

Por que é tão difícil “cumprir a letra da lei”? O art. 212 do CPP



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Leio que mais uma vez o Supremo Tribunal negou validade ao artigo 212

do CPP. Falo assim porque, quando o judiciário se nega a cumprir um claro texto e não o declara inconstitucional, simplesmente lhe nega a validade. Como se fosse nulo, írrito, nenhum o texto da lei.

Desta vez [o placar foi 3x2](#) contra o texto, que diz: “as perguntas serão formuladas pelas partes, diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.” E no parágrafo único fica claro que “sobre pontos não esclarecidos, é lícito ao magistrado complementar a inquirição”.

Uma das primeiras decisões foi em um HC de Pernambuco, no ano de 2010, com voto da Ministra Carmen Lucia, quem negou o writ, com base no adágio “não há nulidade sem prejuízo”. Detalhe: naquele caso – e isso é corriqueiro – a prova foi feita toda na audiência pelo juiz, que ignorou os dizeres do art. 212. A pena foi de mais de 12 anos. Mas o HC foi negado porque não provado o prejuízo. A condenação à pena de mais de 12 anos, afinal, seria o quê? Não é prejuízo presumido?

A dificuldade brasileira de cumprir o legislado

A todo momento esse tema hermenêutico volta. Um dia um tribunal diz que a lei deve ser obedecida na sua literalidade...e no outro diz que a lei deve interpretada com flexibilidade, que aplicar a letra da lei é uma coisa atrasada, isto quando não dizem que aplicar a letra da lei é uma atitude positivista (ver [aqui o texto](#) em que esclareço essa falsa questão).

Logo que entrou em vigor a nova redação do artigo 212 do CPP, há mais de 10 anos, eu defendi a sua aplicação. Sua dicção é clara (logo abaixo explico pela enésima vez a falsa dicotomia literalidade-voluntarismo). Ainda era Procurador de Justiça. Em todos os processos levantava a nulidade, toda vez que o juiz não obedecia ao que dizia o referido dispositivo.

O resultado, entretanto, é que o Judiciário, em sua maior parte, respaldado por equivocadas leituras do STJ e do próprio STF e por uma literatura jurídica “realista” e distante da Constituição, rasgou o texto legal. E onde está escrito “apenas perguntas complementares”, passou-se a ler, “continuemos a fazer audiências como era antes”.

Minha leitura lenta, lentíssima, do artigo 212 do CPP

Vejam como se formou esse ovo da serpente. Guilherme Nucci, logo que saiu a Lei, sustentou – sem surpresa – aquilo que o Poder Judiciário queria ouvir (v.g. STJ – HC 121215/DF DJ 22/02/2010), isto é, que a “inovação [do artigo 212 do CPP], não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido.”¹ No mesmo acórdão e no mesmo sentido, foi citada doutrina de Luís Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, que disseram: “A leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece se exatamente assim. (...) Melhor que fiquemos com a fórmula tradicional, arraigada na ‘praxis’ forense (...)”.²

Minha pergunta: uma leitura apressada? Então eu sou muito lento. Na verdade, alguém poderia me chamar de *Esse-lentíssimo* (se me entendem a ironia). Vamos ler, juntos, de novo o dispositivo?

Assim: “as perguntas serão formuladas pelas partes, diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.”

E no parágrafo único fica claro que “sobre pontos não esclarecidos, é lícito ao magistrado complementar a inquirição”.

Veja-se: sobre pontos não esclarecidos. Somente sobre estes é que é lícito ao magistrado complementar a inquirição.

O que resta para a comunidade jurídica? Só olhar?

O caso do art. 212 é apenas a ponta do iceberg. A questão fulcral, aqui, nem é discutir o caso ou os milhares de casos em que as leis são descumpridas e mutiladas. O ponto do estofado é saber o que queremos de nossas instituições.

No Brasil, por não nos preocuparmos com a decisão – porque, historicamente, apostamos no protagonismo – dá-se “à literalidade” o sentido que se quer para chegar a um objetivo já previamente estabelecido. Isso se chama de textualismo *ad hoc*. E quando interessa, parte-se para o voluntarismo. Mesmo que, no dia seguinte, volte-se a proclamar o literalismo.



O que quero indagar é: quando posso confiar que o Tribunal (qualquer tribunal) lançará mão da literalidade e quando será voluntarista? Quando será textualista e quando se portará como os integrantes da “Escola do Direito Livre” (para falar de uma das reações ao positivismo do século XIX, ocorrido nos fins do século XIX e início do XX)?

Para quem não entendeu a comparação, vou mais longe: Não dá para ser Scalia num caso e Ruth Ginsburg em outro. É muito perigoso quando não temos sequer noção da *orientação* que vai ser adotada. Esse é o ponto.

Bem sei que não existe decisão mecânica. Não existe um processo automático (quem quer isso é a turma da inteligência artificial...!). Mas é necessário ao menos que tenhamos de forma clara a orientação epistemológica de cada um.

Aliás, seja como for, as duas posições estão equivocadas. Essa dicotomia “literalidade ou não literalidade” é falsa. De minha parte —com minha ortodoxia constitucional— nunca preguei “literalismo” (aliás, até o nome está errado —hoje se fala em significado convencional) ou “antiliteralismo”. Essa não é e nunca foi uma discussão hermenêutica.

Fazendo uma alegoria: O literalista é aquele que, diante da regra “Proibido cães na plataforma”, proíbe o cão guia. E deixa entrar o urso. O voluntarista, por outro lado, é aquele que deixa entrar o *poodle* porque acha bonitinho. O literalista proíbe o cão e deixa entrar o urso.

E aqui é pior. O mesmo literalista que deixou o urso entrar se transforma em voluntarista no outro caso quando lhe convém. E o voluntarista, a mesma coisa; quando lhe convém, aí o texto vale.

Explique para seu cliente que ele foi condenado sem que se obedecesse ao rito processual e que onde está escrito x, foi lido y. Ou, ao contrário... Bom, cada um deve ter uma história para contar.

1 Cf. Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 479-480. (grifei)

2 Cf. Gomes, Luís Flávio; Cunha, Rogério Sanches. Pinto, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 302. (grifei)

Autores: Redação ConJur