação se intensifica com o pós-positivismo, marcado pelo incisivo combate à discricionariedade judicial. Nesse contexto, há um enorme esforço no

---

<sup>137</sup> STRECK, Lênio Luiz. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. in. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, jan./jun. 2010. p. 29-30. Disponível em < <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>> Acesso em 22 nov 2015.

sentido de encontrar a resposta correta para cada caso submetido à apreciação judicial, assim minimizando as mazelas advindas da insegurança jurídica.

Por outro lado, o pós-positivismo não fornece e nem poderia fornecer um caminho preciso que permita, de maneira universal, chegar à resposta correta para qualquer caso. Talvez não seja mesmo possível eliminar a discricionariedade do âmbito judicial, mas certamente é possível e desejável mantê-la sob controle, o que passa pela necessidade de fundamentação das decisões.

A busca pela resposta correta nos casos não solucionáveis pela simples aplicação da lei pressupõe a construção principiológica aplicada ao caso concreto. Embora ostentem algum grau de subjetivismo e tenham sido mal utilizados na prática, não é correto dizer que os princípios podem servir para embasar qualquer decisão, conforme a vontade do aplicador, pois as arbitrariedades podem ser devidamente coibidas pela imposição do dever de argumentação.

No que diz respeito ao problema central deste trabalho – o momento do interrogatório do réu no processo penal conforme a jurisprudência do STF – salientou-se que o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal no que tange aos processos de competência originária dos Tribunais Superiores sempre foi o de que o art. 400 do CPP é aplicável aos processos regidos pela Lei n. 8.038/90, por ser esta a solução que melhor se coaduna com a ampla defesa:

PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal. II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei n. 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>138</sup>

<sup>138</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Órgão Pleno. AP: 528 DF. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/03/2011. Data de Publicação: DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-01 PP-00001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pa>

Por sua vez, quando o assunto era a Lei de Drogas, a Corte tinha entendimento diametralmente oposto. Pautando-se no princípio da especialidade, as decisões do STF afastavam a aplicação do art. 400 do CPP para o procedimento especial previsto na Lei n. 11.343/06, chancelando que o acusado de qualquer dos crimes previstos na Lei de Tóxicos poderia ser interrogado na abertura da audiência de instrução e julgamento, antes da oitiva das testemunhas de acusação e de defesa:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.<sup>139</sup>

Tal situação de discrepância de decisões para casos substancialmente idênticos causava visível incômodo, especialmente em tempos de pós-positivismo, em que o dever de coerência não se limita a uma mera exortação, e sim impõe que todos os esforços sejam enveredados para se chegar à melhor solução. Por isso a recente sinalização de unificação de entendimentos é tão bem vinda.

Do cotejo entre as decisões do STF na AP 528 e no RHC 116.713 se extraia ao menos dois princípios potencialmente vulnerados: a ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/88) e a igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB/88).<sup>140</sup>

A ampla defesa se via fragilizada com a subtração da possibilidade de o réu submetido a alguns ritos especiais ter acesso ao conteúdo probatório produzido na instrução antes de decidir se exerceria ou não o direito à autodefesa no momento do interrogatório.

A igualdade restava claramente aviltada quando se dava tratamento diferente a situações jurídicas idênticas, o que é justamente o que o Supremo Tribunal Federal fazia sem

---

ginador.jsp?docTP=AC&docID=623872> Acesso em 01. set. 2015.

<sup>139</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RHC 116.713-MG. Relator min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 11 Jun. 2013. Disponível em [http://www.stf.jus.br/STF - RHC 116.713-MG portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp](http://www.stf.jus.br/STF-RHC116.713-MGportal/autenticacao/autenticarDocumento.asp) sob o número 4044912. Acesso em 25 Fev. 2015.

<sup>140</sup> *ibidem*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

maiores reflexões em recorrentes ocasiões que antecederam a sinalização pela unificação de entendimentos. Conforme discutido nos capítulos precedentes, não havia lógica que explicasse por que o art. 400 do CPP seria aplicável a um rito especial e não a outros.

Entretanto, uma análise cuidadosa do multicitado HC 127.900-AM revela que nem mesmo a recente mudança de entendimento do Supremo Tribunal resolve por inteiro a violação à isonomia. Isso porque, na ocasião, o STF resolveu dar efeitos prospectivos à decisão que fixou que o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução no âmbito do processo penal militar. Com isso, a Corte optou por validar expressamente todos os interrogatórios feitos de acordo com a sistemática prevista na lei especial até a data do julgamento (10/03/2016), com fundamento na necessidade de manutenção da segurança jurídica.

Não se pode deixar de criticar a timidez do novo entendimento da Corte. A verdade é que a insegurança jurídica não advinha da lei e sim do tratamento esquizofrênico que o STF dava para situações iguais... Com a adoção de efeitos prospectivos à decisão, verifica-se que o injustificado tratamento distinto é preservado em algumas situações simplesmente por conta de um critério temporal.

Ou seja, para os réus já interrogados de acordo com as disposições do CPPM, o interrogatório permanece válido ainda que vulnere os mais caros princípios constitucionais decorrentes do devido processo legal. Já para os réus que por sorte ainda tenham o seus respectivos processos na fase de instrução não encerrada na data do julgamento do STF, o interrogatório em desacordo com o art. 400 do CPP terá que ser refeito diante da situação de nulidade.

Fixado que a resposta para o mesmo problema deve ser uma só, o próximo passo é avaliar qual deve ser essa resposta. Verificar-se-á, portanto, se a unificação no sentido de

aplicabilidade indistinta do art. 400 do CPP aos ritos especiais é de fato a solução mais adequada.

O primeiro detalhe que deve ser considerado nesse raciocínio é que os ritos especiais tendem a ser mais protetivos quando tomados em sua totalidade. Basta pensar na possibilidade de defesa preliminar, apresentada como forma de defesa antes do recebimento da denúncia, e que não tem previsão nos ritos comuns disciplinados no Código de Processo Penal.

Na Lei n. 8.038/90, por exemplo, a defesa preliminar encontra previsão no art. 4º, que menciona a notificação do acusado após o oferecimento da denúncia ou queixa perante o Tribunal e antes, portanto, de seu recebimento. O dispositivo deve ser lido em conjunto com o art. 7º da mesma lei, que trata da posterior citação do acusado, mostrando a notificação para defesa preliminar não se confunde com o ato de citação. Assim, há uma dupla possibilidade de defesa nos momentos iniciais do procedimento:

Art. 4º - Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.<sup>141</sup>

Art. 7º - Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso.<sup>142</sup>

A Lei n. 11.343/06 também tem previsão expressa acerca da possibilidade de defesa anteriormente ao recebimento da denúncia ou queixa, bem como deixa claro que a citação se dará em momento posterior:

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

§ 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

<sup>141</sup> BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de Maio de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

<sup>142</sup> BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de Maio de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

§ 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.<sup>143</sup>

A possibilidade de defesa antes do recebimento da denúncia ou queixa é uma grande vantagem para o réu, pois permite que convença o juízo de que a peça acusatória não deve ser sequer recebida. Assim, evita-se que sejam iniciados processos infundados.

Interessante anotar que o CPPM não possui semelhante previsão. Pela previsão literal do texto legal, o rito a ser seguido na justiça castrense se inicia com o recebimento da denúncia e tem o interrogatório como ato inaugural da instrução, sendo a manifestação da defesa posterior ao interrogatório:

Art. 407. Após o interrogatório e dentro em quarenta e oito horas, o acusado poderá opor as exceções de suspeição do juiz, procurador ou escrivão, de incompetência do juízo, de litispendência ou de coisa julgada, as quais serão processadas de acôrdo com o Título XII, Capítulo I, Seções I a IV do Livro I, no que fôr aplicável.

(...)

Parágrafo único. Quaisquer outras exceções ou alegações serão recebidas como matéria de defesa para apreciação no julgamento.<sup>144</sup>

O Supremo Tribunal Federal não chegou a tecer considerações sobre a ausência de defesa preliminar no rito delineado pelo CPPM, mas essa é uma importante diferença em relação a outros ritos especiais.

Por outro lado, avançando para o momento da colheita do conteúdo probatório no processo, o Código de Processo Penal traz a disposição mais benéfica, pois prevê que o réu seja interrogado ao final da instrução. Como visto no primeiro capítulo, essa solução trazida pela Lei n. 11.719/08 – que deu nova redação ao art. 400 da legislação penal adjetiva –

<sup>143</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

<sup>144</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015

possibilita o melhor delineamento da estratégia defensiva, a ser traçada quando o réu já tem conhecimento de toda a prova colhida.

O que não se compreendia nas decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal era que nas ocasiões em que a Corte aplicava o princípio da especialidade para solucionar a controvérsia, deixava de enfrentar o argumento atinente à vulneração da ampla defesa. Por outro lado, quando decidia pela primazia da ampla defesa, simplesmente se omitia em relação à aplicação do princípio da especialidade.

Tal postura se revelava insustentável desde o início. A solução argumentativamente mais adequada ao caso exige que o aplicador do direito se debruce sobre todos os argumentos que tangenciam as teses opostas em relação à temática em discussão. Em síntese, não pode ser dado ao intérprete escolher quais argumentos enfrentar e em que ocasiões.

Passa-se agora a refletir sobre algumas perguntas que surgiram juntamente com a alteração promovida pela Lei n. 11.719/08. Primeira: o conflito entre o art. 400 do CPP e algumas legislações especiais pode ser solucionado com a incidência do critério da especialidade? Segunda: há alguma inconstitucionalidade nas previsões das leis especiais que mantêm o interrogatório do réu como primeiro ato da instrução? Terceira: manter a defesa preliminar de alguns dos ritos especiais e ao mesmo tempo e aplicar o art. 400 CPP consiste em criação de terceira lei pelo intérprete?

Em relação às duas primeiras indagações, melhor respondidas em conjunto, o art. 400 CPP deve ser compreendido como desdobramento necessário da ampla defesa. Isso significa que o citado dispositivo consagrou tão somente um novo texto, mas não uma nova norma, posto que todo o seu conteúdo é uma consequência natural do princípio da ampla defesa, não sendo mais possível a disposição em sentido diverso pelo legislador ordinário.

Nesse ponto, é cabível esclarecer que a leitura da Constituição pode sofrer mutações que permitam a ampliação de direitos fundamentais. Assim, ainda que antes se entendesse que

o momento do interrogatório não era decisivo para exercício da autodefesa, tal concepção se alterou a partir da edição da Lei n. 11.719/08, quando o legislador optou por alargar o âmbito da ampla defesa, delineando, portanto, os contornos da previsão constitucional.

Desde então, as previsões em contrário advindas de leis procedimentais especiais devem ser tidas como incompatíveis com a Carta Constitucional, por afronta à ampla defesa. Há, assim, verdadeiro diálogo entre o princípio constitucional da ampla defesa e a legislação infraconstitucional que historicamente concretiza os contornos do referido princípio, vedando-se o retrocesso.

Em outras palavras, a partir da Lei n. 11.719/08, o interrogatório do réu ao final da instrução passou a compor de maneira inequívoca o acervo jurídico que deflui da ampla defesa constitucionalmente assegurada. A opção legislativa refletiu um desdobramento da Constituição, razão pela qual a questão deve ser resolvida no plano da hierarquia, por envolver diretamente matéria constitucional, e não da especialidade ou cronologia.<sup>145</sup>

Sobre o conteúdo da ampla defesa, elucida Eugênio Pacelli<sup>146</sup> que a ampla defesa não se confunde com o contraditório, embora sejam princípios relacionados. Enquanto o contraditório impõe o direito de participação, o princípio da ampla defesa avança para a exigência de efetiva participação, sob pena de nulidade. Conclui que a ampla defesa se realiza pela defesa técnica, pela autodefesa, pela defesa efetiva e, ainda, por qualquer meio de prova capaz de demonstrar a inocência do acusado.

A atual redação do art. 400 CPP, repita-se, é uma decorrência lógica da ampla defesa, pois corretamente pressupõe que o réu deve ter acesso às provas antes de ter a oportunidade de se manifestar sobre elas ou de quedar-se em silêncio, e conseqüentemente deve afastar

---

<sup>145</sup> Recorde-se que tal entendimento não foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do HC 127.900-AM, a tônica extraída dos debates entre os Ministros foi a de que o momento para a realização do interrogatório é questão de política legislativa. Como já visto, o Ministro Barroso chegou a argumentar que não há qualquer inconstitucionalidade nas previsões das leis especiais, tampouco nulidade na realização do interrogatório sob a sistemática nelas previstas até a reversão jurisprudencial operada na Corte.

<sup>146</sup> OLIVEIRA, op. cit. p. 45-46.

todas as previsões em contrário. O Código de Processo, nesse aspecto, apenas detalhou a Constituição, harmonizando a lei com a principiologia constitucional.

Em relação à última das indagações, não há que se falar em vedação à criação de uma terceira lei porque os dispositivos a serem combinados não regulam o mesmo instituto jurídico. Somente haveria a criação de uma terceira lei caso se estivesse selecionando trechos de diferentes leis em relação a um só instituto, o que não é o caso. O que se está a sustentar é que a sistemática do interrogatório do CPP deve ser aplicável integralmente a todos os procedimentos especiais, sem prejuízo da manutenção das previsões específicas da legislação extravagante em relação a outros aspectos ou momentos do processo. Nesse ponto se concorda com o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal.

Quando o rito aplicável for o rito comum (ordinário ou sumário), não há dúvidas de que o interrogatório será o último ato da instrução, pois há expressa determinação do art. 400 CPP nesse sentido. Por outro lado, apesar da ausência de previsão no Código, também deve ser admitida a defesa formal antes do recebimento da denúncia como forma atípica do exercício da ampla defesa. Afinal, diante do risco da apresentação em juízo de uma acusação temerária ou infundada, impõe-se a manifestação da defesa para que possa tentar impedir a instauração do processo. Respeita-se com isso a ampla defesa e a exigência de paridade de armas.

Já nos ritos especiais em que exista expressa previsão acerca da defesa preliminar, tal oportunidade de defesa será mandatória. Em suma, além da manutenção da defesa preliminar, deve-se ao mesmo tempo permitir que o réu seja interrogado na forma do CPP, por ser a solução mais adequada ao exercício da ampla defesa. Não há, repita-se, combinação de leis, mas simples primazia do art. 400 CPP em relação a qualquer outra previsão concernente ao momento do interrogatório do réu.

## 4 – REFLEXÕES CRIMINOLÓGICAS

As considerações tecidas nos capítulos pregressos indicaram a insustentabilidade do convívio entre dois precedentes desarmônicos – AP 528 e RHC 116.713-MG –, especialmente por envolverem tema de tamanha sensibilidade ao processo penal, e exaltaram a unificação de entendimentos sinalizada expressamente no HC 127.900-AM.

Neste último capítulo, o enfoque retorna ao antigo entendimento da Corte, já reprovado pelo pós-positivismo, e agora avaliado sob o enfoque da criminologia. O intuito é refletir sobre os motivos implícitos que possivelmente embasaram a postura contraditória do STF por longos anos desde a edição da Lei n. 11.719/08.

### 4.1. Considerações introdutórias e mudança de enfoque

Partindo da alteração legislativa promovida pela Lei n. 11.719/08 ao art. 400 do CPP, os capítulos anteriores se dedicaram a discutir a imposição ou não da nova sistemática da lei penal adjetiva aos interrogatórios submetidos a ritos especiais, tomando-se como ponto de partida a análise crítica de duas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal proferidas antes da mudança de entendimento que concluiu pela aplicabilidade indistinta do art. 400 do CPP às ritualísticas especiais.

Após todo o caminho percorrido, chega a hora de examinar o objeto de investigação a partir de enfoque autônomo: o da criminologia. O objetivo do capítulo atual será perpassar as principais teorias criminológicas para mostrar como a Criminologia é indissociável das outras ciências penais e, a seguir, com respaldo no diálogo interdisciplinar, encontrar as

ferramentas necessárias para uma mais aprimorada reflexão acerca dos multicitados julgamentos do STF.

Esclareça-se, desde logo, que não é possível encontrar uma unidade no pensamento criminológico. Segundo Salo de Carvalho<sup>147</sup>, a criminologia é, na verdade, composta por várias criminologias, no sentido de abarcar diferentes discursos sobre cada um de seus objetos: o crime, o criminoso, a criminalidade e a vítima. Em razão disso, o autor chega a afirmar a fragilidade de discursos criminológicos que se pretendam científicos.

Apesar da pertinência do alerta feito pelo professor da UFRJ, opta-se por traçar um breve esboço acerca do percurso histórico de desenvolvimento da criminologia, sem perder de vista que a fluidez que marca os processos de conhecimento na área humana torna vã quaisquer tentativas de compartimentação estanque do saber.

A sucinta exposição didática acerca das principais vertentes da criminologia se apresentará como introito para o mergulho em reflexões mais aprofundadas. Ao final, espera-se que as considerações de ordem criminológica sirvam como instrumentos suficientes para desconstruir a inadmissível postura que marcou a mais alta Corte do país nos anos que se seguiram à edição da Lei n. 11.719/08.

## **4.2. Origem das Teorias criminológicas e Teoria Clássica**

O estudo da criminologia contemporânea pressupõe a compreensão de uma longa evolução histórica, marcada por disputas de ordem teórica e metodológica. Começando pela origem remota da criminologia clássica, seu marco é comumente atribuído a Cesare

---

<sup>147</sup> CARVALHO. op. cit. p. 40-41.

Beccaria<sup>148</sup> e à obra *Dos Delitos e das Penas*, na qual o autor chamou a atenção para a falta de humanidade presente nas penas corporais<sup>149</sup>. Baseando-se numa perspectiva liberal acerca do Direito Penal e na crença na função preventiva da pena, Beccaria buscou na segurança jurídica a maneira de conter o direito de punir.<sup>150</sup>

Por se pautar na racionalidade humana para a tomada de decisões, a Escola Clássica apostou na função preventiva da pena, de maneira que o castigo cominado ao transgressor da norma subjacente ao tipo penal deveria ter como medida a suficiência para inibir as condutas delituosas naquele meio social.

Isso não significava, todavia, a admissão a penas excessivas ou desumanas. Pelo contrário, a exigência de que a pena não se afastasse de parâmetros de razoabilidade sempre foi uma das marcas do pensamento criminológico clássico. Nesse sentido, explicam os autores Maíllo e Regis Prado que

[...] a teoria criminológica da escola clássica parte da concepção do homem como um ser livre e racional que é capaz de refletir, tomar decisões e atuar em consequência. Em suas decisões, basicamente realiza um cálculo racional das vantagens e inconvenientes que lhe vai proporcionar sua ação, e atua ou não segundo prevaleçam umas ou outras [...].<sup>151</sup>

O modo de pensar da Escola Clássica partia da premissa de que o criminoso poderia ser recuperado a partir de uma dinâmica de aplicação de prêmios e castigos.<sup>152</sup> Como se percebe, o raciocínio é preponderantemente utilitarista, pois enxerga no castigo ao indivíduo punido um mal menor do que o suposto bem que a pena trará à coletividade.

<sup>148</sup> MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 83-85. Em síntese, Beccaria se insurgia contra o sistema jurídico-penal do século VIII, marcado pela falta de humanidade e de racionalidade, eis que consagrava procedimentos judiciais ilógicos, como o sistema de provas; trazia penas desproporcionais e ainda era ineficaz na prevenção ao delito.

<sup>149</sup> Antes da humanização das penas, o processo penal do século XVIII foi marcado por rituais macabros e repletos de simbolismos, que infligiam agudo sofrimento ao condenado e serviam de verdadeiro espetáculo punitivo. Basta lembrar que a tortura foi outrora regulamentada como meio de prova e que processo era sigiloso, com exceção da execução da pena, sempre pública e visível para todos. Os acusados eram obrigados a proclamar suas culpas e a se submeterem a vexames públicos, em rituais que serviam ao reforço do poder. V. FOUCAULT, Michel. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 2-59.

<sup>150</sup> Beccaria defendeu a existência de leis simples, acessíveis ao povo. Também defendeu que as penas só poderiam advir da lei e sustentou o fim das penas cruéis, de morte, e das penas que recaiam sobre a família do condenado. SHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2013. p. 85.

<sup>151</sup> MAÍLLO; PRADO. op. cit. p. 85

<sup>152</sup> SHECARIA. op.cit. p. 85.

As características mais importantes da resposta penal segundo o pensamento criminológico clássico eram a certeza, a rapidez e a severidade na aplicação da sanção penal.<sup>153</sup> A certeza significa que toda infração penal deve ter uma resposta estatal correspondente, pois, caso as condutas delituosas não sejam objeto de apuração e punição, isso serve de incentivo à criminalidade. Já a rapidez denota que o processo de apuração dos crimes deve ocorrer em tempo razoável, de modo a evitar que os efeitos das punições sejam atenuados em razão do decurso de longo tempo. Por fim, a severidade da pena indica que as penas mais gravosas seriam mais eficazes, e que a pena deveria guardar relação de proporcionalidade com o delito que se pune.

Evidentemente, a Escola Clássica trouxe enorme contribuição ao pensamento de seu tempo, por chamar a atenção para a necessidade da humanização das penas. Entretanto, não se pode deixar de notar que nem todas as pessoas reagem igualmente a estímulos e sanções, o que torna impossível a previsão de todas as variáveis que podem influenciar na tomada de decisões por um indivíduo. Em outros termos, não é possível chegar ao patamar ideal de pena por meio de cálculos matemáticos, notadamente se hipotéticos.

Soma-se a isso o fato de o leigo desconhecer a reprimenda correspondente a cada crime, o que leva o operador do direito mais atento a desconfiar do método em análise. Ou seja, não necessariamente é correto pressupor de modo absoluto que a pena tem influência direta na decisão de praticar ou não a conduta definida como criminosa, já que o indivíduo comum não conhece com exatidão as penas cominadas a cada delito.

Outra crítica pertinente à teoria clássica dirige-se à função preventiva geral da pena, cuja legitimidade pode ser questionada em razão de levar à instrumentalização do indivíduo apenado. Dito de outro modo, não se afigura legítimo que o Estado imponha uma pena para que o sujeito apenado sirva de exemplo à sociedade, pois essa situação implica tratar um ser

---

<sup>153</sup> MAÍLLO; PRADO. *op.cit.* p. 88.

humano como instrumento, e não como fim em si, destoando-se da conhecida lógica kantiana.<sup>154</sup>

### 4.3. A criminologia positivista

Mais de um século após a edição da obra de Beccaria, foi com o período do positivismo científico que a criminologia ganhou notoriedade na comunidade acadêmica. No final do século XIX, Cesare Lombroso publica *O Homem Delinquente*, ancorado no determinismo biológico e em influências da Medicina Legal<sup>155</sup>.

O objeto de análise da criminologia lombrosiana foi o criminoso, mais especificamente aquele que habitava os cárceres da Itália no século XIX. Em seus estudos empíricos, Lombroso realizou pesquisas craniométricas e analisou elementos anatômicos, fisiológicos e mentais dos presidiários, com o intuito de encontrar elementos etiológicos que servissem para enquadrá-los como típicos delinquentes natos.

A conclusão de suas pesquisas se resume à teoria do atavismo ou da degenerescência, pela qual o homem nascia ou não delinquente, de acordo com fatores biológicos. Na concepção do autor, isso justificava inclusive medidas preventivas contra os potenciais

---

<sup>154</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67-68. Nas palavras do autor: “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim”.

Resume José Alexandre Franco que “Como muitos outros filósofos, KANT pensava que a moralidade poderia resumir-se num princípio fundamental, a partir do qual se derivariam todos os nossos deveres e obrigações, que chamou imperativo categórico, assim expressado: age apenas segundo aquela máxima que possas ao mesmo tempo desejar que se torne lei universal [...]. Depois complementou que o princípio moral essencial afirmaria: age de tal forma que trates a humanidade, na tua pessoa ou na pessoa de outrem, sempre como um fim e nunca apenas como um meio.” V. FRANCO, José Alexandre. *A Justiça de Rawls e o Pós-Positivismo*. p. 5. Disponível em <[http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_20001.pdf](http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20001.pdf)> Acesso em 17 mai 2016.

<sup>155</sup> SHECARIA. op. cit. p. 87.

criminosos, que poderiam ser reprimidos sem ter cometido qualquer crime, simplesmente com base no argumento de que em algum momento certamente iriam delinquir.<sup>156</sup>

No Brasil, semelhante concepção foi disseminada pelo também médico Nina Rodrigues, o qual, em escritos do final do século XIX e início do século XX, atribuiu expressamente a degenerescência humana à miscigenação. Segundo o autor, os mestiços brasileiros seriam fruto do cruzamento de raças inferiores com raças superiores, o que levava à carência de unidade ontológica. Em conclusão, arrematou que a miscigenação era fator criminógeno e que, portanto, negros e mestiços eram naturalmente propensos a delinquir.

Apoiando-se na suposta desigualdade entre raças, Nina Rodrigues<sup>157</sup> chegou a propor um Código Penal diferenciado para negros e indígenas, os quais, com menor capacidade de discernimento, deveriam ser mais brandamente apenados. Afinal, no raciocínio do autor, os indivíduos inferiores nasciam com propensão ao crime e por isso não poderiam ser punidos da mesma forma que os indivíduos ditos superiores.<sup>158</sup>

É fácil perceber como traço comum entre as teorias criminológicas positivistas a busca por um estereótipo, por um rótulo que servisse genericamente aos desviantes do sistema. Até que o tempo se encarregasse de vencer tais concepções deterministas e falhas em suas premissas, o criminoso nato foi visto como alguém que inevitavelmente desembocaria numa vida de delinquência, e atribuiu-se ao Direito Penal o papel de encontrar os meios para neutralizá-lo.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> *ibidem.* p. 8

<sup>157</sup> SCHWARTZ, Lilia Moritz. Nina Rodrigues: Um Radical do Pessimismo. *in* BOTELHO, André; *idem.* (org.). *Um Enigma Chamado Brasil*. 29 intérpretes e um país. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 92-98.

<sup>158</sup> O que causa espanto nesse discurso é, sem dúvida, a explícita e injustificada inferiorização dos negros enquanto raça, se é que se pode falar em raça. Contudo, se a questão fosse observada sob o prisma social e não biológico, a discussão passaria a ter maior credibilidade. Isso porque, historicamente, a discriminação contra a população negra provocou a marginalização dessas pessoas, as quais, desprovidas de oportunidades, se tornaram mais vulneráveis ao sistema penal. Nesse sentido se pode falar até mesmo na coculpabilidade estatal, o que significa a corresponsabilidade do Estado em razão de sua omissão na garantia de iguais oportunidades sociais a todos os que se encontram sob seu território. A coculpabilidade pela vulnerabilidade, entretanto, diz respeito exclusivamente a fatores sociais e extrínsecos aos indivíduos, sem qualquer conotação de inferiorização pela raça.

<sup>159</sup> CARVALHO. *op. cit.* p. 51.

Era assim que a criminologia vinculada ao Direito Penal dogmático estabelecia critérios de classificação tipológica e traçava os meios para a correção do delinquente.<sup>160</sup> O criminoso era visto como uma patologia social, e o Direito Penal era o remédio para o reestabelecimento do bem-estar geral.

Dentre as principais críticas à criminologia positivista, além do fato de ter adquirido feição institucional, incorporando-se aos discursos estatais, estão a indicação do crime como patologia e a demonização do criminoso<sup>161</sup>, concepções que não se coadunam com propostas do Estado Democrático de Direito.<sup>162</sup>

Apesar de repellido pela academia, ainda é frequente no senso comum o discurso que associa o crime a deturpações morais e de caráter do criminoso, em hialina afronta ao princípio da secularização.<sup>163 164</sup>

Assim, no imaginário popular, o autor de infrações penais continua sendo frequentemente enxergado como um mal a ser combatido. Nas palavras de Salo de Carvalho:

<sup>160</sup> Tal concepção se verificou não apenas na seletividade inicial do sistema penal, como por muito tempo se perpetuou até a fase de cumprimento da pena. Como bem observa Rodrigo Roig, “sustentada pelo discurso etiológico, difundiu-se inicialmente a percepção do preso como objeto (*res*) da execução penal (...). Atrelada à ideia de que a execução possuía natureza meramente administrativa, a reificação do indivíduo retirava deste qualquer perspectiva de fruição de direitos (...)”. V. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66.

<sup>161</sup> CARVALHO. op. cit. p. 42.

<sup>162</sup> Um dos pilares do Estado Democrático de Direito é o respeito a direitos e garantias fundamentais de maneira irrestrita. É nesse sentido que a Constituição assegura a todos os acusados em processo administrativo ou judicial a possibilidade de ampla defesa e contraditório. Pressupõe-se que o acusado, ainda que supostamente violador de alguma norma jurídica, ostenta o mesmo *status dignitatis* que os demais indivíduos.

<sup>163</sup> O princípio da secularização denota que não cabe ao Estado impor padrões de moralidade aos indivíduos. O Estado contemporâneo tem, afinal, natureza laica, e não lhe cabe determinar códigos de moralidade aos seus cidadãos. Tratando especificamente sobre a incidência do princípio da secularização no âmbito da execução penal, V. ROIG. op. cit. p. 32.

<sup>164</sup> Aqui uma observação se faz necessária: o princípio da secularização deve ser entendido no âmbito penal como uma proteção à esfera íntima do indivíduo, o que abarca a liberdade de pensamento e comanda ao legislador que não incrimine opções ideológicas de vida. Todavia, o limite da secularização está no princípio da alteridade, o que significa que é legítima a incriminação de condutas que transbordem a esfera individual e que lesionem bens jurídicos penalmente relevantes. Nesses casos, inevitavelmente o Estado acaba impondo aos indivíduos um padrão de moralidade mínimo e necessário ao convívio social. Há uma intercessão inevitável entre a Moral e o Direito Penal, considerando que o leque de condutas incriminadas é um reflexo da concepção social sobre certo e errado em um dado momento histórico. Para maior rigor terminológico, pode-se falar em contornos éticos do Direito, já que desde Hegel a Moral tem sido associada a concepções individuais e subjetivas de cada um, enquanto a Ética tem sido afirmada com contornos de objetividade. Especificamente sobre tal distinção hegeliana, confira-se NADAI, Carlos da Fonseca. *A Moral e a Ética na Filosofia do Direito de Hegel: sua aplicabilidade nas relações jurídico-sociais contemporâneas*. Rev. Ibirapuera, São Paulo, n. 1, p. 69-72, jan./jun. 2011. Disponível em <[http://www.revistaunib.com.br/vol1/REVISTAUNIBjan\\_jun\\_2011A%20MORALEAETICANAFILOSOFIADODIREITODE.pdf](http://www.revistaunib.com.br/vol1/REVISTAUNIBjan_jun_2011A%20MORALEAETICANAFILOSOFIADODIREITODE.pdf)> Acesso em 25 Mai 2016

[...] fracassada no âmbito acadêmico em decorrência da irreversibilidade do paradigma da reação social e subjugada nas enciclopédias penais à ciência do direito penal, a criminologia positivista apresentava, em meados do século XX, sinais evidentes de agonia. O fenecimento do paradigma etiológico, contudo, era visível apenas no plano das aparências. Embora desclassificado na academia e na atividade laborativa cotidiana, permaneceu vivo e fortalecendo os signos de interpretação do crime e da criminalidade no senso comum, potencializando a violência estatal [...]<sup>165</sup>

Tão logo percebidas as fragilidades das concepções criminológicas positivistas, abriu-se espaço para novas construções doutrinárias, notadamente marcadas pelo cunho reflexivo, que sugerem ao operador do direito o desapego à arraigada postura determinista e criam caminhos para mudanças no plano macrossocial.

#### **4.4. Seletividade do sistema penal e Criminologia Crítica**

Insurgindo-se contra as acepções ontológicas do crime, a criminologia crítica traz à baila a noção de que o crime é um fato político e cultural. Combate-se, assim, qualquer tentativa de encontrar a essência de um crime, e o delito passa a ser visto como o ato assim definido pelo poder estatal.

Enquanto a criminologia positivista se debruçava sobre o criminoso, o foco da criminologia crítica recai sobre o controle social. Verifica-se que os tipos penais podem variar de acordo com a sociedade porque são definidos pela concepção dominante de valores em um dado contexto de tempo e espaço.

Há, portanto, em todo o sistema penal, uma marca de seletividade, que começa quando, no plano legislativo, os detentores do controle social ditam quais condutas serão qualificadas como criminosas.

---

<sup>165</sup> CARVALHO. op. cit., p. 322.

A seletividade no âmbito legislativo é dentre todas a menos escandalosa, porque historicamente o princípio da legalidade significou uma proteção ao indivíduo. Um dos matizes do princípio da legalidade é justamente a imposição de que, para que alguém seja punido por um crime, sua conduta deve estar taxativamente prevista em algum tipo penal incriminador. E, naturalmente, cabe ao legislador o papel de selecionar as condutas que serão alvo da reprimenda estatal.

Ocorre que a seleção dos bens jurídicos objeto da tutela penal também tem um lado perverso: como as regras são ditadas por quem ocupa o poder, não há garantia de que o ordenamento penal refletirá com perfeição a vontade da sociedade.<sup>166</sup> Esse problema se agrava ainda mais quando a seletividade é indevidamente abraçada pelos demais Poderes.

No plano da instância judicial do mundo prático, por exemplo, é comum que a seletividade se intensifique em decisões que elevam a pena com base na gravidade abstrata do delito ou com respaldo na pessoa do delinquente, o que revela no mínimo um vício de fundamentação.<sup>167</sup>

Por fim, passando ao âmbito da execução penal do mundo real, tem-se verdadeiro ápice da seletividade, com a constatação de que o cárcere é de longa data habitado por público de mesmo perfil: indivíduos pobres, negros, de baixa escolaridade, mormente processados por crimes patrimoniais ou envolvimento com o tráfico de drogas.<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> Essa discussão perpassa a questão do déficit de legitimidade do Poder Legislativo, cujos membros, apesar de democraticamente eleitos pelo povo, nem sempre cumprem seus mandatos de acordo com os interesses da sociedade, o que gera uma descrença generalizada nas políticas majoritárias e nos partidos políticos.

<sup>167</sup> Semelhantes decisões judiciais encontram-se na contramão do ideal, pois o Judiciário deveria assumir o papel de compensar os efeitos da seletividade, tanto quando da aplicação da pena quanto na etapa de seu cumprimento, de modo a minimizar a dessocialização advinda dos cárceres. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena*. Limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 21.

<sup>168</sup> De acordo com relatório divulgado pelo Departamento de Execução Penal no final de 2012, mais da metade dos presos (54%) é parda ou negra, tem entre 18 e 29 anos (55%) e pouca escolaridade (5,6% são analfabetos; 13% são apenas alfabetizados; 46% têm apenas o ensino fundamental incompleto e apenas 0,4% têm formação superior completa). Ainda segundo o relatório do Depen, do total, 232 mil presos (42%) são provisórios, ou seja, ainda não foram julgados. Dados disponíveis em < <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/populacao-carceraria-cresce-seis-vezes-em-22-anos/> > Acesso em 01 set. 2015.

Enquanto o discurso do Direito Penal é igualitário e romântico, por se propor a tutelar os bens jurídicos mais caros à sociedade, a prática revela a completa ineficiência do controle punitivo estatal. Dentro da enorme gama de condutas tipificadas como crimes pelo legislador ordinário, poucas chegam ao conhecimento estatal, e menos ainda são aquelas que resultam em persecução penal formal, que dirá as que redundam em efetiva condenação.

Apontando tal fenômeno como uma das feridas narcicísticas do Direito Penal, Salo de Carvalho destaca que:

[...] a tradição do direito penal moderno foi a de conceber as agências que integram o sistema penal como idôneas e capazes de gerir o controle social através da repressão homogênea das condutas humanas criminalizadas. No entanto, os estudos da etnometodologia e do interacionismo simbólico relativos às cifras ocultas da criminalidade revelam que apesar do poder criminalizador das agências penais, não há a mínima correspondência, no plano da eficácia, entre o processo de criminalização primária e o de criminalização secundária.<sup>169</sup>

Sendo a impunidade a regra, a condição de criminalizado passa a depender do grau de vulnerabilidade do indivíduo em relação ao sistema penal, isto é, de sua adequação aos estereótipos que orientam o sistema. O diagnóstico é que há uma distribuição desigual de etiquetas, fenômeno atrelado à cifra oculta da criminalidade.<sup>170</sup> Nesse sentido:

[...] a exposição das cifras ocultas não se limita a revelar que a regra da repressão ao crime é a impunidade (...). A criminologia demonstra que a espécie de delito que mais caracteriza as cifras ocultas é denominado *White collar crimes*, ou seja, os crimes praticados pelas pessoas que não se enquadram no biótipo ideal de *homo criminalis* construído pelas escolas etiológicas.<sup>171</sup>

Boa parte da desconstrução advinda da criminologia crítica pode ser atribuída aos estudos da sociologia norte-americana, que propiciaram o reconhecimento de que as instâncias de controle social agem de forma seletiva.<sup>172</sup>

<sup>169</sup> CARVALHO. op. cit. p. 173.

<sup>170</sup> ibidem. p. 174-175. Tal constatação serve para mostrar o equívoco das teorias positivistas, que procuraram entender o crime a partir do criminoso. Ao se constatar que a população carcerária é composta por indivíduos de classes sociais mais pobres, a criminologia etiológica conclui com evidente deturpação de visão que as classes menos favorecidas são mais propensas a delinquir. A virada proporcionada pela criminologia crítica deixa clara a ausência de correspondência entre aqueles que praticam crimes e aqueles que compõem a população carcerária por terem sido pinçados pelo sistema penal.

<sup>171</sup> ibidem. p. 177.

<sup>172</sup> ibidem. p. 198.

Dentre as contribuições dadas pela sociologia criminológica, destaca-se, em especial, a corrente de pensamento conhecida por *Labelling approach*, responsável por reforçar que o delito não é qualidade ontológica da ação e sim uma reação social, isto é, uma etiqueta dada pela sociedade.

Também denominada “Teoria do etiquetamento”, referida vertente teórica foi desenvolvida na década de 1960 por Howard Becker e Erving Goffman. Para os autores, a criminalidade não está associada à qualidade de determinada conduta, mas decorre de um processo de estigmatização em que se atribui um rótulo ao criminoso.

Conforme destaca Salo de Carvalho, a teoria do etiquetamento promoveu verdadeiro câmbio paradigmático nas ciências criminológicas, e ajudou a aprimorar os estudos da criminologia crítica. Diante do reconhecimento da impossibilidade de um modelo teórico universal, passou-se redefinir as pesquisas criminológicas empíricas no contexto das sociedades modernas complexas.<sup>173</sup>

A constatação da seletividade do sistema penal não é um dado novo. Foucault aponta que, desde o século XVIII, a estruturação do capitalismo pós Revoluções Burguesas levou à política de intolerância em relação aos delitos patrimoniais, violadores do precioso direito à propriedade.

Segundo o autor, com o movimento crescente dos delitos patrimoniais, se comparados aos chamados delitos de sangue, o direito penal precisou se adaptar à nova realidade. Ocorre que essa adaptação do sistema penal nunca logrou suprimir todas as afrontas à lei penal e sim funcionou como pretexto para administrar de forma desigual os delitos. Dito de outro modo, o sistema penal já foi concebido para ser seletivo.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> ibidem. p. 73-75. Exemplifica o autor que a análise dos fatores de risco e do grau de vulnerabilidade ao delito em relação ao autor do delito e à vítima ajudou a redefinir as pesquisas empíricas.

<sup>174</sup> Em conclusão, arremata o autor que “[...] se, aparentemente, a nova legislação criminal se caracteriza por uma suavização das penas, uma codificação mais nítida, uma considerável diminuição do arbitrário, um consenso mais bem estabelecido a respeito do poder de punir (na falta de uma partilha mais real de seu exercício), ela é

#### 4.5. Judiciário como fomentador da coculpabilidade às avessas

Sem que se adentre na extensa conceituação de cada um dos elementos do crime ou na interminável controvérsia sobre a localização da culpabilidade dentro da estrutura do delito, parte-se da concepção tripartite (crime como fato típico, ilícito e culpável) apenas para introduzir o tema da coculpabilidade.

Terceiro e último substrato do conceito analítico de crime, a culpabilidade consiste no juízo de reprovação que recai sobre a conduta previamente valorada como típica e ilícita. Alerta Fernando Galvão<sup>175</sup> que tal reprovabilidade cinge-se ao plano jurídico, não podendo ser confundida com a reprovação moral.

A doutrina defende que a culpabilidade do indivíduo pode ser atenuada por fatores extrínsecos, relativos a seu meio social. Assim, aqueles desprovidos de oportunidades sociais, caso cometam um delito, devem ser mais brandamente censurados. É o que se convencionou chamar de coculpabilidade, no sentido de que o Estado deve reconhecer sua insuficiência na promoção de condições dignas de vida a todos e, por isso, assumir parcela da responsabilidade pela ocorrência de determinados crimes. Confira-se:

[...] a coculpabilidade surge como contraponto à seletividade, à marginalização e à exclusão geradas pelo direito penal. Propõe-se, então, que a culpabilidade do delinquente seja vista a menor, quando forem poucas as oportunidades concedidas a ele pelo Estado no tocante aos direitos sociais (v.g., saúde, educação, direitos trabalhistas, assistência social, etc.). A análise da coculpabilidade implica, portanto, interdisciplinaridade, visto que conecta a Ciência Jurídica Penal aos estudos sociológicos em relação de reciprocidade. Não se defende, porém, uma redução sociológica do Direito Penal, pois há de se preservar a autonomia de ambas as ciências. O que se pretende é uma aproximação do direito com a realidade fática

---

apoiada basicamente por uma profunda alteração na economia tradicional das ilegalidades e uma rigorosa coerção para manter seu novo ajustamento. Um sistema penal deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las a todas [...]. FOUCAULT, Michel. op. cit. p. 79.

<sup>175</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. Parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 409. Não se pretende, aqui, adentrar na extensa conceituação de cada um dos elementos do crime (fato típico, ilícito e culpável), nem na controvérsia sobre a localização da culpabilidade dentro da estrutura do delito, o fugiria por inteiro da proposta do presente trabalho. Parte-se, portanto, da concepção tripartite do delito, apenas para introduzir o tema da coculpabilidade.

mediante uma visão multidisciplinar, conferindo uma maior efetividade aos propósitos do Direito Penal.<sup>176</sup>

Constata-se, entretanto, que várias passagens do ordenamento jurídico brasileiro trafegam na contramão desse raciocínio, ou seja, acabam punindo mais severamente quem já é desprivilegiado ou excluído socialmente, acolhendo-se a ideia de coculpabilidade de forma avessa.

Basta comparar o caso de dois indivíduos que reparam o dano do crime até antes do recebimento da denúncia: o primeiro indivíduo acusado de subtrair uma bicicleta e o segundo denunciado por sonegação de impostos de vultoso montante.

O réu que devolveu a bicicleta à vítima antes do recebimento da denúncia responderá pelo furto, e poderá ser condenado, tendo a seu favor tão somente a causa de diminuição de pena advinda do arrependimento posterior.<sup>177</sup> Já o segundo réu terá sua pena extinta, desde que efetue o pagamento a qualquer tempo no curso do processo, ainda que parceladamente, podendo fazê-lo até o trânsito em julgado e assim evitar a punição.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> TANURE, Lucas Lacerda; FERREIRA, Paulo Henrique. Coculpabilidade às avessas: os dois lados de uma moeda. *Revista do CAAP 121* n. 1, v. XX. Belo Horizonte: 2014. p. 126. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/coculpabilidade-%C3%A0s-avessas-os-dois-lados-de-uma-moeda>>. Acesso em 07 set. 2015.

<sup>177</sup> Art. 16 do Código Penal: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”. V. BRASIL. Código Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 25 Mai 2016

<sup>178</sup> O art. 83 da Lei n. 9.430/1996, na sua atual redação, dispõe que: “A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (...). Por sua vez, o §4º do mesmo dispositivo prevê que “extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.” V. BRASIL. Lei n. 9.430 de 27 de Dezembro de 1996. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9430.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm)> Acesso em 25 Mai 2016.

Já o art. 9º da Lei n.º 10.684/03 dispõe que: “É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento”. V. BRASIL. Lei n. 10.684 de 30 de Maio de 2003. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.684.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm)> Acesso em 25 Mai 2016.

Outro exemplo de coculpabilidade às avessas pode ser encontrado no artigo 44 do Código Penal<sup>179</sup>, que veda a substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, pois esses crimes estão geralmente ligados à pobreza e marginalização. Em resumo:

[...] fixa-se um padrão para os criminosos – a saber, pessoa pobre, sem formação cultural, que vive nos subúrbios das grandes cidades –, de tal sorte que o sistema penal seleciona, marginaliza e exclui os menos favorecidos economicamente por não se encaixarem no “modelo idealizado” pela classe dominante (MOURA, 2006, p. 107). Nesse sistema seletivo, mesmo quando se criminaliza conduta praticada por pessoa em situação economicamente privilegiada, diante do que se noticia corriqueiramente, parece haver tratamento punitivo discrepante: geralmente, prevalecem as penas de natureza pecuniária para os abastados, ao passo que os pobres são submetidos à restrição de liberdade.<sup>180</sup>

O problema é ainda mais grave quando a coculpabilidade às avessas, além de mascaradamente acolhida pelo legislador ordinário, se vê reforçada pelos membros do Judiciário, o que acontece tanto no tratamento privilegiado a determinados réus no curso do processo como também no ato da sentença, quando da aplicação da pena.

Ao discorrer sobre as concepções críticas da pena, Rodrigo Roig<sup>181</sup> aponta pertinentes reflexões advindas da teoria materialista/dialética a pena. Conforme explana o autor, a teoria enxerga clara diferença entre funções reais e ilusórias da ideologia penal, de maneira que o Direito Penal constitui um sistema desigual tanto no momento da definição dos delitos quanto no momento de aplicação das penas.

Segue o autor discorrendo sobre a criminalização primária e secundária, aproveitando-se das palavras de Juarez Cirino:

Em um Direito Penal construído sobre as bases de um sistema econômico capitalista, ao nível da criminalização primária a ideologia da proteção de bens jurídicos oculta a real tutela dos interesses das classes sociais hegemônicas, de um lado criminalizando comportamentos típicos das classes sociais subalternas e, de

<sup>179</sup> BRASIL. Código Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 25 Mai 2016. Art. 44 “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.”

<sup>180</sup> TANURE; FERREIRA. Ibidem. p. 130-131.

<sup>181</sup> ROIG. op. cit. p. 39.

outro, assegurando a não intervenção penal sobre comportamentos socialmente lanosos das classes hegemônicas. Já no momento da criminalização secundária seria decisiva a posição social do acusado, restando penalmente imunes as elites de poder econômico e político, enquanto sobre os marginalizados sociais e o subproletariado recairiam as maiores chances de criminalização.<sup>182</sup>

Apesar de vezes em contrário,<sup>183</sup> o ordenamento jurídico brasileiro acolheu a prevenção e a repressão como funções da pena, conforme indica o art. 59 do Código Penal<sup>184</sup>, ao tratar da tarefa do Estado-juiz de concretizar a pena.

Em relação ao fomento velado à coculpabilidade às avessas nas decisões condenatórias proferidas pelo Judiciário, não há dúvidas de que o critério trifásico de aplicação da pena<sup>185</sup> acaba contribuindo para o fenômeno, pois a margem de discricionariedade na fixação da pena inevitavelmente abre espaço para algum subjetivismo do magistrado.

Entretanto, tal postura pode ser adequadamente combatida por meio do emprego correto do dever de fundamentação das decisões judiciais, tal como insculpindo no art. 93, IX da CRFB/88<sup>186</sup>. Assim, a tarefa de individualização da pena no ato de sentenciar deve necessariamente levar em consideração a vulnerabilidade do sentenciado para que seja possível a aplicação de pena justa.

<sup>182</sup> CIRINO, Juarez dos Santos Tavares apud. ROIG. op. cit. p. 40.

<sup>183</sup> Veja-se, por exemplo, a teoria negativa ou agnóstica da pena, conduzida por Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni, que questiona a própria razão de ser das penas. Em verdade, a teoria agnóstica não enxerga qualquer fundamento jurídico para a aplicação das penas, e apregoa que a única finalidade da pena em seu estágio atual deve ser a de minimizar os danos ao apenado. Há, em síntese, uma total descrença em relação a qualquer finalidade positiva da pena. V. CARVALHO. op. cit. p. 259-268.

<sup>184</sup> BRASIL. Código Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

<sup>185</sup> *ibidem*. Pelo critério trifásico de aplicação da pena, o Código Penal estipula três etapas a serem percorridas pelo magistrado no dispositivo da sentença condenatória, ao tratar da dosimetria da pena. Na primeira etapa, o magistrado identifica a conduta criminosa e analisa as circunstâncias judiciais ligadas ao caso para chegar à pena-base. Em seguida, para fixar a pena intermediária, valora a existência de circunstâncias agravantes e/ou atenuantes. Por fim, verifica a existência de alguma causa de aumento de pena estabelecida pela parte geral ou pela parte especial do próprio Código Penal para estabelecer a pena definitiva do apenado. Tal passo a passo está positivado no artigo 68 do Código Penal, o qual dispõe, *in verbis*: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

<sup>186</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

#### **4.6. Processos penais distintos para réus distintos. Como explicar quase uma década de contradição no STF?**

Vistas perfunctoriamente as principais vertentes do pensamento criminológico e tecidas considerações sobre a coculpabilidade às avessas, retoma-se a análise crítica das conclusões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na AP 528 e no HC 116.713.

Em breve resumo, a Corte Suprema estatuiu que o art. 400 do CPP se aplica aos processos de competência originária dos Tribunais Superiores, regidos pela Lei n. 8.038/90, por ser esta a solução que melhor se coaduna com a ampla defesa. Assim, o réu submetido ao procedimento da Lei n. 8.038/90 terá a oportunidade de participar da colheita da prova oral e só será interrogado ao final da instrução:

PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal. II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei n. 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>187</sup>

Por sua vez, ao analisar idêntica problemática envolvendo a Lei de Drogas, a Corte por muito tempo afastou a aplicabilidade do art. 400 do CPP, pautando-se no princípio da especialidade. Com isso se permitia que o réu enquadrado na Lei 11.343/06 fosse interrogado na abertura da audiência de instrução e julgamento, antes da oitiva das testemunhas de acusação e de defesa. Reveja-se a ementa do acórdão que refletiu a concepção tradicionalmente acolhida pelo Supremo:

---

<sup>187</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Órgão Pleno. AP: 528 DF. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/03/2011. Data de Publicação: DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-01 PP-00001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623872>> Acesso em 01 Set. 2015.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.<sup>188</sup>

Ao se procurar alguma diferença que possa servir para apartar os julgados em substância, chega-se a uma óbvia constatação: o que separava os dois acórdãos era tão somente a pessoa do réu.

Enquanto o acusado submetido à ritualística da Lei n. 8.038/90 é um agente estatal com foro de prerrogativa de função garantido pela Carta Constitucional, o que vem acompanhado de poderio econômico e prestígio social, o freguês costumeiro da Lei de Tóxicos é o pequeno traficante.

É intuitivo que os cárceres são ocupados muito mais por acusados de envolvimento com o tráfico de entorpecentes do que por agentes estatais submetidos ao julgamento originário pelos Tribunais Superiores. Também é de insofismável obviedade que os detentores de foro de prerrogativa de função têm condições de contratar os melhores advogados criminalistas do país, enquanto os acusados de tráfico são em sua maior parte assistidos pelas Defensorias Públicas, que em muitos Estados da Federação não estão sequer estruturadas.<sup>189</sup>

Fica claro que a ampla defesa “no papel” é e sempre foi uma garantia a todos os acusados. Entretanto, verificava-se um verdadeiro abismo entre a Carta Constitucional e a realidade, pois, para alguns acusados, a ampla defesa assumia maior valor do que para outros, sem que isso pudesse ser racionalmente justificável por fator de *discrímen* legítimo.

---

<sup>188</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RHC 116.713-MG. Relator min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 11 Jun. 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4361418>>. Acesso em 25 Fev. 2015.

<sup>189</sup> A dificuldade do réu assistido pelas Defensorias não é a qualidade da defesa técnica, já que as Defensorias contam com profissionais altamente preparados e capacitados. Todavia, a prática mostra alguns percalços que prejudicam a comunicação do defensor com o réu, como a ausência de local reservado destinado à conversa com o assistido, além do enorme volume de trabalho que assoberba as Defensorias, especialmente em matéria criminal.

Pior: a diferença de tratamento dada pelo Judiciário se encontrava na contramão do caminho que promoveria a isonomia, pois justamente os mais vulneráveis foram os preteridos segundo o entendimento que por muitos anos marcou a jurisprudência do STF.

Tal postura incompreensível da Corte Constitucional apenas comprovava uma realidade dura: a de que a seletividade do sistema penal vinha sendo fomentada pelo Judiciário, que é, paradoxalmente, o Poder encarregado de trazer concretude à Constituição, em especial aos direitos fundamentais nela estampados.

#### **4.7. Necessidade de releitura**

Foi visto à exaustão que o sistema penal tende a ser seletivo, isto é, tende a colher indivíduos mais vulneráveis socialmente. Sendo igualmente certo que o Judiciário é o Poder incumbido da guarda da Constituição e da concretização dos direitos e garantias fundamentais, conclui-se que a seletividade do sistema penal deve ser combatida e não fomentada pelo Judiciário.

Pertinente se faz a invocação da igualdade substancial para reforçar tal conclusão. Afinal, aqueles que se encontram em posição de vulnerabilidade ou desvantagem precisam de um tratamento diferenciado. No processo penal, a parte mais vulnerável é, sem dúvidas, o réu, e todo um arcabouço principiológico que deflui do devido processo legal foi construído para que nenhuma condenação fosse imposta sem a mais lúdima observância às garantias constitucionais.

Tal constatação não pode variar conforme varie a pessoa do réu. Com o perdão ao trocadilho e à redundância, o devido processo legal deve ser devido para todos os que a ele se

sujeitam. O sentido da representação da Justiça com os olhos vendados é justamente aplicar a justiça indistintamente, sem possibilidade de privilégios ou distinções.

Retornando à aplicabilidade do art. 400 do CPP aos processos penais submetidos a ritos especiais, a antiga disparidade de tratamento feita Supremo Tribunal Federal entre o rito da Lei n. 11.343/06 e o rito da Lei n. 8.038/90 era injustificável porque simplesmente não havia outra diferença a não ser o réu submetido a esses procedimentos.

Reforce-se que ambos os ritos especiais preveem a manifestação da Defesa antes do recebimento da peça acusatória<sup>190</sup>. Assim, uma solução possível seria concluir que essa peculiaridade os torna mais benéficos em seu conjunto, o que redundaria na aplicação do princípio da especialidade. Por coerência, a invocação da especialidade para afastar o art. 400 CPP deveria ser feita indistintamente para todos os ritos especiais, e não apenas para o rito da Lei n. 11.343/06.

Contudo, o que a Corte fazia até a paradigmática decisão proferida no HC 127.900-AM era invocar a especialidade e afastar o art. 400 do CPP apenas para o rito da Lei de Tóxicos, permitindo, por outro lado, um hibridismo de leis no que diz respeito à Lei n. 8.038/90, essa sim podendo ser combinada com o art. 400 do CPP.

Isso significa que apenas o réu com foro de prerrogativa de função nos Tribunais Superiores teve dupla benesse desde a modificação legislativa ao art. 400 do CPP: não só a chance de apresentar defesa técnica antes do recebimento da denúncia, mas também a de exercer a autodefesa ao término da instrução, tendo prévia ciência das provas contra ele produzidas. Tratava-se de mais um exemplo de como a ideia de coculpabilidade vinha sendo maltratada pelos Tribunais, pois os réus mais vulneráveis tinham possibilidades menos amplas no que concerne à defesa em juízo.

---

<sup>190</sup> V. art. 4º da Lei n. 8.038/90 (“apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias”) e art. 55 da Lei n. 11.343/06 (“oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”).

Diante de tal cenário, a opção pela unificação de entendimento manifestada pelo STF no HC 127.900-AM foi a única alternativa que podia ter sido adotada pela Corte. De certa forma, reaviva-se a esperança depositada pelo pós-positivismo no último dos Poderes.

Reitera-se apenas a crítica à timidez do julgamento no que diz respeito à atribuição de efeitos prospectivos à decisão, já que tal entendimento perpetua a desigualdade de tratamento com base simplesmente em um critério temporal: a existência ou não de instrução encerrada na data do julgamento em plenário do referido *habeas corpus*.

Nitidamente, o Supremo Tribunal Federal adotou uma solução com base em argumento de caráter pragmático: evitar nulidades nos processos em curso ou já encerrados com o fito de preservar a segurança jurídica.

Possivelmente, o mesmo tratamento *pro futuro* será dado aos casos envolvendo a Lei de Drogas, o que significa que todos os interrogatórios realizados sob a sistemática do art. 57 da Lei n. 11.343/06 continuarão válidos até que chegue ao STF um caso sobre o tema e a Corte se manifeste expressamente sobre o correto momento para o interrogatório na lei de Tóxicos.

Não há dúvidas de que o reconhecimento de efeitos *ex tunc* à decisão promoveria, de fato, grande rebuliço, pois permitiria a anulação de condenações já proferidas e com isso faria desaparecer um dos marcos interruptivos da prescrição (artigo 117, IV, do Código Penal).<sup>191</sup> Consequentemente, haveria risco de impunidade para um número grande de casos que se encontrem em tal situação.

No entanto, a reflexão que aqui se propõe é a seguinte: quem deve pagar pelo preço do erro do Supremo Tribunal Federal? Houve, sim, erro da Corte, ao não pacificar a controvérsia assim que ela surgiu. O STF tenta se justificar dizendo que apenas promoveu uma mutação de

---

<sup>191</sup> “Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se (...) IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (...)” V. BRASIL. Código Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 25 Mai 2016.

entendimento pela via interpretativa, e que por isso o novo entendimento só é aplicável a partir de então, em nome da segurança jurídica.

Ocorre que quem causou a insegurança desde o início foi o próprio STF, que deveria ter se posicionado de maneira firme logo após a edição da Lei n. 11.719/08, quando nasceu a controvérsia. Ao contrário, a Corte adotou uma postura contraditória e instável, procrastinando o enfrentamento maduro do tema, fugindo do dever de fundamentação e, conseqüentemente, desrespeitando os próprios jurisdicionados. Tal fato deve necessariamente ser considerado na ponderação a ser efetuada entre segurança e isonomia.

A segurança jurídica, de fato, constituiu uma importante garantia dos jurisdicionados, que não devem ser surpreendidos com alterações bruscas de concepções estatais, seja pela via legislativa, seja pela via jurisdicional. É justamente a segurança jurídica que fundamenta a proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CRFB/88).<sup>192</sup>

Por outro lado, a manutenção da segurança jurídica pela adoção de efeitos *ex nunc* ao julgamento proferido no HC 127.900-AM colide frontalmente com o princípio da isonomia. Isso porque tal solução impede a invocação de nulidade nos processos com a instrução já finda, mas admite a nulidade para os processos com a instrução não encerrada, ainda que as situações fáticas e jurídicas sejam idênticas.

O absurdo da situação fica mais bem demonstrado por meio de exemplos. Suponha que o indivíduo “A” foi flagrado com duas trouxinhas de crack no dia 01.01.2014, tendo sido denunciado pelo crime do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Já o indivíduo “B” também foi flagrado com duas trouxinhas da mesma droga, na data de 01.01.2015, e foi igualmente denunciado pelo art. 33 da Lei n. 11.343/06.<sup>193</sup>

---

<sup>192</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

<sup>193</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

Apesar de o fato praticado por “B” ter sido posterior, imagine que seu processo correu mais rápido, e que no final do ano de 2015 já houvesse sido encerrada a instrução, tendo “B” sido interrogado no início da audiência, conforme a previsão do art. 57 da Lei n. 11.343/06.<sup>194</sup> Já o réu “A” aguardava a instrução processual de seu feito, que foi realizada em abril de 2016, ainda segundo a previsão textual da lei 11.343/06.

Nesse exemplo, o fato praticado pelo réu “A” aconteceu antes do fato praticado pelo réu “B”. Ambos foram julgados no início da instrução, mas apenas “B” foi interrogado antes do julgamento do STF no HC 127.900-AM. Nesse caso, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, apenas o réu “A” pode invocar a nulidade de seu interrogatório. O interrogatório de “B”, assim, foi válido.

Percebe-se que há um tratamento diferenciado para situações muito parecidas, o que é logicamente inexplicável. Não parece aceitável que o Supremo dê causa à instabilidade e depois opte por manter os efeitos advindos de uma bagunça interpretativa que nunca deveria ter existido. Trata-se de situação esdrúxula, que configura basicamente um *venire contra factum proprium* no âmbito do Judiciário.

Se a conclusão é a de que o art. 400 do CPP deve ser aplicável a todos os ritos especiais, essa é então a solução interpretativamente mais adequada de acordo com a Constituição, e não se pode admitir a convalidação de interrogatórios feitos em claro desrespeito à ampla defesa.

Permitir a invalidação de processos findos ou em curso em razão disso é, sem dúvidas, um efeito drástico, mas trata-se de um custo a ser absorvido pela sociedade e pelo próprio Judiciário. O que não parece aceitável é transferir esses custos para os réus interrogados em condições incompatíveis com as garantias constitucionais. Não se pode, em suma, admitir que o devido processo legal seja aplicável a algumas situações e não a outras.

---

<sup>194</sup> *ibidem*.

Se realmente fosse necessário eleger um critério temporal distinto da edição da Constituição de 1988 para fins de aferição de nulidade, dever-se-ia considerar como marco a Lei n. 11.719/08. Até então, era sustentável defender que a ampla defesa estava suficientemente tutelada pelas peculiaridades que tornam os ritos especiais mais benéficos em seu conjunto, e que com isso estaria sendo preservada a Constituição. Todavia, a partir do momento em que o legislador fixou que o interrogatório passa a ser o último ato de instrução, tal direito passa a compor o acervo jurídico que compõe o devido processo legal, qualquer que seja o rito processual a ser seguido.

## CONCLUSÃO

A construção da solução interpretativamente mais adequada ao caso concreto passa pela necessidade de enfrentamento explícito do maior número possível de argumentos favoráveis e contrários a cada tese jurídica em embate.

Embora seja cômodo limitar-se a criticar de forma dura a atuação dos Tribunais, é preciso avançar para propor soluções. Para tanto, deve-se sair do plano teórico e adentrar no campo prático, buscando saber de que forma os juízes e tribunais podem se equipar para manter a estabilidade e a coerência das decisões judiciais.

São conhecidos do ordenamento brasileiro alguns mecanismos de uniformização das decisões, como o recurso especial com fundamento em dissídio jurisprudencial (art. 105, III, 'c' da CRFB/88); os embargos de divergência (art. 546 do CPC/73, com hipóteses de cabimento ampliadas pelo art. 1.043, CPC/15); as súmulas, tanto as persuasivas como as vinculantes; o julgamento de recursos repetitivos (art. 543-B e 543-C do CPC/73); a repercussão geral, dentre vários outros.

A importância da uniformização da jurisprudência ganhou reforços com a entrada em vigor do CPC/15, cujas disposições são aplicáveis subsidiariamente ao processo penal por força da cláusula de abertura prevista no art. 3º do CPP. Impõe-se, assim, um diálogo entre o processo civil e o processo penal, especialmente em relação a institutos basilares e comuns aos dois ramos do direito, por dizerem respeito à teoria geral do processo.

O CPC/15 trouxe, por exemplo, os institutos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência, ambos com a finalidade precípua de reforçar a exigência da uniformização jurisprudencial.

Outro importante destaque do recém-nascido Código de Processo Civil é seu art. 926, que impõe aos Tribunais o dever de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável. Isso

impõe deveres concretos aos Tribunais e erige a estabilidade, a integridade e a coerência das decisões a imposições expressas do sistema.

A integridade diz respeito não somente à inteireza ou à completude, mas à retidão e ao caráter incorruptível dos julgamentos. Pressupõe, assim, a uniformidade na posição jurisprudencial. Por sua vez, a coerência significa que o tribunal deve respeito às decisões anteriores sobre a mesma temática. Ambas só poderão ser alcançadas por meio do enfrentamento exaustivo dos argumentos que giram em torno de determinada tese jurídica, sejam eles contrários ou favoráveis à tese. O que não se admite é que o julgador escolha quais argumentos enfrentar e quando enfrentá-los.

Em momento algum isso impede a evolução do pensamento jurídico, já que a superação de um precedente há de sempre ser possível. A exigência de coerência apenas impõe o diálogo aberto com as decisões pregressas, o que significa que a superação só pode ser expressa, e deve vir acompanhada de suficiente carga argumentativa.

Merece questionamento, assim, a postura de decidir ora num, ora noutro sentido, sem qualquer menção à diversidade de entendimentos. Tal atitude representa um descaso com os destinatários da decisão, que não saberão ao certo se o que houve foi a superação de um precedente ou se a Corte simplesmente não se atentou à existência do posicionamento divergente anterior.

Nos casos exaustivamente debatidos ao longo desta pesquisa, verificou-se que mais importante do que a conclusão sobre a aplicabilidade ou não do art. 400 do CPP aos ritos especiais era a necessidade de um pronunciamento definitivo e completo por parte do Supremo Tribunal Federal.

Percebeu-se ainda que os mecanismos até então existentes para a uniformização da jurisprudência não foram suficientes para evitar uma celeuma jurisprudencial que se arrastou desde a Lei n. 11.719/08.

A questão que agora se traz à baila é saber como o Judiciário deve se portar diante de outros casos emblemáticos que ensejem debates jurídicos complexos nas mais diferentes searas do Direito.

Sugere-se aqui que as Cortes desenvolvam e aprimorem mecanismos internos de controle. Um exemplo simples seria o prévio levantamento de outros casos julgados sobre o mesmo tema naquele Tribunal ou nos Tribunais superiores sempre que se estivesse diante de um caso a ser julgado. Isso pode ser feito perfeitamente pelos julgadores e por suas equipes de assessores e analistas, de ofício ou mediante provocação das partes por mera petição.

Tal providência a ser tomada antes do julgamento obrigaria os julgadores não só a tomarem ciência do entendimento da jurisprudência sobre o tema em pauta, mas principalmente a enfrentá-lo explicitamente nas decisões.

Está-se diante de um novo paradigma, pois a uniformização jurisprudencial passa a ser também um encargo dos membros do Judiciário e não mais recai primordialmente sobre a responsabilidade das partes. Às partes continuam disponíveis os mecanismos tradicionais de controle da função judicante, como os recursos, ao que agora se soma o dever direcionado aos próprios julgadores de manter uma linha coesa de entendimento.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Positivismo Jurídico*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade Da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana\\_no\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf)> acesso em 01 dez 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999 (reimp. 2006).

BOTELHO, André; SCHWARTZ, Lilla Moritz. Org. *Um Enigma Chamado Brasil*. 29 intérpretes e um país. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Direito de Defesa. Deixem o Princípio da Presunção de Inocência em Paz*. Revista Consultor Jurídico. 8 de janeiro de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-08/direito-defesa-deixem-paz-principio-presuncao-inocencia>> Acesso em 20 Fev. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Código Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 04 Mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.038, de 28 de Maio de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm). Acesso em 04 Mar. 2015>.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.719, de 20 de Junho de 2008. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm)> Acesso em 04 Mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em 16 Abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 4.207, de 2001. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26557>> Acesso em 24 Mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Mensagem n. 213/01 ao Projeto de Lei n. 4.207, de 2001. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra%3bjsessionid=7B1FB1E5E2A567B7BD99A9C80A50D2C0.proposicoesWeb2?codteor=19605&filename=Tramitacao-PL+4207/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra%3bjsessionid=7B1FB1E5E2A567B7BD99A9C80A50D2C0.proposicoesWeb2?codteor=19605&filename=Tramitacao-PL+4207/2001)> Acesso em 24 Mar. 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Questão de Ordem na Ação Penal 470. Órgão Pleno. Relator Min. Joaquim Barbosa. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ap+470+%29%29+E+S%2EFLGA%2E&pagina=2&base=baseQuestoes&url=/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 22 Fev. 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO PENAL 528. Órgão Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=528&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 24 Fev. 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 116.713-MG. Segunda Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/STF-RHC116.713-MG.portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o número 4044912> Acesso em 25 Fev. 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 116.84.078-MG. Órgão Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em 12 Mar. 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 122.673-PA. Segunda Turma. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25112694/habeas-corporus-hc-122673-pa-stf>> Acesso em 12 Mar. 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 84.078-MG. Plenário. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em 06 Abr. 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 84.404-9. Primeira Turma. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382865>> Acesso em 16 Abr. 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 125.555-PR. Segunda Turma. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8222836>> Acesso em 16 Abr. 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 127.900-AM. Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=127900&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 16 Abr. 2016.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL. Relator Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Apelação Crime Nº 70060172020. Julgado em 21/08/2014. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/140019110/apelacao-crime-acr-70060172020-rs/inteiro-teor-140019113>> Acesso em 06 Abr. 2015.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Processo Civil*. v. 1. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. *Anti Manual de Criminologia*. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Informativo Esquematizado 816. Disponível em <[http://www.dizerodireito.com.br/2016/03/informativo-esquematizado-816-stf\\_18.html](http://www.dizerodireito.com.br/2016/03/informativo-esquematizado-816-stf_18.html)> Acesso em 25 Mai 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2015* (ano base 2014). Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>> Acesso em 22 nov. 2015

DIMOULIS, Dimitri (coord.); DUARTE, Ecio Oto (coord.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014.

\_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010

DYRLUND, Poul Erik. Princípio da Eticidade Normativa. in. *Processo Administrativo Tributário*. Estudos em homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho, Coordenador Sergio André Rocha. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

FACCI, Lucio Picanço. *Discrecionariade judicial*: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação. Disponível em <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923686](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923686)> Acesso em 24 Abr. 2015.

FONSECA, Tania Schneider. *O Debate entre Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin*. in Seara Filosófica. N. 4, Verão, 2011, pp. 45-64. ISSN 2177-8698. Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/viewFile/541/577>> Acesso 01 dez 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Trad. Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRANCO, José Alexandre. *A Justiça de Rawls e o Pós-positivismo*. Disponível em [http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_20001.pdf](http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20001.pdf)> Acesso em 16 Abr. 2016.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Travessoni Alexandre. *O Fundamento de Validade do Direito em Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

GRECO, Luis. As Regras por trás da Exceção – Reflexões Sobre A Tortura Nos Chamados “Casos De Bomba-Relógio”. in *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 23, Temática n. 7, p. 229-264, 2009-2.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. 70. ed. Lisboa: 2007

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Versão condensada pelo próprio autor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_, *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LOPES JÚNIOR, AURY. *Instrumentalidade garantista do Processo Penal*. Jus Podvim. Disponível em <[http://www.juspodvim.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D\\_022.pdf](http://www.juspodvim.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf)> Acesso em 12 Mar. 2015.

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

NADAIS, Carlos da Fonseca. *A Moral e a Ética na Filosofia do Direito de Hegel*: sua aplicabilidade nas relações jurídico-sociais contemporâneas. Rev. Ibirapuera, São Paulo, n. 1, p. 69-72, jan./jun. 2011. Disponível em <<http://www.revistaunib.com.br/vol1/REVISTAUNI>>

Bjan\_jun\_2011A%20MORALEAETICANAFILOSOFIADODIREITODE.pdf> Acesso em 25 Mai 2016

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Damião Teixeira. *Dignidade da Pessoa Humana*. Evolução da concepção de dignidade e sua afirmação como Princípio fundamental da constituição federal de 1988. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012538.pdf>> Acesso em 22 out. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena*. Limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. in. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, jan./jun. 2010.

TANURE, LUCAS LACERDA; FERREIRA, PAULO HENRIQUE. Culpabilidade às avessas: os dois lados de uma moeda. *Revista do CAAP* 121 n. 1 | v. XX | p. 121 a p. 138. Belo Horizonte: 2014. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/culpabilidade-%C3%A0s-avessas-os-dois-lados-de-uma-moeda>. Acesso em 07 set. 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: Jus Podvim, 2013.