



## Condicionamento à expedição de cartas rogatórias é inconstitucional

Como se sabe, o art. 222-A do Código de Processo Penal foi acrescentado pela Lei 11.900/09, cujo caput tem a seguinte redação: “As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.”

Quanto à primeira parte do dispositivo, a princípio nada a opor, mesmo porque procura evitar procrastinações indevidas; evidentemente que não estamos defendendo, por óbvio, que passe a ser praxe no processo penal brasileiro o indeferimento de cartas rogatórias, sem a devida fundamentação.

Porém, no que diz respeito ao pagamento dos custos do envio, especialmente quando requerida a expedição da carta rogatória pela parte acusada, entendemos que se trata de exigência flagrantemente inconstitucional, por contrariar o disposto no art. 5º., LIV e LV da Constituição Federal, que garantem a todos os acusados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório; ademais, fere-se o art. 8º., 2, alíneas “c” e “f” do Pacto de São José da Costa Rica.

Nada obstante, na sessão do último dia 10 de junho, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a alegação de inconstitucionalidade do artigo 222-A do Código de Processo Penal, levantada por réus que figuram na Ação Penal Originária nº. 470 e, ao deferir a oitiva, por carta rogatória, de testemunhas arroladas por alguns deles no processo, impôs-lhes o ônus pelo pagamento das custas pela prestação desse serviço jurisdicional. A decisão foi tomada no julgamento de questão de ordem levantada por diversos réus no processo, que reclamavam o custeio, pelo Poder Público, das custas advindas da remessa de cartas rogatórias para ouvir testemunhas no estrangeiro, sobretudo dos gastos de tradução do processo. A maioria dos membros da Corte Suprema ratificou decisão do relator do processo, ministro Joaquim Barbosa, que rejeitou a maioria dos pedidos de oitiva de testemunhas no exterior, por considerar que eles não satisfaziam aos requisitos do artigo 222-A do CPP, já que não provaram a imprescindibilidade dos depoimentos dessas testemunhas, seu conhecimento sobre os fatos em julgamento e a pertinência deles com a causa. Barbosa considerou, também, que se tratava de manobra procrastinatória, ou seja, que elas tinham por objetivo retardar o julgamento.



Por sugestão do ministro Celso de Mello, a corte decidiu dar prazo de 180 dias para cumprimento das cartas rogatórias que vierem a ser expedidas. A maioria endossou a decisão do ministro Joaquim Barbosa de expedir carta rogatória para oitiva de apenas três testemunhas residentes em Portugal. O ministro relatou que diversos réus desistiram da oitiva de testemunhas no exterior, quando confrontados com a obrigatoriedade de pagar custas. Isso o levou a concluir que, na verdade, tais pedidos não eram imprescindíveis e tinham apenas finalidade procrastinatória. Na votação, ficaram vencidos os ministros Celso de Mello, Eros Grau e Cezar Peluso, que queriam abrir a possibilidade de oitiva de maior número de testemunhas, dentro do número máximo permitido em lei e no prazo estabelecido para cumprimento das diligências. O ministro Celso de Mello lembrou que o STF tem decidido no sentido de dar aos réus todas as possibilidades de apresentação de provas permitidas em lei. Prevaleceu, entretanto, a decisão de atribuir ao relator do processo do “mensalão” a responsabilidade pela seleção daqueles pedidos que preencherem os requisitos do artigo 222-A do CPP. E, como a maioria entendeu que o relator já havia feito um julgamento seletivo dos pedidos, ratificou a decisão dele. Fonte: STF.

Data maxima venia, entendemos que se equivocaram os ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram pela validade material do art. 222-A do Código de Processo Penal.

Ora, o devido processo legal vem consagrado pela Constituição Federal, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ao garantir a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; todos estes direitos e garantias<sup>[1]</sup> estão estabelecidos taxativamente no texto constitucional.

Aliás, a “doutrina é unânime em atribuir a origem da cláusula do devido processo legal ao art. 39 da Magna Carta, outorgada, em 1215, por João Sem-Terra a seus barões, na Inglaterra, identificando-a como a “law of the land”. A expressão “due processes of law” foi usada pela primeira vez por Eduardo III, em 1354, também na Inglaterra. Embora tivesse, originariamente, somente um sentido de luta de um grupo social, os barões, contra o poder do monarca, o alcance do devido processo foi sendo ampliado com o passar do tempo. Trazida para as colônias da América do Norte, embora não referida na Constituição dos Estados Unidos, foi consagrada nas Emendas V e XIV. Nesse país, o devido processo evoluiu de um caráter meramente formal para um substancial, ensejando o controle de constitucionalidade de leis, sempre que estas não respeitassem o substantive due process. Além disso, de uma concepção jusnaturalista, que entendia a garantia como um princípio universal, passou-se a uma compreensão do devido processo como um princípio histórico, consoante os valores sociais vigentes num determinado tempo e lugar.”<sup>[2]</sup>

Como ensina Alberto Binder, “ninguém pode ficar indiferente em face da efetiva vigência destes direitos e garantias. Eles são o primeiro – e principal – escudo protetor da pessoa humana e o respeito a estas salvaguardas é o que diferencia o Direito – como direito protetor dos homens livres – das ordens próprias dos governos despóticos, por mais que estas sejam redigidas na linguagem das leis.”<sup>[3]</sup>

Além do texto constitucional e do Código de Processo Penal, devemos nos referir aos pactos internacionais subscritos e adotados pelo nosso Direito Positivo. Assim, o Pacto Internacional sobre



Direitos Civis e Políticos firmado em Nova York, em 19 de dezembro de 1966 e promulgado pelo governo brasileiro através do Decreto n.º. 592/92, estabelece em suas cláusulas alguns preceitos garantidores e reveladores de um devido processo legal, assim como citado o Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgado entre nós pelo Decreto n.º. 678/92 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

A propósito, Fábio Comparato ensina que “a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de expressarem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. (...) Seja como for, vai-se afirmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflitos entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico”[4]: é o chamado princípio da prevalência da norma mais favorável.[5]

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, “(...) o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (“rechtliches Gehör”) e fere o princípio da dignidade humana [“Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.”] (MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, II 18).“ (HC 85294).

Não há devido processo legal sem o contraditório, mesmo porque, “para que haya un proceso penal propio de un Estado de Derecho es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se considere en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión”. [6] A exigência do contraditório representa a plena igualdade de oportunidades processuais. A respeito, Willis Santiago Guerra Filho afirma:

*Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou **Anspruch auf rechliches Gehör**, como fazem os alemães. (grifos no original).[7]*

Segundo Étienne Vergès, a Corte Européia dos Direitos do Homem (CEDH) “en donne une définition synthétique en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties à un procès penal ou



civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision et de la discuter` (CEDH, 20 févr. 1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, som. com. P. 208).”[8]

Portanto, dever-se-ia interpretar este artigo conforme a Constituição, procurando adequar o texto legal com o Texto Maior, evitando negar vigência ao dispositivo, mas admitindo-o válido a partir de uma interpretação garantidora e em consonância com a Constituição. Relembremos que “não se pode interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (gesetzeskonformen Verfassunsinterpretation). O contrário é que se faz.”[9]

Neste sentido, a exigência do pagamento de custas para o envio da carta rogatória deveria ser exigida apenas para o Estado (Ministério Público) e para o querelante que pudesse arcar com as despesas do processo (arts. 32 e 806, **caput** do Código de Processo Penal).

O problema, como afirma Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do **Codice Rocco** de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da **persecutio criminis**, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. (...) Lá, como é do conhecimento geral, ninguém duvida que o advogado de Mussolini, Vincenzo Manzini, **camicia nera** desde sempre, foi quem escreveu o projeto do **Codice** com a cara do regime (...)”[10]

Afinal de contas, como já escreveu Cappelletti, “a conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todas.”[11] Devemos interpretar as leis ordinárias em conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! Como magistralmente escreveu Frederico Marques, a Constituição Federal “não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico. A conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos.”[12]

James Goldshmidt[13] já afirmava no clássico *Problemas Jurídicos e Políticos del Proceso Penal* que a estrutura do processo penal de um país indica a força de seus elementos autoritários e liberais.[14]

Só poderíamos interpretar este artigo literalmente se este método interpretativo fosse possível à luz da Constituição. Por outro lado, não entendemos ser o caso de, simplesmente, reconhecer inválida a norma insculpida naquele artigo de lei. A nós nos parece ser possível interpretá-la em conformidade com o texto constitucional, sem que se o declare inválido e sem “ultrapassar os limites que resultam do sentido literal e do contexto significativo da lei.”[15]

Se verdade é que “por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara”, também é certo que “uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma acção que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste



---

modo, das idéias dos seus autores”: teoria objetivista ou teoria da interpretação imanente à lei.[\[16\]](#)

A interpretação literal efetivamente deve ser o início do trabalho, mas não o completa satisfatoriamente. [\[17\]](#) Como nos ensina o Professor Miguel Reale, “a norma é sempre momento de uma realidade histórico-cultural, e não simples proposição afirmando ou negando algo de algo. (...) Se a regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas, é essa complexa condicionalidade que nos explica por que uma mesma norma de direito, sem que tenha sofrido qualquer alteração, nem mesmo uma vírgula, adquire significados diversos com o volver dos anos, por obra da doutrina e da jurisprudência. É que seu sentido autêntico é dado pela estimativa dos fatos, nas circunstâncias em que o intérprete se encontra. (...) Dizemos, assim, que uma regra ou uma norma, no seu sentido autêntico, é a sua interpretação nas circunstâncias históricas e sociais em que se encontra no momento o intérprete. Isto não quer dizer que sejamos partidários do Direito Livre. (...) Assim, o Juiz “não pode deixar de valorar o conteúdo das regras segundo tábua de estimativas em vigor no seu tempo. (...) E, concluindo, arremata o nosso filósofo: “o reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica.”[\[18\]](#)

Carlos Maximiliano, a propósito, ensinava que o “Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio.”[\[19\]](#)

Para finalizar, recorreremos, mais uma vez, a Larenz:

*Mediante a interpretação ‘faz-se falar’ o sentido disposto no texto, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável. A esse propósito, o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja. Evidentemente que nós sabemos que o intérprete nunca se comporta aí de modo puramente passivo.*[\[20\]](#)

Estas são, em linhas gerais, as razões pelas quais discordamos e lamentamos esta decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal; de toda maneira, valhemo-nos da lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, segundo a qual “autores sofrem o peso da falta de respeito pela diferença (o novo é a maior ameaça às verdades consolidadas e produz resistência, não raro invencível), mas têm o direito de produzir um Direito Processual Penal rompendo com o saber tradicional, em muitos setores vesgo e defasado (...).”[\[21\]](#)



Importante, outrossim, extrairmos esta lição de Bacigalupo, ao afirmar que o devido processo “aparece como un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es sobre todo histórica, pues proviene de la abolición del procedimiento inquisitorial, de la tortura como medio de prueba, del sistema de prueba tasada, de la formación de la convicción del juez sobre la base de actas escritas en un procedimiento fuera del control público. Es, como la noción misma de Estado democrático de Derecho, un concepto previo a toda regulación jurídico positiva y una referencia reguladora de la interpretación del Derecho vigente.” (grifo no original).<sup>[22]</sup>

[1] O direito tem um caráter declaratório, enquanto a garantia tutela a sua efetividade. Ex.: o direito à liberdade vem garantido pelo **habeas corpus**.

[2] Luciana Russo, “*Devido processo legal e direito ao procedimento adequado*”, artigo publicado no jornal “O Estado do Paraná”, na edição do dia 26 de agosto de 2007.

[3] Introdução ao Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 43, na tradução de Fernando Zani.

[4] **Apud** Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

[5] “*Este princípio, perseguido pelo direito internacional geral, e vigorosamente defendido por setores da doutrina brasileira, parece não haver ganho, até o presente, expressiva concreção na jurisprudência brasileira, devendo ser lembrada a questão do depositário infiel.*” (Bahia, Saulo José Casali, Tratados Internacionais no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 116).

[6] Klaus Tiedemann, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Barcelona: Ariel, 1989, p. 184.

[7] Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.

[8] Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35.

[9] STJ, Rel. Min. ADEMAR MACIEL, DJU 3.4.95, p.8.149.

[10] O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 11.

[11] **Apud** José Frederico Marques, **in** Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1998, Vol. I, p. 79.

[12] Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 79.



[13] Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “*nunca foi tão importante estudar os Goldschmidt, mormente agora onde não se quer aceitar viver de aparências e imbrogli retóricos.*” (O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 12).

[14] **Apud** José Frederico Marques, **in** Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 37.

[15] **Idem**, p. 481

[16] **idem, ibidem**, p. 446.

[17] “*Toda a interpretação de um texto há-de iniciar-se com o sentido literal*” (**idem**, p. 450).

[18] Filosofia do Direito, São Paulo: Saraiva, 7ª. ed., 1975, pp. 508 e ss. (**apud** Luiz Flávio Gomes, Estudos de Direito Penal e Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 217).

[19] **Idem**, p. 165.

[20] Ob. cit., p. 441.

[21] O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 11.

[22] El Debido Proceso Penal, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 13.

#### **Date Created**

30/07/2009