

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

EDITORIAL:

ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A IMPORTÂNCIA DE SUA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS.

Alguém talvez diga que a intransigente defesa da consonância entre a exposição de motivos de um diploma legislativo e o corpo normativo que a ela se segue significa chover no molhado; ou que não passa de um inocuo - e, assim, ingênuo - truísmo.

No caso da Exposição de Motivos do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas do novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009), a intransigência nada tem de indiferença aos pingos que caem no solo. E esse não é infértil. Ao contrário, os ditames da nova exposição de motivos são, assim espera o **IBCCRIM**, frutuosas sementes do diploma que tanto, e há tempo, se aguardava.

A exposição de motivos parte da constatação da absoluta convergência quanto à necessidade de um Código Processual adaptado à nova ordem constitucional. Resgata lição fundamental em Estado que se pretenda de Direito e Democrático, segundo a qual a "eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais", até porque "as garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado."

A tal Exposição de Motivos aspira a uma refundação da matéria, quer sob o prisma da necessária luta por dar a cada cidadão e cidadã a segurança para exercer seus mais comecinhos direitos, quer sob o outro, de que todos os jurisdicionados (de imputados às vítimas) e participantes da cena processual em geral (defensores, advogados, juízes, promotores, assistentes, serventuários) tenham suas expectativas satisfeitas ou contidas, observado o limite de legitimidade da ação do Estado. Para tanto, seja pelo tratamento cuidadoso (e por isso inédito) que dá ao princípio acusatório, seja pela alvissareira idealização do juiz das garantias, seja por tratar em detalhes de cada participante da cena processual, a Exposição de Motivos remodela em boa medida os papéis de juízes, promotores, advogados, vítimas e assistentes.

A refundação do direito processual penal brasileiro não poderia se dar sem se lutar pela implementação do princípio acusatório, encampado, linha a linha, na exposição de motivos, até como ideal a se buscar na concretização do dia-a-dia forense da prática de cada norma do futuro Código.

Já a proibição do excesso na aplicação das normas de direito processual penal (particularmente em matéria de medidas cautelares) e a correlata adoção do chamado princípio da proporcionalidade - entendido

na Exposição de Motivos como desdobramento do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal - prenunciam novos e alvissareiros tempos.

Por outro lado, ao ter a Exposição de Motivos indicado que no novo Código não mais se admitirão as chamadas medidas cautelares inominadas, apagou-se salutarmente à regra da legalidade e também, ao ter previsto - pela primeira vez em nosso país - prazos máximos de duração de prisão preventiva, animou-se a obedecer a ideia de duração razoável do processo. Não há, pode-se ver agora, processo penal legítimo que não tenha amparo em normas constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais.

O **IBCCRIM** insiste na sensação de que a correlação a existir entre a exposição de motivos e o corpo normativo subsequente não deverá ser mais uma (entre tantas...) chuva no molhado. Espera-se seja um semear. Espera o **IBCCRIM**, e para tanto tem dado sua parte, que o solo seja fértil e permita a germinação e a frutificação.

É com esse espírito, pois nosso instituto já se orgulha de, até aqui, ter-se manifestado sobre pontos parciais do anteprojeto ao se fazer ouvir pelos Senadores da República, ao ter-se manifestado por escrito em nota técnica encaminhada aos parlamentares e, também, ter mostrado sua opinião em outro *Editorial* (pelo *habeas corpus*, outra vez, edição 205), que apresentamos a edição especial deste *Boletim*.

Que do debate legítimo, democrático, aberto, franco e atento aos ideais da Exposição de Motivos e - porque não insistir em outro mérito dos integrantes da Comissão de Juristas? - dos princípios fundamentais do Anteprojeto de Código de Processo Penal, possamos - destinatários das normas do novo Código - felicitar-nos ao final por termos, oxalá, um Código de Processo Penal à altura da maturidade de nosso Estado Democrático de Direito. Já era tempo de provarmos se vivemos, ou não, num Estado de liberdades, sem o quê não seria nem democrático.

Tanta esperança histórica, sedimentada em nossa mais prestigiada doutrina, representada em boa parte pelos integrantes da Comissão de Juristas e também por sólida jurisprudência garantista e responsável dos nossos Tribunais de cúpula, que se percebeu encampada na Exposição de Motivos, corre, contudo, dois riscos de soçobrar. Um é a desatenção da comunidade destinatária das normas do PLS 156/2009 quanto aos pormenores que podem ser observados nos meandros do processo legislativo; outro, a interpretação retrospectiva das novas normas. Defende o **IBCCRIM** que,

EDITORIAL:

- ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A IMPORTÂNCIA DE SUA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS..... 1
- DO REGIME DAS INTERCEPÇÕES TELEFÔNICAS NO PROJETO DE NOVO CPP - PROPOSTA DE EMENDAS DO IBDP
Ada Pellegrini Grinover..... 2
- INQUÉRITO SÓ NO MP E BYE, BYE AÇÃO PENAL PRIVADA
Alberto Zacharias Toron..... 3
- OS PROCEDIMENTOS NO CÓDIGO PROJETADO
Antonio Scarance Fernandes..... 5
- HABEAS CORPUS: ESTORVO AO ESTADO POLICIAL
Arnaldo Malheiros Filho..... 6
- BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A POLIMORFOLOGIA DO SISTEMA CAUTELAR NO PLS 156/2009 (E MAIS ALGUMAS PREOCUPAÇÕES...)
Aury Lopes Jr..... 7
- TELEFONE SEM FIO
Cláudio do Prado Amaral..... 9
- REFORMAS LEGISLATIVAS E O CPP
Eugênio Pacelli de Oliveira..... 11
- OS EMBARGOS INFRINGENTES NO PLS 156/2009¹
Geraldo Prado..... 12
- NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ASPECTOS REFERENTES À TEORIA GERAL DA PROVA
Guilherme Madeira Dezem..... 13
- PRISÃO PREVENTIVA COM PRAZO DETERMINADO, MAS IRRAZOÁVEL
Ivan Luís Marques..... 14
- ANOTAÇÕES PONTUAIS SOBRE A REFORMA GLOBAL DO CPP
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho... 16
- A IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL
Márcio Bartoli..... 18
- OS ATORES E SEUS PAPÉIS
Marcos Zilli..... 19
- BREVES NOVAS SOBRE OS RECURSOS NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PLS 156/2009)
Maria Thereza Rocha de Assis Moura 20
- QUEM TEM MEDO DO "JUIZ DAS GARANTIAS"?
Maurício Zanoide de Moraes..... 21
- O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: RECURSOS E HABEAS CORPUS
Nino Oliveira Toldo..... 23
- O HABEAS CORPUS NO PROJETO DO CPP
Og Fernandes..... 24
- CAUTELARES: SUPERAÇÃO DA MEDIÓCRE DICOTOMIA
Pierpaolo Cruz Bottini..... 26
- GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCEDIMENTO DO JÚRI ALGUNS ASPECTOS DO DIREITO VIGENTE E DO PROJETO Nº 156/2009
René Ariel Dotti..... 28
- RECRUESCIMENTO A CAMINHO
Roberto Delmanto Junior..... 29

se por um lado não há cheque em branco para o legislador em matéria de limites às garantias individuais, por outro, já é tempo de se ver os Códigos e as leis em função da Constituição, não o inverso.

A responsabilidade de todos - legislado-

res, operadores, cidadãos em geral que já se manifestaram e certamente continuarão a se manifestar no processo legislativo - é grande. A atenção também há de ser. Observemos a consonância à *Exposição de Motivos* e, particularmente, o apego que há, ali e em boa parte

- como já disse o **IBCCRIM** no *editorial* 205 -, com as normas que modelam o Estado de Direito brasileiro. Boa leitura e boa interpretação a todos, e que também este *Editorial* seja uma exposição de motivos dos instigantes artigos que seguem.

DO REGIME DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO PROJETO DE NOVO CPP - PROPOSTA DE EMENDAS DO IBDP

Ada Pellegrini Grinover

1 - A quebra do sigilo das comunicações telefônicas, excepcionalmente admitida pela Constituição Federal, na parte final do inciso XII do art. 5º, constitui certamente um meio poderoso e necessário posto à disposição do Estado para fins de obtenção da prova, mas também instrumento insidioso de quebra da intimidade, não só do interceptado, como também de terceiros que com ele se relacionam.

Por isso, diante do princípio da reserva legal proporcional, a regulamentação da matéria há de resultar da escrupulosa ponderação dos valores em jogo, devendo o legislador aplicar o *princípio constitucional da proporcionalidade* como justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados, sobretudo no que toca aos subprincípios da *estrita necessidade*, da *adequação* e da *proibição do excesso*.

O regime instituído pelo Projeto, e em boa parte mantido pelo da Emenda n.º 1 - CCJ (Substitutivo) para a regulamentação das interceptações telefônicas, em diversos aspectos, não obedece a esses princípios.

2 - Permitir a quebra do sigilo telefônico em relação a todos os crimes, que não sejam de menor potencial ofensivo, não é adequado e infringe a não excessividade. A permissão legal de quebra deve ficar restrita aos crimes em relação aos quais afigura-se necessária, adequada e não excessiva.

Por isso é que os ordenamentos jurídicos que há mais tempo regulamentam a quebra do sigilo telefônico enumeram taxativamente os crimes a cujo respeito a interferência é possível, quais sejam: os crimes mais graves ou que mais se prestam a serem investigados por meio das interceptações telefônicas. Exemplifique-se com o art. 266 do Código de Processo Penal italiano de 1988.

Daí porque a proposta de emenda apresentada pelo IBDP ao Senado indica taxativamente os crimes cuja investigação pode ser realizada mediante a quebra do sigilo telefônico, como segue:

“Art. 241. A quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza é admissível para fins de investigação criminal e instrução processual penal relativas aos seguintes crimes:

I - tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins;

II - tráfico de seres humanos e subtração de incapazes;

III - tráfico de armas, munições e explosivos;

IV - tráfico de espécimes da fauna silvestre;

V - corrupção de menores;

VI - lavagem de dinheiro;

VII - contra o sistema financeiro nacional;

VIII - contra a ordem econômica e tributária;

IX - contra a administração pública, desde que punidos com pena de reclusão;

X - falsificação de moeda ou a ela assimilados;

XI - roubo, latrocínio, extorsão simples, extorsão mediante sequestro, sequestro e cárcere privado;

XII - homicídio doloso;

XIII - ameaça e crimes contra a honra, quando cometidos por meio de comunicação telefônica;

XIV - decorrente de ações praticadas por organização criminosa;

XV - decorrente de ações de terrorismo.”

“Art. 251. Os resultados das operações técnicas não poderão ser utilizados para a instrução de processos ou investigações relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi dada, salvo quando se tratar de crime conexo ou de outro crime constante do artigo 241, hipótese em que se observará o disposto nesta seção, no que couber.”

3 - O Projeto e a Emenda n.º 1 - CCJ (Substitutivo), que apresentam alguns avanços em relação à legislação vigente, excluem corretamente do regime legal da quebra do sigilo telefônico a gravação de conversa própria, com ou sem conhecimento do interlocutor, que se distingue da interceptação telefônica, pois esta é sempre feita por um terceiro. No entanto, se a gravação em si não constitui - como não constitui - ilícito penal, sua divulgação - quando clandestina - pode configurar o crime de *divulgação de segredo* (art. 153 do Código Penal), tipificado como “*divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem*” (grifei). Desse modo,

referida divulgação só pode ocorrer para o exercício regular de um direito. A questão é importante e deve ser no Código, adotando-se a posição da melhor jurisprudência. Daí a proposta do IBDP:

“Art. 241, § 3º A gravação de conversa própria, com ou sem conhecimento do interlocutor, não se sujeita às disposições desta seção, mas, quando clandestina, só poderá ser divulgada para o exercício regular de um direito próprio.”

4 - O Projeto e a Emenda n.º 1 - CCJ (Substitutivo) avançaram em relação à legislação vigente ao permitir o pedido de quebra de sigilo telefônico por parte da defesa. É necessário, porém, incluir o suspeito e o querelante, este no caso de ação penal privada subsidiária. Tanto um, sobretudo em casos de coautoria - no exercício de seu direito de defesa - como o outro - para sustentar sua acusação - podem ter interesse na quebra.

5 - O prazo máximo da duração da quebra do sigilo telefônico não pode ser excessivo. Sugere-se a redução do prazo proposto, de 360 dias, para o prazo máximo de 180 dias, mantida a ressalva quanto aos crimes permanentes. Lembra-se, ainda, que julgado recente do STJ foi ainda mais rigoroso, limitando as prorrogações ao prazo total de sessenta dias (previsto para o estado de defesa no art. 136, § 2º, da Constituição), ou a razoável prazo, desde que na última hipótese haja decisão exaustivamente fundamentada (STJ, HC n. 76.686-PR, n. 2007/0026405-6, 6ª Turma, rel. Min. **Nilson Naves**, v.u., j. 09/09/08).

6 - A proposta do IBDP inova também ao prever que a interceptação seja realizada pela prestadora de serviços de telefonia - e não pela autoridade policial - e que o resultado da operação seja encaminhado diretamente para a autoridade judiciária. Com isto, haverá maior controle sobre o material interceptado, evitando-se a revelação indevida do conteúdo das conversas. Somente para evitar a prática de novos crimes ou fazer cessar a conduta criminosa, o que será útil no caso de crimes permanentes, é que se poderá determinar que as operações técnicas de interceptação sejam

acompanhadas pela autoridade policial.

7 - A mera intimação das partes para se manifestarem, embora não ofereça ampla possibilidade de defesa, assegura, em sua plenitude, o direito à prova. O regime ora proposto faculta às partes escutarem as gravações, indicando os trechos cuja transcrição pretendem. A proposta inspira-se na sistemática prevista pelo art. 268, ns. 6, 7 e 8 do Código de Processo Penal italiano, que garante amplamente o direito de defesa.

Eis a proposta de Emenda do IBDP:

“Art. 249. Recebida a integralidade do material original obtido nas operações técnicas, e não havendo necessidade de diligências complementares, o juiz competente dele dará ciência às partes.

§ 1º A partir desse momento, e em prazo adequado e suficiente fixado pelo juiz, poderão as partes examinar o auto circunstanciado e obter cópia integral das gravações, indicando, em 48 (quarenta e oito) horas, os trechos cuja transcrição pretendem.

§ 2º O juiz determinará a transcrição dos trechos indicados pelas partes, bem como de outros que entenda pertinentes e relevantes.

§ 3º As dúvidas a respeito da autenticidade da gravação ou da voz serão decididas pelo juiz, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 221

do Código de Processo Penal.

§ 4º Das decisões previstas nos §§ 2º e 3º deste artigo cabe agravo, com efeito suspensivo restrito ao incidente probatório.

Art. 250. A transcrição dos trechos indicados instruirá os autos, conservando-se em cartório, em absoluto segredo de justiça, os meios de registro, até o trânsito em julgado da sentença, quando serão destruídos na forma a ser indicada pelo juiz, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

Parágrafo único. É facultado às partes, a qualquer tempo, extrair em cópias das transcrições e escutarem, em juízo, as gravações, cabendo ao juiz zelar pela preservação da inviolabilidade e privacidade da prova.”

8 - A proposta inclui regra objetivando garantir a conservação de dados sobre as comunicações telefônicas, por 5 anos, pelas prestadoras de serviços, em nome da segurança jurídica.

Ada Pellegrini Grinover

Professora Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP. Presidente Honorária do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

INQUÉRITO SÓ NO MP E BYE, BYE AÇÃO PENAL PRIVADA

Alberto Zacharias Toron

I. Introdução:

1. Em que pese a retórica garantista da Comissão que elaborou o Projeto do Código de Processo Penal, expressa com eloquência na Exposição de Motivos, o *habeas corpus*, a garantia mais importante do cidadão em face do poder punitivo estatal, veio, pesa dizê-lo, grosseiramente amesquinhado⁽¹⁾. Mas a garantia de defesa para o cidadão não está sendo estreitada apenas aí. Também na fase de Inquérito Policial, o seu tramitar apenas entre a polícia e o Ministério Público enseja um cerceamento incompatível para quem pretende instituir um sistema de cunho protetivo. Mas na contraface da desproteção do cidadão no que concerne ao seu direito de defesa, o Projeto nos brinda também com a extinção da queixa-crime.

II. Inquérito sem a intervenção do juiz:

2. É bem verdade que o Projeto do CPP permitia que o inquérito policial fosse instaurado e depois arquivado pelo próprio representante do MP, sem apreciação do juiz. Diante da inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário de qualquer “lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV), tal excessância foi afastada pelo Sen. **Renato Casagrande**, relator do substitutivo no Senado. Todavia, permanece a regra do art. 32, §1º, segundo a qual, encerrado o prazo para a conclusão do inquérito, os autos serão remetidos para o MP. Assim, salvo os casos de prisão, nos quais o juiz deverá se pronunciar (mantendo-a, relaxando-a,

impondo-a ou indeferindo-a) e naqueles outros relativos à quebra de sigilo bancário, fiscal ou à imposição de outras medidas invasivas, o juiz simplesmente não verá a cara do inquérito.

3. Não se pode asserir, como, por exemplo, fez o Conselho da Justiça Federal (CJF) ao editar a Resolução 63, que “*não há exercício de atividade jurisdicional no simples deferimento de prorrogação de prazo*”⁽²⁾. Na verdade, malgrado a adoção do sistema acusatório, o juiz, ao deferir a continuidade das diligências policiais, controla a duração da investigação e assim dá vida à garantia individual constante do art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal. O deferimento de prazo para a autoridade policial prosseguir nas investigações deve ser controlado pelo magistrado, e não apenas pelo representante do Ministério Público. Embora se possa pensar burocraticamente que o juiz se limite, no mais das vezes, a deferir o prazo reclamado pela polícia, o certo é que, para o cidadão, a longa duração de um inquérito policial é uma verdadeira pena. Pior, a duração sem termo do procedimento pode esconder não apenas a desídia ou o desmazelo na condução das investigações - o que contraria a essência do sistema republicano -, mas a possibilidade de se “controlar” o investigado, tê-lo sob foco indefinidamente. Aliás, recentemente os jornais noticiaram que o MPF de São Paulo, sem qualquer controle judicial, ficou investigando delegados da polícia federal por mais de cinco anos⁽³⁾. Imagine agora com o fim da prescrição intercorrente na



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1ª SECRETÁRIA: Juliana Garcia Belloque

2º SECRETÁRIO: Cristiano Avila Maronna

1º TESOUREIRO: Édson Luis Baldan

2º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

Carina Quito,
Carlos Alberto Pires Mendes,
Marco Antonio Rodrigues Nahum,
Sérgio Salomão Shecaira e
Theodomiro Dias Neto

COORDENADORES-CHEFES

DOS DEPARTAMENTOS:

BIBLIOTECA: Ivan Luis Marques da Silva

BOLETIM: Andre Pires de Andrade Kehdi

CURSOS: André Adriano Nascimento Silva

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Luciano Anderson de Souza

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Fernando Salla

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Maria Amélia de Almeida Telles

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

REPRESENTANTE DO IBCCRM

JUNTO AO OLAPOC: Renata Flores Tybiricá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Rafael S. Lira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

CORRETORA DOS TRABALHOS DE CONCLUSÃO DO VI CURSO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU: Heloisa Estellita

HISTÓRIA: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vitto

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Maurício Zanoide De Moraes

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

14º CONCURSO IBCCRM DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Maíra Rocha Machado

16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

fase inquisitiva (Lei n. 12.234, de 5/5/2010) o que poderá haver em termos de abuso sem controle judicial...

4. Por outro lado, embora se afirme inexistir contraditório na fase inquisitiva, o STF, com a sua mais alta autoridade, já estabeleceu, em reiteradas decisões⁽⁴⁾, que o investigado pode ser orientado por profissional da advocacia e se contrapor a medidas de caráter constritivo pessoal ou patrimonial. Não por acaso, editou a Súmula Vinculante de n. 14⁽⁵⁾. E, por falar no acesso aos autos do inquérito, quem será o “juiz” do pedido da defesa para examiná-lo quando houver decreto de sigilo? O advogado vai pedir para o MP? Vale dizer, a “parte” que gerencia o inquérito também vai decidir se o advogado do investigado pode ou não (e em que extensão) examinar os autos? Hoje, para exemplificar, a Resolução 63 do CJF já está causando verdadeiro transtorno para os advogados, uma vez que os juízes federais afirmam que só podem tomar contato com o IP quando for hipótese de adoção de medidas constritivas ou de natureza acautelatória ou outras enumeradas no art. 1º do referido diploma. Veja-se aí o equívoco de se querer tomar de maneira tão acendrada e radical o modelo acusatório, a ponto de se impedir o magistrado de ter contato com o inquérito. Aliás, considerando-se a criação do “*Juiz das Garantias*”, que mais não é se não o nosso conhecido Juiz do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), qual o problema de este magistrado, que não julgará a futura ação penal, ter contato com o IP?

5. Quem há de deliberar sobre pedidos de vista, se não o próprio Delegado de Polícia que preside o procedimento inquisitivo, é o **juiz**, e não o representante do MP!

6. Nessa linha de apreciação, é enganosa a percepção do inquérito policial como mero “*procedimento administrativo destinado, precipuamente, a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público*”. O procedimento investigativo, malgrado inquisitivo, é também um instrumento de defesa do cidadão na apuração dos fatos. Ou será que ele também não se destina à apuração da verdade e, bem por isso, o investigado tem o direito de ser, desde o início, assistido por um advogado? Afinal, não houvesse um mínimo de direito de defesa em prol do indiciado, a Constituição não lhe facultaria a presença de advogado e a orientação técnica. Então é de se ver que o plexo de direitos que se ergue em prol do investigado não pode ser substituído e nem se deve permitir que se tome o inquérito como uma mera peça burocrática, “*precipuamente, a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público*”. Mesmo porque, se, de um lado, o indiciado pode fazer prova em seu favor nos termos do atual art. 14 do CPP, por outro, não raro, se toma o que ele disse no inquérito contra si para condená-lo. De qualquer

modo, seria, no mínimo, muita ingenuidade encarar o inquérito policial como “mera peça administrativa”.

7. De tudo extrai-se que o princípio constitucional da ampla defesa ficará arranhado com a regra que o Projeto consagra na linha da mencionada Resolução 63 do CJF. Mais uma vez faremos um movimento pendular: se a movimentação do IP apresenta-se morosa porque os autos saem da polícia e vão para o juiz, o qual os remete ao MP, e daí, com a manifestação ministerial, retornam ao mesmo juiz, para este devolvê-los novamente à Polícia, o melhor seria que os autos fossem da polícia diretamente ao MP, daí ao juiz, e deste à Polícia. Uma etapa é suprimida e com isso se ganha tempo. Não se suprime a intervenção do juiz. A preocupação com a celeridade não pode, como se estivéssemos num *fast food*, dar lugar a tamanho desprezo pelas garantias individuais. A fome de justiça não será saciada dessa maneira.

III- Ação penal privada, adeus?

8. O Projeto acaba com a previsão da queixa-crime sob o duvidoso argumento de que não “*parece haver lugar para uma ação penal que esteja à disposição dos interesses e motivações do particular, ainda que seja a vítima*”⁽⁶⁾. Afirma-se, a propósito, no que parece ser uma confusão de questões, que a “*eventual necessidade de aplicação de sanção penal somente se legitima no interesse público*”⁽⁷⁾. Fosse correta tal asserção, como explicar a manutenção da ação penal condicionada à representação? Esta não se legitima no interesse público? Ou só pela metade, quando a vítima quer? Um *non sense!* As razões que ditam a persecução privada são de outra ordem, mesmo porque a legitimação punitiva é sempre “no (dito) interesse público”. O direito de punir, adverte, **Antonio Scarance Fernandes**, “*é conservado nas mãos do Estado, só se permitindo à vítima a persecução penal*”⁽⁸⁾.

9. Deixando de lado a confusão entre interesse público na punição e as razões da persecução penal privada, restaria perguntar aos ilustres autores do Projeto como ficarão os dispositivos do Código Penal que teimam em contemplar ações penais privadas, atribuindo à vítima, em não poucos casos, o monopólio da ação penal.

10. Para colorir o tema vejamos a interpretação conforme à Constituição que o STF fez no caso dos crimes contra a honra de funcionários públicos em razão de suas funções e que resultou na criação da Súmula 714⁽⁹⁾.

11. No voto proferido pelo Min. **Pertence** ao julgar Agravo no **Inquérito n. 726** lembra-se que no Código Penal de 1890 a regra geral para todos os crimes era o cabimento da ação penal privada, concorrentemente, ou não,

com a admissibilidade da denúncia do MP. Depois, o grande jurista, que abrilhantou nossa Suprema Corte, ressalta que, embora não seja essa a realidade no Código de 1940, “*a queixa do ofendido continua sendo o princípio geral, no que toca especificamente à persecução dos crimes contra a honra*” e, quanto aos funcionários públicos ofendidos *propter officium*, não exclui a possibilidade de estes, concorrentemente, proporem queixa-crime.

12. Alerta o julgador: “*por outro lado, a prioridade absoluta do interesse público, em que se pretende fundar o argumento, é elidida pela exigência legal da representação do ofendido, que acaba sempre por subordinar à sua manifestação de vontade a possibilidade da ação penal*”⁽¹⁰⁾. E conclui: “*desse modo, a tese da exclusividade da ação pública não impede afinal que o decantado interesse público na punição da ofensa propter officium seja paralisado pela ausência de provocação do ofendido; ao contrário, o que dela resulta é apenas o poder do Ministério Público de não formular a denúncia, não obstante a representação do funcionário ofendido, o que, logo se vê, nada tem a ver com o propalado interesse público na repressão penal do fato*”.

13. O julgador do Pleno do STF põe em relevo o direito de o ofendido dirigir-se ao juiz ou tribunal independentemente da mediação do representante do *Parquet* para defender sua honra (CF, art. 5º, X). Ora, por que não ampliar essa possibilidade? Por que não desafogar o MP e permitir que o particular, conforme a hipótese, concorrentemente, avalie a pertinência de propor a queixa?

14. Quantas e quantas vezes não vimos em casos de alcances patrimoniais em empresas ou residências, praticados por funcionários sem grave ameaça ou violência, terem o ajuizamento da ação penal protelados com o pedido de diligências inócuas, ou despiciendas, quando a denúncia já poderia ter sido oferecida. Enfim, se o particular pode exercer, por vezes com maior eficiência, o direito de ação, nada mais razoável que se ampliem as hipóteses da sua atuação no polo ativo, ao menos dando-lhe a legitimação concorrente, cuja inicial, obviamente, ficará sob o crivo do juiz quanto à aptidão formal e à justa causa. Com isso, desafoga-se o MP para os casos de maior necessidade, agiliza-se a prestação jurisdicional e não se comete o equívoco de se preterir o direito da vítima que, para repetir **Scarance**, “*sofre diretamente as consequências nocivas da prática criminosa*”⁽¹¹⁾.

15. E, por ser de iniciativa de quem sofre diretamente as consequências do crime, a queixa traz a vantagem de permitir acordos entre os protagonistas do caso penal, dando força ao modelo restaurativo da justiça penal sem maiores delongas. Mesmo aceitando-se que a infração penal é mais do que o dano causado ao indivíduo ou à empresa, nunca é demais reforçar a possibilidade de soluções interindi-

viduais despenalizadoras, pois, por exemplo, até mesmo quando se trata de delitos contra o fisco, o pagamento extingue a punibilidade do agente.

16. Para concluir, é preciso reforçar a ideia de que o novo CPP deve vir como fruto de uma discussão madura e não açodada. Com pressa, se come cru, e é inexorável a vingança do tempo quando se trabalha sem a sua cumplicidade.

NOTAS

- (1) Sobre o tema confira o nosso *Habeas Corpus está sendo amesquinhado*, publicado no site da revista eletrônica **Conjur**: www.conjur.com.br.
- (2) Conferir no 9º Considerando da Resolução.
- (3) Vide site: www.conjur.com.br, notícia do dia 16/7/09, intitulada: “MPF manteve investigação em segredo durante 5 anos”
- (4) Apenas para ilustrar: HCs 82.354-PR, rel. Min. **Pertence** e 86.059, rel. Min. **Celso de Mello**.
- (5) “É direito do defensor, no interesse do representado, ter

acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, **digam respeito ao exercício do direito de defesa**” (j. em 2/02/09).

- (6) Cf. na Exposição de Motivos, item IV.
- (7) Idem.
- (8) “O papel da vítima no processo criminal”, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 86.
- (9) “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”.
- (10) No sentido de a representação do ofendido condicionar a legitimação processual do MP, cf., mais recentemente, o HC n. 98.237, rel. Min. **Celso de Mello**, j. em 15.12.09.
- (11) Ob. cit., p. 87.

Alberto Zacharias Toron

Doutor em Direito pela USP.

Professor licenciado de Direito Penal da PUC/SP.

Ex-presidente do **IBCCRIM** (1995/1996). Advogado.

OS PROCEDIMENTOS NO CÓDIGO PROJETADO

Antonio Scarance Fernandes

Houve várias mudanças no tratamento dos ritos procedimentais no processo penal após a Constituição, com destaque ao procedimento sumaríssimo e à fase preliminar dos processos das infrações de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95), aos procedimentos das duas leis antitóxicos (Leis 10.409/2002 e 11.343/2006), aos novos procedimentos comuns estabelecidos pelas Leis 11.689 e 11.719 de 2008, à supressão de procedimentos especiais, como o dos crimes falimentares por força de lei (Lei 11.101/2005) e o dos crimes de imprensa em virtude de decisão do Supremo Tribunal Federal. Agora, projeta-se novo Código de Processo Penal, sendo importante verificar como cuidará dos procedimentos, em que medida conservará ou modificará os existentes e quais serão as suas principais inovações.

Em linhas gerais as alterações dos últimos tempos foram impulsionadas por razões bem determinadas: afirmação do princípio acusatório; efetivação da garantia da ampla defesa; fortalecimento do contraditório. Isso também sucede no projeto, como, aliás, foi claramente indicado em seus artigos 3º e 4º. O primeiro afirma: *o processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais*. O segundo estipula: *o processo penal terá estrutura acusatória*.

Algumas características marcaram as mudanças e aparecem nas projeções do novo Código: previsão de fase para a resposta do acusado antes de ser admitida a acusação; incremento significativo do princípio da oralidade e de seus princípios consecutórios, o da concentração, da imediação e da identidade física do juiz; a simplificação dos procedimentos.

Para o exame dos procedimentos da legislação pretendida, é importante delinear as linhas gerais dos existentes e confrontar estes e aqueles.

A estrutura atual está montada na separação

entre procedimentos comuns e especiais; na divisão dos primeiros em três espécies, ordinário, sumário e sumaríssimo; na previsão dos segundos dentro do Código e em leis extravagantes; na aplicação subsidiária das regras do procedimento comum ordinário a todos os demais e na atuação das regras referentes à fase da resposta da acusação a todos os procedimentos.

Sobre a reforma projetada, merecem inicial destaque algumas transformações que, por configurarem inovações significativas, afetarão o delineamento dos futuros procedimentos: a possibilidade de a vítima requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração (art. 78); a afirmação de que a incompetência territorial é relativa, devendo ser arguida na resposta ou admitida de ofício até a audiência de instrução e julgamento (art. 92, § 1º); a interrupção da prescrição com a propositura da ação, ficando esse efeito condicionado ao recebimento da acusação (art. 117, I, do CP).

Na comparação entre os procedimentos comuns do atual Código e do projetado, são possíveis as seguintes constatações: a) mantém-se a divisão tripartite do procedimento comum em ordinário, sumário e sumaríssimo, com alteração no tocante ao máximo das penas, de quatro para oito, para a adoção do ordinário e do sumário (art. 264, § 1º) e, como se verá, com radical alteração na disciplina do procedimento sumário; b) conserva-se a atuação subsidiária do procedimento ordinário a qualquer outro (art. 264, § 2º); c) preserva-se a aplicação das regras da primeira fase (da resposta até a absolvição sumária ou a designação de audiência) a todos os procedimentos (art. 264, § 3º); d) é mantida a resposta obrigatória no prazo de dez dias, com possibilidade de apresentação de qualquer tema de defesa (art. 267 e parágrafos), sendo, como visto, necessária a apresentação de exceção de incompetência territorial (art. 92, § 1º); e) não se arrola a extinção da punibilidade entre as hipóteses de ab-



COORDENADORIAS REGIONAIS:

COORDENADORA-CHEFE: Juliana Garcia Belloque

1ª REGIÃO (AC, AM e RR)

Luis Carlos Valois

2ª REGIÃO (AP e PA)

João Guilherme Lages Mendes

3ª REGIÃO (MA e PI)

Roberto Carvalho Veloso

4ª REGIÃO (RN e PB)

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (AL e SE)

Daniela Carvalho Almeida da Costa

6ª REGIÃO (ES e RJ)

Márcio Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO)

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MT e RO)

Francisco Afonso Jawsnicker

9ª REGIÃO (RS e SC)

Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS:

COORDENADORA-CHEFE: Juliana Garcia Belloque

1ª ESTADUAL (CE)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

2ª ESTADUAL (PE)

André Carneiro Leão

3ª ESTADUAL (BA)

Wellington César Lima e Silva

4ª ESTADUAL (MG)

Felipe Martins Pinto

5ª ESTADUAL (MS)

Marco Aurélio Borges de Paula

6ª ESTADUAL (SP)

João Daniel Rassi

7ª ESTADUAL (PR)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Andre Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília Tripodi, Eduardo Augusto Pagliano

e Renato Stanzola Vieira

“A relação completa dos colaboradores do *Boletim do IBCCRIM* encontra-se em nosso site”.

PRODUÇÃO GRÁFICA:

Ameruso Artes Gráficas - (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

“O *Boletim do IBCCRIM* circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas”.

“As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto”.

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Teléfonista	0
Associação, pagamentos, recebimento de materiais	2
Cursos, Seminários, Publicações	3
Pós-Graduação, Laboratório Mesa de Estudos e Debates	4
Biblioteca	5
Site	6
Comunicação e Marketing	7
Núcleo de Pesquisas	8
Diretoria e Presidência	9
www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e boletim@ibccrim.org.br	

solução sumária (art. 269); f) contemplam-se nos dois a audiência única, com a previsão dos mesmos atos e da mesma ordem (art. 271); g) afirma-se que a atipicidade é matéria de mérito (art. 270, III), conforme orientação adotada pelo STF; h) admite-se agora o fracionamento da audiência (art. 271, § 1º); i) inova-se ao se permitir a condução para reconhecimento (art. 271, §§ 4º e 5º); j) conserva-se o princípio da identidade física, com a novidade da explicitação das situações em que o juiz não fica vinculado (art. 275).

No rito comum ordinário, conserva-se o esquema atual, com pequenas alterações decorrentes das modificações gerais acima apontadas. Inicia-se o procedimento com o oferecimento da denúncia (art. 266), não sendo referida a queixa, embora continue viável a queixa subsidiária. Pode o juiz indeferir liminarmente a acusação (arts. 266, 260 e 265), e, se não o fizer, não precisa receber provisoriamente a denúncia, superando-se o debate travado após a reforma operada pela Lei 11.719/2008, em virtude da não previsão de dois recebimentos da denúncia. Segue-se notificação da vítima para eventual adesão civil (art. 266), importante novidade da reforma, embora limitada ao dano moral, sendo de se registrar a existência de cumulação de ação civil no Império. Com ou sem adesão civil, o acusado será citado para apresentar resposta, no prazo de dez dias, e, não sendo ofertada, será nomeado defensor para esse fim (art. 267 e parágrafos). Se não houver absolvição sumária ou extinção de punibilidade, o juiz poderá receber a acusação e designar audiência de instrução e julgamento, com intimação do Ministério Público, do defensor e das testemunhas (art. 269). A referida audiência é composta pelos seguintes atos: tomada de declarações da vítima, inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, esclarecimentos dos peritos, acaresões e reconhecimento de pessoas e coisas, interrogatório do acusado (art. 271, *caput*).

Após a instrução e o interrogatório, há três possibilidades. Requeridas diligências pelas partes e admitidas pelo juiz (art. 272 e

parágrafos), após serem realizadas, as partes apresentarão memoriais (art. 274, par. único) e o juiz proferirá sentença (art. 274, par. único). Inexistindo pedido de diligência ou sendo indeferida aquela solicitada, as partes formularão alegações orais, podendo ser proferida sentença na própria audiência (art. 273). Se o caso for complexo ou houver elevado número de acusados, as partes podem ofertar alegações por memoriais (art. 273, § 5º).

Novidade que suscitará vivos debates se encontra no procedimento sumário do art. 278. Não se tratará mais, como na atual legislação, de mera simplificação do procedimento ordinário, com encurtamento dos prazos. Representará aumento no âmbito da justiça consensual. Permitirá o novo Código a aplicação de pena privativa de liberdade por consenso, desde que haja pedido do Ministério Público e do defensor, confissão do acusado e dispensa da produção de prova. A pena deverá ser aplicada no mínimo legal com possibilidade de redução. Trata-se de solução semelhante à adotada em países da Europa e da América Latina. Entre nós, embora decorridos quase quinze anos da Lei 9.099, ainda há forte resistência ao consenso em matéria penal, e, com maior veemência, ao acordo envolvendo pena privativa de liberdade. A questão se circunscreve, em suma, na aceitação de uma entre duas orientações antagônicas. Para uma, o devido processo penal não permite privação de liberdade sem prévia produção de prova. Para outra, é possível, a existência de solução consensual mediante procedimentos simplificados com prestígio à autonomia de vontade do acusado, desde que haja aquiescência de seu defensor. Se não houver acordo, segue-se o rito ordinário.

O procedimento sumaríssimo aplicável às infrações de menor potencial ofensivo passa a ser regulado pelo Código. Em linhas gerais, mantém-se o tratamento da Lei 9.099, com poucas alterações e novidades. O acordo civil homologado na fase preliminar representará renúncia apenas ao direito de representação, pois, como salientando, não se prevê mais ação penal privada exclusiva (art. 296, § 1º). Ad-

mite-se transação civil no curso do processo, com extinção da punibilidade em caso de ação condicionada à representação (art. 296, § 2º). Em caso de descumprimento do acordo penal, poderá ser oferecida denúncia (art. 298, § 6º). Prevê-se a suspensão da prescrição enquanto não cumprido o acordo (art. 298, § 7º). É possível extinção de punibilidade em caso de conciliação, com recomposição do dano, desde que se trate de infração com pequena repercussão social e que a continuação do processo e a imposição da sanção penal possam causar mais transtornos àqueles diretamente envolvidos no conflito (art. 303, § 3º).

Incorpora-se ao Código o procedimento dos crimes de competência originária (arts. 309 a 315). É mantido o procedimento sobre restauração de autos extraviados ou destruídos (arts. 405 a 410). O procedimento dos crimes contra a propriedade imaterial fica previsto apenas na Lei 9.279/96.

Quanto ao procedimento do júri, relevante inovação advirá com a declaração da impossibilidade de as partes referirem, em plenário, depoimentos colhidos na investigação, salvo produção de prova antecipada (art. 386, III). Seguindo o caminho da reforma de 2008, ocorrerá maior simplificação dos quesitos (art. 391): pelo primeiro se indagará aos jurados *se deve o acusado ser absolvido*; depois, serão perguntados sobre causas de diminuição de pena e, finalmente, a respeito de qualificadoras ou causas de aumento. Com real aprimoramento em relação ao atual Código, prevê-se que o quesito sobre desclassificação anteceda aos demais (art. 391, § 4º).

Pode-se, em síntese, concluir que o novo Código representará melhoria no tratamento dos procedimentos processuais penais e superação de alguns problemas trazidos com a reforma de 2008. Por outro lado, suscitará vivos debates sobre o aumento da justiça consensual de modo a abranger acordos sobre pena privativa de liberdade.

Antonio Scarance Fernandes

Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP.

HABEAS CORPUS: ESTORVO AO ESTADO POLICIAL

Arnaldo Malheiros Filho

Um remédio processual só incomoda se acolhido. E só é acolhido se quem dele se vale tem razão.

Quem se sente incomodado pelo *habeas corpus* na forma como ele é encarado desde **Pedro Lessa**? Certamente os que, por algum motivo, não gostam de vê-lo concedido.

Na ditadura militar foi assim: proibiu-se, pura e simplesmente, o uso desse instrumento nos crimes contra a segurança nacional.

Era, como diz o Ministro **Marco Aurélio**, “julgar pela capa dos autos”: bastava escrever na autuação que se tratava de crime contra a segurança nacional e o *habeas corpus* estava afastado. Com isso, o Estado policial ficava livre para praticar arbitrariedades à margem do controle jurisdicional.

Hoje não temos mais a ditadura, mas o Estado policial é ameaça constante. Há uma sanha punitiva de matiz ideológico, há o

despudor de dizer que garantias individuais são importantes na ditadura (exatamente onde elas não vigem), mas supérfluas num regime democrático, no qual a legitimidade eleitoral faz com que qualquer autoridade se proclame representante do povo e, com isso, acima da própria Constituição!

E, para quem se deixa impregnar por essa mentalidade, o *habeas corpus* é, de fato, um estorvo insuportável. Daí as investidas para

restringi-lo.

Ora, o inciso LXVIII do art. 5º da Constituição diz textualmente: “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. A palavra “sempre” significa exatamente isso: “sempre”. Ou seja, tantos forem os constrangimentos ilegais quantos serão os *mandamus* expedidos.

E por “abuso de poder”, nesse caso, entende-se uma série de atos ilegais de autoridades no curso da persecução penal, pois a potencial privação da liberdade é da essência do procedimento criminal. E, por isso, qualquer abuso de poder ou ilegalidade praticado no curso desse há de merecer combate por meio da garantia constitucional do *habeas corpus*.

Assim, qualquer ilegalidade praticada na investigação criminal ou na ação penal significa, para o investigado ou acusado, “ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção”.

É absurdo pretender violar a Constituição para limitar o direito de defesa, que a Carta exige ampla. Mais ainda para deturpar sua letra e querer proibir o *habeas corpus* para a ameaça à liberdade de locomoção, restringindo-o à consumada privação desse direito fundamental.

Não faz muito, a Suprema Corte julgou caso em que se alegava não lhe ser lícito converter um pedido de *habeas corpus* preventivo em liberatório. A resposta foi muito

clara: “O que foi dito [para fundamentar essa suposta impossibilidade] foi mais ou menos o seguinte: um cidadão bate às portas do Tribunal afirmando ‘tenho receio de ser preso’; quando o receio mostrar-se fundado, ele sendo efetivamente preso, o Tribunal haveria de dizer-lhe ‘seu pedido está prejudicado; agora o senhor não tem mais receio de nada, pois já está preso; vou mandar o seu caso para o arquivo e o senhor, querendo, comece sua via crucis outra vez, para dar tempo a seus algozes de infligir-lhe a ilegalidade que desejam’” (HC 95.009 - rel. Min. Eros Grau).

A fala tresloucada de agora é um pouco diferente: o cidadão tem receio de que sua liberdade venha a ser cerceada, porque está sendo processado por juiz incompetente, ao arrepio do art. 5º, n. LIII, da Carta; ou porque sofre ação penal iniciada por denúncia inepta, à qual não se poderá correlacionar sentença válida; ou porque não há justa causa para a ação; ou porque lhe quebraram o sigilo bancário sem motivação suficiente, para obter prova contra ele; enfim, por qualquer motivo não relacionado imediatamente à prisão, mas que acena com sua possibilidade futura. O Judiciário deveria dizer: “não, meu caro, primeiro seja preso e depois venha reclamar...”

Impossível não lembrar as palavras do Professor José Ignacio Botelho de Mesquita (citadas no mesmo acórdão acima invocado), de crítica ao que chama de “*processo incivil*”, onde “qualquer um pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido

processo legal, benefício que, após consumada a privação, lhe será integralmente concedido, para que se queixe à vontade”!

A ameaça à liberdade de locomoção pode ser mediata, mas a resposta a ela deve ser pronta, célere. Toda ilegalidade nessa seara há de ser de logo rechaçada. A postergação da prestação jurisdicional, permitindo que a violência se consuma, para depois cogitar-se de remediá-la, fere frontalmente a estrutura de nosso Estado de Direito.

Há muitos *habeas corpus* nas Cortes? Decerto. Mas aqueles que foram impetrados sem razão ou fundamento são denegados, e *habeas corpus* denegados a ninguém, salvo ao paciente, molestam. A aflição restritiva decorre dos concedidos, que o são porque o paciente tinha direito, e tinha direito porque houve autoridade que perpetrou ilegalidade ou abuso de poder.

E, por maior que seja o número de pedidos, não pode o Estado alegar a própria torpeza, ou seja, porque ele não aparelha o Judiciário, porque ele não provê recursos materiais e humanos e porque ele abusa de seu poder, devem os cidadãos pagar com a restrição de uma garantia constitucional.

Se tomarmos das mãos dos ameaçados essa via de socorro à legalidade, estaremos fortalecendo não só o Estado policial, mas a barbárie social.

Arnaldo Malheiros Filho

Advogado criminal. Presidente do Conselho do Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A POLIMORFOLOGIA DO SISTEMA CAUTELAR NO PLS 156/2009 (E MAIS ALGUMAS PREOCUPAÇÕES...)

Aury Lopes Jr.

Do ponto de vista morfológico, o atual sistema cautelar é bastante limitado, reduzindo a complexidade da tutela a dois extremos patológicos: a banalização da prisão preventiva de um lado; e o sentimento de impunidade pela liberdade sem restrições de outro. Neste ponto é melhor o PLS 156 (usaremos a Emenda 2 - CCJ - Substitutivo), pois estabelece um modelo polimorfo, com 16 medidas cautelares pessoais (art. 531⁽¹⁾): prisão cautelar (*ultima ratio* do sistema); fiança; recolhimento domiciliar; monitoramento eletrônico; suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica; suspensão das atividades de pessoa jurídica; proibição de frequentar determinados lugares; suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; proibição de ausentar-se da comarca ou do país; com-

parecimento periódico em juízo; proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; suspensão do poder familiar; bloqueio de endereço eletrônico na internet; e liberdade provisória. Portanto, mais do que uma reforma legal, deverá haver uma reforma cultural, para que os atores judiciários rompam com a simplicidade do passado e aprendam a conviver com um modelo complexo.

A prisão em flagrante vai para seu devido lugar, como medida pré-cautelar⁽²⁾, jamais pautando-se na justificativa de “prender por si só”, como ilegalmente ainda fazem alguns incautos juízes país afora. O art. 533 do PLS 156 acerta ao definir que, recebendo o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, no prazo de 24h: relaxar a prisão considerada ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, fundamentadamente, quando

presente os seus pressupostos legais; arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso; ou, por fim, conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Para reforçar o instituto da fiança, renovado e com amplo espaço de aplicação, o parágrafo único do art. 533 determina que a concessão de liberdade provisória sem pagamento de fiança somente será admitida se o preso for pobre e não tiver condições de efetuar o pagamento.

Contudo, falha o projeto ao omitir que a conversão (melhor seria “decretação”) somente deva ocorrer se houver pedido (do MP ou da autoridade policial). Abre-se a possibilidade de um perigoso continuísmo inquisitório: juízes prendendo de ofício. Eis um ranço do qual a cultura jurídica brasileira não consegue se libertar, fomentando, cada

vez mais, os juízes justiceiros, incapazes de aceitar que tal ativismo inquisitório é absolutamente incompatível com sua função no processo penal e, principalmente, com o nível de evolução civilizatória alcançada por nossa sociedade. O art. 523 estabelece uma equivocada regra geral para o sistema cautelar: no curso do processo penal, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes e, no parágrafo único, esclarece que “durante a fase de investigação, a decretação depende de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial”, salvo se a medida for substitutiva de outra cautelar.

Há uma separação incompreensível - se considerarmos a complexidade do prejuízo decorrente dos “pré-juízos”, na dimensão psíquica, e não apenas jurídica da questão - entre o ativismo judicial da fase pré-processual e o da fase processual. O projeto, desde o art. 4º, veda a iniciativa de ofício do juiz durante a investigação preliminar, mas, incompreensivelmente, autoriza esse mesmo ativismo na fase processual, desconsiderando que, desde uma perspectiva de pré-juízo ou mesmo da imparcialidade objetiva (estética de imparcialidade), a iniciativa de ofício deve ser vedada sempre! É o alheamento (*terzietà*) que cria condições de possibilidade da imparcialidade e da própria estrutura acusatória. Tudo isso cai por terra - pois se trata de uma complexa engrenagem - quando o juiz pode prender ou ir atrás da prova, de ofício, qualquer que seja a fase! Em suma, a atuação de ofício do juiz durante o processo é tão ou mais danosa para a estrutura acusatória, a imparcialidade e o próprio contraditório, do que aquela desempenhada na investigação preliminar (a qual também deve ser vedada, por elementar). Entretanto, temos que reconhecer que o modelo inquisitório é realmente genial, pois segue vigente em pleno século XXI, seduzindo multidões de ingênuas mentes bondosas (quem nos protege da bondade dos bons...?).

Acertada a regra do art. 524, no sentido de que as medidas cautelares dependem de expressa previsão legal e somente serão admitidas como meio absolutamente indispensável para assegurar os fins da persecução criminal e da reparação civil, ficando sua duração condicionada à subsistência dos motivos que justificaram a sua aplicação. Anda bem o dispositivo ao vedar a absurda (e ilegal) prática de alguns juízes de impor medidas cautelares atípicas, a título de “poder geral de cautela”. Como já explicamos em outra oportunidade⁽⁵⁾, não existe “poder geral de cautela” no processo penal, constituindo uma inadequada importação de institutos do processo civil (mais um erro da teoria geral do processo) e evidente violação do princípio da legalidade.

Voltando à prisão em flagrante, o projeto estabelece apenas três incisos, os quais contemplam quatro das antigas modalidades, pois aglutina no mesmo inciso as figuras do “é perseguido ou encontrado”, antigamente separadas. Também consagra a possibilidade de a autoridade policial “deixar de efetuar a prisão” quando verificar a presença de qualquer causa excludente da ilicitude, resolvendo o atual problema de reservar essa análise ao juiz, que somente o faz em momento posterior à lavratura do auto (atual art. 310, *caput*). Com isso, evita-se todo o ritual da prisão em flagrante ao agente que atuou em legítima defesa ou sob o abrigo de outra excludente.

A prisão preventiva, para nossa decepção, foi contaminada pelo furor punitivista, principalmente após as emendas apresentadas no âmbito da CCJ, especialmente a de número 09 (do Senador Demóstenes Torres). Ao manter-se a atual redação do art. 554, serão seis os fundamentos da prisão preventiva (em cinco incisos): I - como garantia da ordem pública ou da ordem econômica; II - por conveniência da instrução criminal; III - para assegurar a aplicação da lei penal; IV - em face da extrema gravidade do fato; V - diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor.

Os atuais fundamentos “garantia da ordem pública ou da ordem econômica” já são objetos de ferrenhas críticas, na medida em que contêm grave defeito genético: não são cautelares (pois não servem para tutela do processo) e, portanto, são substancialmente inconstitucionais. Ao invés de expurgá-los, o problema ainda foi agravado (por força da Emenda 09), com duas infelizes inovações: extrema gravidade do fato e prática reiterada de crimes pelo mesmo autor. Agora são 4 os fundamentos que atendem aos interesses de sedar a opinião pública, recorrendo à vagueza conceitual de cláusulas gerais para prender. São típicos curingas hermenêuticos, de conteúdos vagos, imprecisos e indeterminados, sem referenciais semânticos precisos, que criam um terreno fértil para a banalização e o abuso do poder punitivo. Com acerto, **Morais da Rosa**⁽⁴⁾ define estes termos como “anemia semântica”, pois basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja “falsificação” é inverificável e, portanto, irrefutável. Destarte, o preenchimento semântico é completamente retórico, servindo muito bem aos senhores da lei e da ordem.

Paradoxalmente, o parágrafo 1º do art. 554 veda a prisão preventiva como forma de antecipação de pena, mas a permite diante da “extrema gravidade do fato”. Ora, a prisão nesse caso não tem natureza cautelar e cumpre apenas a função de ver-

dadeira antecipação de resposta (ou seja, pena antecipada). E mais, a *gravidade do fato* vai de encontro à sólida jurisprudência do STF, a qual não admite a prisão cautelar só com este fundamento.

Em que pese alguns retrocessos democráticos, andou bem o projeto ao estabelecer - finalmente - os prazos máximos de duração da prisão preventiva, adequando o CPP ao direito de ser julgado no prazo razoável⁽⁵⁾ (art. 5º, LXXVIII da CF), ainda que, em alguns casos, seja excessiva a previsão legal (há um substancial aumento dos prazos neste substitutivo em comparação com a redação originária do PLS 156, a qual era mais razoável). Além das regras específicas por fase, fixa-se o limite máximo de duração da preventiva em 4 anos (3 anos na redação originária), ainda que a contagem seja feita de forma descontínua. É um avanço se considerarmos o elevado número de pessoas cautelarmente presas há mais de 4 anos, mas ainda é um prazo excessivo (3 anos já era mais do que razoável). Indo além do esperado, o projeto contempla o dever de revisão da medida que exceder a 90 dias, chamado de reexame obrigatório, momento em que será avaliado se persistem ou não os motivos determinantes de sua aplicação (caráter *situacional* das cautelares), podendo o juiz ou tribunal substituí-la por outra medida mais adequada. Interessante que, finalmente, se estabelece um *prazo com sanção*, pois o parágrafo segundo é categórico: se o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal.

Por fim, pensamos ser necessário externar nossa preocupação com a tentativa de alguns setores em abortar a reforma de modo bastante sutil. Tentam romper com a matriz acusatória demarcada pelo art. 4º (o que significará o fim da “reforma”) e com a figura do juiz das garantias, ambos absolutamente fundamentais para uma reforma de verdade. Em relação ao juiz das garantias, na ausência de argumentos juridicamente sustentáveis (ao menos para os que superam o conhecimento epidérmico de processo penal), emprega-se o reducionismo retórico da “falta de...”. Ora, a falta é constitutiva e sempre existirá, sendo este um argumento reducionista. Uma reforma de verdade exige, principalmente, mudança de cultura e de estruturas. Cabe ao Estado (daí a necessidade de comprometer também os poderes legislativo e executivo para o judiciário conseguir dar conta) estruturar-se para atender à nova realidade. A existência de um período de transição (o de 6 anos proposto para as comarcas únicas é muito longo), permitirá suprir as deficiências materiais e pessoais. Além disso, diversas medidas podem contribuir para a implantação do

novo modelo, como o estabelecimento de um rodízio entre os juízes (para que ninguém se sintam um subjuiz por só atuar na investigação preliminar); o alargamento da competência do juiz das garantias (na organização judiciária de cada Estado), para que ele também atue no JECrim, na vara de família etc., não sobrecarregando os demais; a regionalização do juiz das garantias (em comarcas pequenas, um juiz pode atender as cidades próximas, até que seja superado o problema das comarcas únicas). Não devemos é pactuar com o fim (ou melhor, o abortamento) desta importante figura (que não é nenhuma novidade, basta olhar Portugal e Itália) e, ainda, com o que é pior, com a morte do núcleo acusatório (e a consequente atribuição de poderes

investigatórios aos juízes). Isso seria o absurdo total desde a perspectiva de um processo penal democrático.

Devemos estar atentos ao rumo que está tomando a reforma, profundamente comprometida pelas disputas de poder exercidas por associações de classe, que, deixando de lado qualquer compromisso democrático e constitucional, buscam fazer valer seus interesses corporativos e, não raras vezes, autoritários e reacionários. O cenário é preocupante.

NOTAS

- (1) Antigo art. 521 do PLS 156, com a diferença de que foram ampliadas as medidas cautelares pessoais para 16 modalidades, com a inclusão do "bloqueio de endereço eletrônico

na internet".

- (2) Sobre o tema, consulte nossa obra "Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional", Volume II, Editora Lumen Juris.
 (3) Sobre a "Inexistência de um Poder Geral de Cautela" no processo penal, consulte nossa obra *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, Volume II.
 (4) **MORAIS DA ROSA, Alexandre.** *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 139.
 (5) Sobre o tema, consulte: **BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES Jr., Aury.** *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal.
 Professor do Programa de Pós-Graduação,
 Mestrado e Doutorado em Ciências
 Criminais da PUCRS. Advogado criminalista.

TELEFONE SEM FIO

Cláudio do Prado Amaral

Existe divertida e conhecida brincadeira de criança chamada "telefone sem fio" que consiste no seguinte: a primeira criança da fila cochicha no ouvido do amigo mais próximo uma palavra ou frase; este faz o mesmo com o seguinte, e assim por diante; o último diz em voz alta o que entendeu; e a graça está aí: geralmente é bem diferente daquilo que o primeiro falou.

A brincadeira usa como instrumento lúdico aquilo que a ciência da comunicação explica fácil: o conteúdo de uma informação sempre sofre maior ou menor perda de qualidade e extensão, conforme o meio que for utilizado para a sua transmissão.

Isso também ocorre, inexoravelmente, no processo penal. Especialmente, no ato processual de registro dos depoimentos orais. Ali se produzem déficits, os quais resultam da baixa estrutura e da débil aptidão do meio usado para a transmissão da informação: o escrito. Por isso a evolução legislativa aponta para evidente e progressiva preocupação com a fidelização da forma e do conteúdo no registro da prova oral produzida no processo penal.

Até o advento das reformas processuais penais de 2008, o registro somente era previsto em sua forma escrita. Determinava-se que o depoimento da testemunha deveria ser reduzido a termo escrito e que, na redação do depoimento, o juiz deveria ater-se às expressões usadas pelas testemunhas, "reproduzindo fielmente as suas frases" (artigos 215 e 216, ainda vigentes).

Apesar da explícita intenção de fidelização, sempre e sempre existem os inconvenientes que decorrem da presença inafastável e estrutural de um agente monopolizador do registro escrito da fala e

que também é único interprete dessa fala: o juiz presidente da audiência. O magistrado se tornou o único observador do sistema de produção de provas orais; ao mesmo tempo, ele é o único que pode reduzir a complexidade das comunicações ingressantes nesse sistema, conforme códigos que são ignorados pelos demais participantes, conhecidos apenas pelo juiz. O resultado é um conjunto probatório formado unilateralmente, e pior, sem espaço para valorização eficaz pelos chamados "segundos observadores" (Luhmann), representados por todos os demais atores e sujeitos que interagem no processo penal⁽¹⁾.

É bem verdade que não se impugnava o registro escrito. Sustenta-se que tal registro pode conviver com o princípio da oralidade, sendo uma necessária concessão deste princípio, pois não existem sistemas processuais de oralidade que vigem em sua forma pura,⁽²⁾ e, não fosse o registro escrito, as informações transmitidas pelos depoentes se perderiam.

Essa justificativa poderia servir num tempo em que não se dispunham de tecnologias que permitissem o registro eletrônico do depoimento oral. Com o advento da tecnologia de gravação de imagens e sons em alta fidelidade, a mesma justificativa não é suficiente. O registro que passa a ser feito em alta definição não minimiza o princípio da oralidade. Antes, o reforça. Dito de outro modo, aquilo que era uma concessão da oralidade à escrita não tem mais razão de ser. O registro eletrônico da prova oral se dá por motivos de fidelidade ao fato, isto é, em busca de maior e melhor correspondência entre a informação e o contexto em que ela é prestada. A lei processual penal é

explícita sobre essa intenção (confira-se o artigo 405, parágrafo 2º, *in fine*, do CPP). E a doutrina desde muitos anos afirma o ideal maior de fidelização⁽³⁾. Esta fidelização se dá menos por motivos de celeridade (o exame da prova em 2º grau de jurisdição, por exemplo, chega a ser mais demorado) e muito mais por minimização dos déficits de transmissão de informações.

A intenção de acerto e correspondência entre o que diz oralmente a testemunha e o respectivo registro foi reforçada com o advento das Leis nº 11.719/2008 e nº 11.689/2008. A primeira dispôs: "Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações" (artigo 405, parágrafo 1º do CPP). E a segunda, de modo idêntico, ao dispor sobre os depoimentos no Tribunal do Júri: "O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova" (artigo 475, *caput*; note-se que a celeridade vem expressa após o fim de fidelização).

Os motivos para que se evitem as perdas de conteúdo e dimensão das informações prestadas por aqueles que depõem em juízo potencializam-se na pós-modernidade que atravessamos:

- 1) A começar pelo fato de que, na esfera da justiça penal estadual, mais de 90% da prova é testemunhal, produzida verbalmente.

2) Quanto maior for a aproximação entre o que se passou na produção da prova em audiência e o registro desse ato, mais a prova deixa de ser um elemento processual estático, para se tornar ato processual passível de ser dinamizado pelas partes, e portanto, melhor valorada.

3) O registro de alta fidelidade audiovisual retira tal prova do quarto escuro das circunstâncias previamente valoradas pelo julgador através do registro escrito, para, ao invés, inseri-la num contexto que pode ser apreciado criticamente por todos os sujeitos e atores que interagem no processo penal. A prova passa a não ter mais um exclusivo registrário (o juiz) e verdadeiramente pode ser compartilhada.

O fato da prova deixar de ser registrada de modo meramente escrito, passando a sofrer registro eletrônico com preferência, é alteração importante também porque - sendo o depoimento uma transmissão de pensamento que ocorre de pessoa para pessoa através dos sentidos⁽⁴⁾ - necessariamente serão ampliados os contatos sensoriais, atingindo mais sentidos do ser humano e, assim, transmudando o conhecimento comum (transmitido pela escrita) em “conhecimento sensível” (apreciado pela visão, pela audição e ponderado pela inteligência)⁽⁵⁾.

Em suma: de um lado, o registro eletrônico democratiza a fiscalização e produção da prova oral; de outro, inibe interpretações indevidas dos fatos e expõe menos esses fatos à imutabilidade valorativa monopolizada pelo juiz.

É nesse sentido que caminha o processo penal. O anteprojeto de que é objeto este trabalho dispõe, em seu artigo 178, que “o registro do depoimento da testemunha será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotípica, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações”.

Demonstrando forte caminhada em direção à fidelização do registro da prova, o CPP em discussão no Legislativo determina que a prova seja registrada por meio que lhe assegure a maior fidelidade das informações, em claro rechaço à forma escrita de registro.

Questões de maior complexidade e resultantes do que até aqui foi exposto são:

a) se houver inobservância de forma, qual será a sanção?; e

b) é possível que o conteúdo do registro audiovisual seja degravado e transcrito por ordem da superior instância ou a pedido das partes?

Quanto à primeira indagação, a atual fórmula legal não proíbe que o registro eletrônico ou mecânico dos depoimentos seja degravado e transcrito. Antes, no caso do Tribunal do Júri, o parágrafo único do

artigo 475 do CPP permite interpretar, inclusive, que há determinação para que seja feita a degravação e respectiva transcrição do registro. O artigo 297, parágrafo 3º, do anteprojeto de CPP prevê que “as partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética respectiva à audiência”. O mesmo projetado CPP limita-se a dizer que cópia do registro audiovisual será encaminhado às partes “sem necessidade de transcrição” (artigo 178, parágrafo 1º). E o parágrafo 2º do mesmo artigo permite que o registro seja escrito se não for possível realizá-lo na forma eletrônica.

Logo, o anteprojeto permite a transcrição, tal qual o atual CPP. Todavia, não se pode esquecer que a dignidade do direito à prova é de nível constitucional; é direito que se extrai do direito de ação, pois de nada adianta a consagração constitucional do direito de ação se a mesma Carta Política não assegurar aos cidadãos os meios de demonstrar aquilo que vierem a argumentar através do direito de ação⁽⁶⁾. A fidelização do registro da prova, portanto, atende a ideais constitucionais de justiça, democracia e humanidade. A permissividade da degravação e transcrição faz ruir em parte a consciência que até aqui se construiu sobre a eminência constitucional do direito à prova, uma vez que possibilita a contaminação da psique do julgador pelo contato com o registro escrito, que é por natureza estático e de baixa contextualização.

Devido às implicações no *status libertatis*, não se pode hesitar em afirmar nula a prova produzida com inobservância de tal forma.

Bem entendido: não se trata de limitação à apreciação da prova, mas sim de sua ampliação. O que ocorre é que, ao se permitir a degravação e transcrição do registro eletrônico, abre-se a porta para a contaminação psicológica do julgador pelo seu contato com situação processual apriorística. É cômodo (e em alguns casos mais rápido) ler um depoimento escrito, pronto e previamente valorado. Especialmente ocorre em relação àquele que não esteve presente à audiência, como é o caso do magistrado que atua em grau recursal. É vício que desnatura a prova porque a degravação radicaliza a separação entre a observação e a apreciação sobre essa mesma prova, atitudes que, embora diferenciáveis, estão unidas no ato de julgar⁽⁷⁾.

O mesmo raciocínio vale para a segunda questão acima.

Ora, todo o sensível movimento de fidelização que vem se operando em tema de registro visa humanizar e democratizar o processo penal, pois o meio de transmissão da informação provoca perdas sobre a qualidade e quantidade da informação. Deformam-na. Isso se reflete imediatamen-

te sobre a liberdade do acusado. Basta que um dos sentidos do ser humano que julga não seja afetado para que anos de liberdade sejam indevidamente restringidos. Por mais que seja apurada a técnica de redação do julgador, nada substitui a declaração emocionada ou aquela que nenhuma emoção transpira. Nada substitui o choro ou o olhar daquele que depõe.

Recente episódio ocupou a mais elevada administração da justiça, em tema de transcrição de depoimentos gravados. No pedido de providências nº 0000204-25.2010.2.00.0000, o Conselho Nacional de Justiça determinou ao Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso que se abstivesse de determinar aos magistrados de 1º grau a degravação de depoimentos colhidos em processos criminais por meios audiovisuais. A celeuma instalou-se por motivos administrativos, uma vez que o magistrado teria se recusado a proceder à transcrição que lhe fora determinada. Debateu-se que a atividade de degravação ficaria a cargo das secretarias de 2º grau. A discussão, todavia, desloca-se. Não cabe discutir a quem cabe fazer a transcrição, mas sim se essa transcrição pode ser feita sem que se lesione o direito à prova constitucionalmente consagrado.

O CPP pelo qual aguardamos tem boa oportunidade de acabar de uma vez por todas com a brincadeira do “telefone sem fio” e com os respectivos déficits que recaem não somente sobre a informação que ingressa no sistema de provas, mas, principalmente, sobre a liberdade do indivíduo.

NOTAS

- (1) LUHMANN, Niklas. *Introducción a la Teoría de Sistemas; lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Universidad Iberoamericana, Antropos, México, 1996, p. 233.
- (2) CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, p. 9-10.
- (3) MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal, 1949* - Torino, Unione Tipografico - Editrice Torinese, Librería El foro, Buenos Aires, 1996, Vol. III, p. 356.
- (4) MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica de las pruebas em materia criminal, 1912* - 3ª ed. Torino, Unione Tipografico - Editrice Torinese, Tomo II, Bogota, Temis, 2002, p. 73.
- (5) IRIARTE, Gustavo Cuello. *Derecho Probatorio y pruebas penales*; 1ª Ed., 2008, Legis Ed., 2008, Colombia, p. 117-124.
- (6) FERNANDES, Antonio Scarance. *Proceso Penal Constitucional*; 6ª edição, São Paulo, RT, 2010, p. 72.
- (7) GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal em El Estado de Derecho. Colección autores de derecho penal, Obras Completas*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni editores, 2007, Santa Fé, p. 262.

Cláudio do Prado Amaral

Juiz de Direito do Estado de São Paulo.
Professor Doutor da Faculdade de Direito
da USP de Ribeirão Preto.

REFORMAS LEGISLATIVAS E O CPP

Eugênio Pacelli de Oliveira

O título destas breves anotações aponta em duas direções, ao menos na pretensão do articulista. De um lado, trazer para a contextualização do tema o ambiente em que se recebe qualquer reforma legislativa no Brasil. De outro, abordar algumas das principais modificações inseridas no PLS 156 (Projeto de Lei do novo CPP).

Ao primeiro passo.

Pelo menos desde **Gadamer** e seu giro (ou espiral) hermenêutico, parecem já assentadas algumas questões fundamentais para a aplicação do Direito, no que toca ao papel do intérprete, a saber: a) a necessidade de percepção da situação histórica do sujeito diante do *algo* (a ser interpretado); b) a compreensão prévia das *pré-compreensões* ou das antecipações de sentido que (todos) fazemos em relação a qualquer texto; c) a busca da *alteridade* naquilo que interpretamos, como único meio de se chegar à fusão dos *horizontes dos sentidos* (daquele trazido pelo intérprete e do outro, trazido pelo *algo/aquilo* interpretado). Em outras palavras, e bem mais descomplicadas: é preciso ter *boa vontade* para encontrar o *outro* no texto; do contrário, sempre se estará (o intérprete) voltando a si mesmo, em prejuízo da situação hermenêutica.

O PLS 156 do Senado pretende promover importantes modificações no processo penal brasileiro. Inicialmente, fruto dos labores de uma Comissão de Juristas formada para a apresentação de um anteprojeto de lei, o texto foi acolhido pela Presidência do Senado, em meados de 2009. Desde então, teve início sua tramitação no Congresso Nacional. Note-se que, passado já um ano, sequer aportou na Câmara dos Deputados, local no qual se espera maior morosidade, a julgar pela experiência nacional na aprovação de novos Códigos.

Cumpre-nos, nesse curto espaço, fazer alguns esclarecimentos.

Boa parte da matéria reservada a um Código de Processo Penal já se encontrava e se encontra determinada na Constituição da República. Não que sejamos partidários de uma *superconstituição*, como inadvertidamente se vem encontrando no Brasil, que enxerga no aludido texto (de 1988) o mais completo acabamento da totalidade da ordem jurídica nacional, como se não restassem quaisquer espaços de conformação legislativa.

A nosso aviso, por exemplo, não há escolha constitucional vinculante quanto à configuração de uma teoria mais geral do processo penal. A questão da iniciativa (da ação) penal pública, em mãos do Ministério Público, como é óbvio, não constitui impe-

dimento ou determinação quanto ao *sistema de persecução*, isto é, quanto à adoção da *obrigatoriedade* (ou legalidade), fundada na objetividade da atuação do *parquet*. Globalmente considerado, um sistema da *discricionariedade*, no qual se permitisse uma política de conveniência da persecução em mãos do Ministério Público, levantaria, no mínimo, uma grande questão: a quem caberia o controle desta atuação, sabendo-se que a aludida instituição se organiza em carreira, sendo os respectivos membros independentes funcionalmente? No sistema estadunidense o controle é de natureza política (eleição) e os integrantes da função se acham hierarquizados ao Procurador-Geral. Seria uma alternativa, mas não uma necessidade.

De outro lado, pensamos que a ação penal privada não se justifica em uma ordem jurídica em que se reserva - ou se deva reservar - ao Direito Penal um papel de mínima intervenção, direcionada para a proteção dos bens jurídicos de maior alcance social ou comunitário contra as maiores e mais graves agressões.

Nesse passo, o PLS 156 já tem o mérito de criar uma *principiologia geral*, fundada na proibição do excesso, mas, *também*, na efetividade da tutela penal dos direitos fundamentais. Com isso, abre-se espaço para uma compreensão mais ampla quanto à verdadeira pauta de interpretação para o processo penal, segundo as escolhas constitucionais. Afinal, é ali, na Constituição, que se instituem direitos e garantias, mas, também, se emitem juízos de maior reprovação em relação a determinados comportamentos e de danos.

Mais.

Embora ainda não suficientemente entendida em determinados setores, a explicitação acerca do papel do juiz no processo penal, e, particularmente, na questão probatória, parece-nos inteiramente afinada com os ordenamentos mais modernos - o que, se não garante o *acerto*, reforça a justificativa da opção. E, conforme se vê na Exposição de Motivos do anteprojeto, não se caminhou para a instituição de um juiz *inerte*, vedando-se tão somente uma atuação substitutiva das funções ministeriais. Mas, nem aqui se pode enxergar qualquer *censura* a quem quer que seja. Trata-se apenas de definir a responsabilidade *do parquet* pela acusação. O juiz, independentemente da fase da persecução, deve ser sempre o garante das *liberdades públicas*.

O PLS 156, em qualquer perspectiva que se trabalhe, é superior - e muito - ao

atual modelo. As modificações feitas em tema de competência, de modo a evitar a eternização dos conflitos (de jurisdição); a introdução da *parte civil*, por *adesão*; a inserção de procedimentos *restaurativos* nos crimes de menor gravidade e, de modo especial, nos crimes contra o patrimônio, praticados sem violência ou grave ameaça; a instituição de inúmeras alternativas ao cárcere e o estabelecimento de maior celeridade em alguns procedimentos garantem um Código mais ágil, sem qualquer perda de efetividade.

Mesmo a modificação que o anteprojeto fez em relação à disciplina do *habeas corpus*, que tantas críticas recebeu de alguns setores de grande influência, pode e deve ser explicada. E, facilmente.

É de se ver, no ponto, que a questão não tangencia a perda ou diminuição de garantias individuais. O problema se localiza, a nosso juízo, na *preferência* reservada à tramitação do *habeas corpus*. Nesta, a preferência e a celeridade estão intimamente relacionadas com a proteção do direito de locomoção. Proteção *imediate*, pensamos nós.

Porque é que uma discussão acerca da inépcia da denúncia - hoje, uma febre nacional - há que ser julgada *antes* do recurso de apelação no qual se sustenta a mesma tese (da inépcia)? Embora idênticos os conteúdos ou os objetos da impugnação (na apelação e no *HC*), julga-se *antes* - atualmente - o *habeas corpus*, unicamente em razão do tratamento que se reserva a este procedimento. Ora, quando evidenciada, eventualmente, a teratologia na persecução (inépcia, atipicidade, prescrição etc.), aí, sim, se justificaria a alternativa. Jamais, como regra.

Naturalmente haverá de perceber o leitor que o espaço destas considerações não permite o aprofundamento das questões de maior relevo. Somente por isso nos limitamos a apontá-las (algumas delas), esclarecendo minimamente as escolhas e os caminhos possíveis. Um Código, sabe-se, tem um espectro muito amplo quanto ao conteúdo de sua regulação. Um Código de Processo Penal, então, por tratar de questões tão sensíveis, levanta expectativas ainda maiores. Daí, a inevitável demora em sua aprovação. Se, porém, houver convergência quanto à necessidade dela, talvez se reduza a área de resistência.

Eugênio Pacelli de Oliveira

Mestre e Doutor em Direito.

Procurador Regional da República.

Relator-Geral do anteprojeto do novo CPP.

OS EMBARGOS INFRINGENTES NO PLS 156/2009⁽¹⁾

Geraldo Prado

1 - Introdução

Em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa do Senado Federal⁽²⁾ apontei aspectos do Projeto de Lei nº 156/2009 que, em minha opinião, estavam a merecer tratamento diferenciado.

Não creio que o substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça da Casa haja aperfeiçoado sobremaneira o trabalho da Comissão de Juristas. Ao revés, premida pelas pressões corporativas comuns ao processo democrático de elaboração das leis, a referida Comissão “andou para trás” em alguns pontos e introduziu no projeto conhecidas estruturas de nítida natureza inquisitorial, em contradição com o notável esforço da Comissão de Juristas em dotar o Brasil de uma lei processual penal coerente com o modelo acusatório e com a proposta de Estado de Direito consagrada na Constituição da República de 1988.

Por isso e por dever de lealdade para com a história e a biografia dos juristas encarregados da redação original do texto é necessário sublinhar que, desde o início do projeto de concepção de um novo Código de Processo Penal, sempre se transmitiu a mensagem de que a obra primeira da Comissão de Juristas seria debatida em nível nacional, entre profissionais, acadêmicos e grupos políticos interessados na matéria, com especial ênfase aos defensores de direitos humanos, para tomar a forma de Projeto de Lei somente a partir do fim dos debates e com a incorporação das principais sugestões.⁽³⁾

O tempo da política, porém, é outro! E o esboço, muito bem articulado, seguiu para o Congresso Nacional por iniciativa do Presidente do Senado Federal e apenas depois disso iniciou-se o processo de submissão ao escrutínio da sociedade, nas várias e importantes audiências públicas realizadas em todo o Brasil.

De toda maneira o cerne da questão posta pelo PLS 156/2009 não se alterou: não há mais como continuar aplicando aos casos ou causas penais o ritmo e as técnicas processuais consolidados sob o pálio das ditaduras - e para tornar eficiente a gestão autoritária do poder - ainda que recentes modificações hajam ajustado uma ou outra matéria.⁽⁴⁾

Simplesmente lutar contra o PLS 156/2009, como alguns fazem, é lutar pela perpetuação de práticas antidemocráticas.

Claro que o projeto precisa ser aperfeiçoado! Mas qualquer obra humana sempre carecerá de melhoramentos. O que importa, ao fim, é que a “chave de interpretação e aplicação” das normas processuais penais conforme-se à estrutura acusatória e coopere no sentido de moldar a cultura democrática que se reivindica em nossas terras.

Com o propósito de colaborar para o aperfeiçoamento do PLS 156, e considerando os limites do texto, proponho ponderar sobre a limitação dirigida aos Embargos Infringentes.

2 - Dos embargos infringentes conforme a proposta original

De acordo com a redação sugerida pela Comissão de Juristas para o artigo 478 do Código de Processo Penal,

Do acórdão condenatório não-unânime que, em grau de apelação, houver reformado sentença de mérito, em prejuízo do réu, cabem embargos infringentes a serem opostos pela defesa, no prazo de 10 (dez) dias, limitados à matéria objeto da divergência no tribunal.

O atual Código de Processo Penal disciplina os embargos infringentes no artigo 609 e, dispensando-se a reprodução do artigo de lei, bastante conhecido, é necessário assinalar, no entanto, que hoje os embargos infringentes:

Servem à impugnação de decisões não-unâni­mes proferidas em apelação, mas também em recurso em sentido estrito e nos agravos contra decisões proferidas em sede de execução penal (parágrafo único).

E servem à impugnação de decisões *desfavoráveis* ao acusado, independentemente de o tribunal, no julgamento do recurso (apelação, por exemplo) ter mantido a condenação (ou outra decisão desfavorável ao acusado) ou ter reformado a sentença absolutória (hipótese do projeto).

Assim, o PLS restringe significativamente o âmbito de incidência dos Embargos Infringentes, muito por conta, suponho, do propósito de acelerar a solução das causas, haja vista a preocupação manifestada na própria Exposição de Motivos⁽⁵⁾ com a denominada “duração razoável do processo”.

É possível especular, dado o caráter lacônico do comentário na Exposição de Motivos,⁽⁶⁾ que outra razão haja, igualmente, orientado a Comissão de Juristas: a concepção de que em um processo de partes há de se limitar ao máximo os casos excepcionais de tratamento diferenciado da defesa, até porque a opção terminológica por “presunção de não culpabilidade”⁽⁷⁾ tem contorno nitidamente mais inflexível no que concerne ao âmbito de proteção do acusado, quando comparada à “presunção de inocência”.

E é aqui que a questão se coloca e, segundo penso, justifica seja reavaliada no Congresso: os embargos infringentes partem do pressuposto de que o acusado é inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e uma das expressões processuais disso está em que seja beneficiado pela dúvida, a qual, em um julgamento colegiado, toma corpo na dissidência (no voto divergente).

Não se cuida de uma questão matemática!

A dúvida não é mais ou menos importante quando apoiada em uma solução do juiz de primeiro grau favorável à defesa! Dúvida é “estado de incerteza”. E quando a dúvida se revela em um processo tendente a tolher exercício de direitos fundamentais, com mais razão há de se “tolerar” o prolongamento do processo para

que outro órgão jurisdicional reveja a matéria e, se for o caso, corrija o erro.

É possível que haja faltado à previsão o trabalho empírico de pesquisar embargos infringentes que surgiram a partir, por exemplo, de condenações em primeiro grau majoritariamente mantidas em apelação.

O professor **Antonio Pedro Melchior**⁽⁸⁾ investigou o tema e demonstrou que no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, apenas para ilustrar, são bastante frequentes os casos de provimento de embargos infringentes em semelhante hipótese.⁽⁹⁾

Sou da opinião de que o resultado da pesquisa fala por si quando a matéria é “fazer justiça”.

Há ainda a ponderar que a consciência a respeito da duração razoável do processo não pode colocar na sombra o sistema abraçado pelo PLS 156/2009.

Com efeito, a redução dos recursos pelo emprego da condenação direta, denominada “procedimento sumário”, por certo abreviará a duração de muitos processos e auxiliará no desafogo daqueles que tramitam em segundo grau.

É preciso, todavia, atentar para este mesmo “sistema”, preconizado pelo PLS 156/2009, pois se há restrição ao emprego de *habeas corpus*, contra o uso de prova ilícita, por exemplo, a limitação dos embargos infringentes a casos de apelação, com exclusão do agravo, reforça a sensação de que as liberdades públicas estão saindo prejudicadas!

Reitero, pois, que a tarefa de aperfeiçoamento democrático do projeto demanda o reconhecimento de seus méritos, mas decorre da admissão de que, obra humana que é, sempre poderá ser melhorada.

NOTAS

- (1) Este trabalho trata do Projeto de reforma do Código de Processo Penal (PLS 156/2009).
- (2) *Sobre o Projeto de Código de Processo Penal. Separata*. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Brasília, ano 46, nº 183, julho/setembro de 2009.
- (3) O jurista e advogado **Luiz Guilherme Martins Vieira**, que integrou o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).
- (4) Neste contexto inserem-se as Leis 11.689, 11.690 e 11.719/2008.
- (5) Item IV do tema “medidas acautelatórias”.
- (6) Item VI: “Restringiu-se o cabimento dos embargos infringentes e de declaração”.
- (7) Item VII da Exposição de Motivos.
- (8) Mestrando em Direito da UNESA.
- (9) CONJUR: *Número de embargos justifica a manutenção do recurso*, por **Marina Ito**. <http://www.conjur.com.br/2010-jan-03/quantidade-embargos-providos-justifica-manutencao-recurso-cpp>, pesquisado em 19 de julho de 2010.

Geraldo Prado

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Pós-doutor em História e Teoria das Ideias pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela UGF. Professor-adjunto de Direito Processual Penal da UFRJ e do Curso de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da UNESA.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ASPECTOS REFERENTES À TEORIA GERAL DA PROVA

Guilherme Madeira Dezem

O novo Código de Processo Penal proposto e em análise junto ao Congresso Nacional apresenta vários avanços e alguns pontos que podem ser aprimorados. Neste texto pretende-se a discussão do modelo proposto na parte referente à Teoria Geral da Prova (artigos 162 a 166). Contudo, para que adequadamente se possa compreender o sistema da teoria geral da prova, é preciso que se voltem os olhos para o início do código.

O Código inicia com o Livro I (Da persecução penal), que por sua vez inicia-se com o Título I (Dos princípios fundamentais). É interessante notar que o primeiro artigo do CPP estabelece que o processo penal será regido pelo Código em todo território nacional, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil.

Já se tem aqui a tônica do espírito do Código: enquanto o Código atual ressalva, em seu artigo 1º, I, os tratados e convenções internacionais, o novo Código agrega de maneira inequívoca tais diplomas. Trata-se de importante medida para que se perceba, sem mais discussão, a efetiva aplicação dos tratados e convenções dos quais o Brasil faça parte ao processo penal brasileiro.

Também o Código estabelece outro importante modelo: fixa a estrutura acusatória em seu artigo 4º, deixando claro que esta estrutura terá os limites previstos no Código: *Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.*

Poder-se-ia dizer que este artigo 4º representa um dos eixos do novo código: fixa a estrutura acusatória e deixa claro que jamais poderá haver iniciativa do juiz de investigação e, também, a substituição da atuação probatória do órgão acusatório.

Além do artigo 4º, há outros dois artigos que acabam por mudar o eixo de aplicação do Código de Processo Penal e que limitam aqueles que ainda não entenderam a sistemática apresentada pela Constituição de 1988: trata-se dos artigos 5º e 6º do CPP.

No artigo 5º, têm-se os critérios que deverão ser utilizados para a interpretação da lei processual penal: proibição de excesso, máxima proteção dos direitos fundamentais e efetividade da tutela penal.

Já no artigo 6º é admitida a analogia e a interpretação extensiva, sendo vedada, contudo, a ampliação do sentido de normas

restritivas de direitos e garantias fundamentais. É dizer: efetiva-se a máxima de que as normas restritivas de direitos fundamentais devem ter interpretação restritiva.

O artigo 4º encontra reforço no artigo 162, parágrafo único, o qual estabelece que será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º. Vale dizer, a atividade probatória de ofício do magistrado é limitada, em busca de verdadeiro processo de partes, somente podendo o juiz atuar de ofício ao final do processo e, mesmo assim, jamais podendo atuar em substituição ao órgão de acusação.

É de se lembrar que, no atual sistema, o magistrado pode produzir prova de ofício antes de iniciada a ação penal e no curso da instrução (art. 156, incisos I e II), de forma que há sensível redução dos poderes instrutórios do juiz no novo Código.

Quanto à prova ilícita, vem ela tratada no artigo 164 do projeto. Em primeiro lugar, de se destacar que não há mais definição do conceito de prova ilícita, havendo apenas referência a sua vedação: *Art. 164 São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.* Evita-se, desta forma, a conceituação de prova ilícita como se dá no atual sistema (art. 157 do CPP).

A comissão corrige equívoco havido no CPP: fixa agora o artigo 164, parágrafo primeiro, que a prova cuja ilicitude se reconheça será desentranhada dos autos e arquivada em cartório. Esta medida mostra-se melhor do que a atual inutilização prevista no artigo 157, uma vez que na prova ilícita pode estar contida a própria materialidade do crime cometido pela autoridade.

Da mesma forma, o Projeto do CPP repete a idéia da possibilidade de utilização da prova ilícita derivada nas hipóteses denexo causal atenuado e quando se tratar de fonte independente. Talvez aqui fosse necessário ajuste de redação para que se deixe efetivamente clara a adoção da teoria da descoberta inevitável e não a teoria da fonte independente. Vale dizer: seria importante e ganharia em aprimoramento técnico efetivar a distinção entre a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável, tomadas como sinônimos no atual CPP e também no Projeto.

No que se refere à fundamentação, mantém-se o sistema do livre convencimento motivado, observando-se a restrição de que este livre convencimento deverá ser baseado nas provas submetidas em contraditório judicial (art. 165), devendo o juiz indicar,

na fundamentação, os elementos utilizados e os critérios adotados.

Tem-se novamente aqui a discussão sobre o valor probatório do inquérito policial. Parece que a adoção deste sistema mostra-se mais adequada, no sentido de que efetivamente não poderia haver condenação baseada em elementos da investigação.

Neste mesmo artigo 165, estabelece o legislador o valor da chamada do corréu: as declarações do coautor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova colhidos em juízo que atestem sua credibilidade.

Efetivamente, permitir-se a condenação baseada tão somente na palavra do corréu não se mostra adequado, daí porque a importância de, para a validade destas declarações, haver a necessidade de confirmação de outros elementos em juízo.

Também merece elogios a regulamentação do uso da prova emprestada, prevista no artigo 166: *admite-se no processo penal a prova emprestada, mediante requerimento da parte e desde que tenha sido colhida em processo judicial ou administrativo com observância do contraditório e da ampla defesa.*

Há, porém, um problema aqui a ser observado e que mereceria maior atenção por parte do legislador a fim de que não se cause perversão ao sistema do Código: o artigo 166 permite o uso da prova emprestada colhida em processo judicial ou administrativo com observância do contraditório e da ampla defesa.

Em primeiro lugar, seria importante, em termos de redação, deixar claro que somente poderá ser utilizada a prova emprestada se tiver sido ela produzida na presença daquele contra quem se pretenda utilizá-la, como amplamente reconhecido pela doutrina.

Em segundo lugar, deve-se lembrar da posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da necessidade de advogado para o processo administrativo, externada pela súmula vinculante nº 5: *a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.*

O problema da redação do artigo 166 é que não faz referência à necessidade de defesa técnica perante o processo administrativo para a validade da prova emprestada. Uma vez que o próprio STF entende esta defesa técnica como desnecessária, teríamos então grave problema: a utilização de prova colhida sem a presença da defesa técnica no processo penal.

É evidente que o problema praticamente não existe quando se trata de prova docu-

mental, uma vez que o próprio artigo 166, em seu parágrafo 2º, prevê a manifestação da parte sobre a prova emprestada.

No entanto, quando se tratar de depoimentos de testemunhas que tenham sido colhidos em processo administrativo sem a presença da defesa técnica, tendo em vista a ausência de qualquer limitação no artigo 166, podemos verificar a possibilidade de utilização destes depoimentos em contrariedade ao próprio espírito do Código. Parece que os artigos 5º e 6º do novo Código impediriam a utilização desta prova emprestada nestas circunstâncias. No entanto, para que se evitem futuras discussões, seria importante que fossem fixadas estas limitações quanto à necessidade da presença da defesa técnica no que se refere à produção da prova testemunhal.

Há outro aspecto do Código que merece elogios: passa a tratar em tópico diverso das provas aquilo que a doutrina já havia reconhecido como meios de obtenção de prova⁽¹⁾ (também conhecidos como meios de pesquisa) nos artigos 224 a 258. Aqui se tem a regulamentação da busca e da apreensão e da interceptação das comunicações telefônicas.

A grande vantagem deste tratamento diferenciado está em se reconhecer que não são meios de prova. Em verdade, como meios de obtenção de prova submetem-se a sistema próprio e, por isso, deveriam efetivamente ter tratamento diferenciado pelo Código.

No entanto, poderia o legislador ter regulamentado outro meio de obtenção de prova, qual seja, a captação ambiental de imagens e sons.⁽²⁾ Trata-se de meio de obtenção de prova previsto na Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95) e que não possui procedimento probatório previsto, de forma que poderia efetivamente ter sido regulamentado para fins de concessão de maior segurança jurídica a todos.⁽³⁾

Por tudo quanto o visto, no que se refere à matéria probatória, há inegável avanço no Projeto do Código de Processo Penal. Alguns detalhes, é certo, podem aprimorar o ideal do Projeto contido nos primeiros artigos do futuro Código e já comentados no início deste trabalho. Mais, acima de tudo, o grande mérito deste Projeto está na ideia de que a acusatoriedade e a proteção aos direitos fundamentais são alguns dos valores fundantes do sistema processual penal.

NOTAS

- (1) Para maiores referências sobre o tema, vejam-se as lições de **GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, in *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. **YAR-SHELL, Flávio Luiz, MORAES, Maurício Zanoide de** (orgs). São Paulo: DPJ Editora, 2005 e também **BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. *Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 65, p. 175-208, 2007.
- (2) Para maiores informações sobre o tema da captação ambiental de imagens, veja-se nosso trabalho em **DEZEM, Guilherme Madeira**. *Da prova penal*. Campinas: Millenium, 2008.
- (3) O tema foi analisado pelo STF na decisão que recebeu a denúncia no Inquérito 2424/RJ, quando então se admitiu a colocação de câmeras de vídeo no escritório de advogado que era suspeito da prática de crime. É importante que a legislação fixe efetiva e concretamente os marcos dentro dos quais seria admissível a captação ambiental de sons e imagens.

Guilherme Madeira Dezem

Mestre em Processo Penal pela USP e doutorando pela mesma instituição. Professor de Direito Processual Penal em cursos de graduação e de pós-graduação. Juiz de Direito em São Paulo.

PRISÃO PREVENTIVA COM PRAZO DETERMINADO, MAS IRRAZOÁVEL

Ivan Luís Marques

O PLS 156/09 traz novidades importantes para o sistema processual penal. Os anseios doutrinários de compatibilização do Processo Penal com a Constituição foram materializados pelos integrantes da Comissão de Juristas. Agora, seu feliz e harmonioso trabalho tramita no Senado. Já é possível detectar modificações feitas que deturpam a redação original do anteprojeto, em nome de um irresponsável recrudescimento punitivo. As duas faces foram expostas e estão em choque: a doutrina garantista luta para sobreviver ao legislador repressivo.

O Parecer 334/10, aprovado pela CCJ do Senado, traz os seguintes destaques positivos: a figura do juiz das garantias; dos direitos da vítima; inquirição de crianças e adolescentes; emprego de algemas; monitoramento eletrônico; entre outros.

Podemos pinçar questão relevante que irá despertar a atenção dos profissionais do Direito: a questão da fixação de *prazo determinado para a duração máxima da prisão preventiva*.

As medidas cautelares pessoais estão previstas no Livro III, Título II, do PLS 156/09 e totalizam 16 hipóteses, deixando claro, *prima facie*, ser a prisão provisória

a última opção. Há um farto leque de medidas à disposição do magistrado. Felizmente, neste ponto, remou-se contra a política da Lei e Ordem, atendendo aos ditames da Constituição e mostrando responsabilidade e compatibilidade com as deficiências estruturais do Estado, expostas pelo CNPCP e pelo CNJ⁽¹⁾.

Hipóteses de não cabimento da prisão preventiva

As medidas cautelares pessoais não serão aplicadas para os crimes não apenados com pena privativa de liberdade. Começa-se a balizar a amplitude hermenêutica das restrições aos direitos individuais. Complementa-se a informação com o art. 525: “é vedada a aplicação de medida cautelar que seja mais grave do que a pena decorrente de eventual condenação”.

De forma mais específica, o art. 555 apresenta as hipóteses de **não cabimento da prisão preventiva**: (I) nos crimes culposos; (II) nos crimes dolosos com pena privativa de liberdade igual ou inferior a 3 anos (exceto para os crimes cometidos com violência ou grave ameaça); (III) se o agente tem mais de 75 anos; (IV) gestante a partir do 7.º mês de gestação ou sendo

esta de alto risco; (V) mãe que convive com filho de até 6 anos ou que necessite de cuidados especiais; ou ainda (VI) agente acometido de doença gravíssima, ou estado de saúde incompatível com a prisão ou exija tratamento permanente em local diverso.

Por outro lado, as hipóteses de não cabimento dão lugar à sua possibilidade, caso ocorra o descumprimento injustificado de outras medidas cautelares.

Hipóteses de cabimento da prisão preventiva

A preocupação com o rol de hipóteses de cabimento foi mantido e encontra-se no art. 554: a prisão preventiva poderá ser decretada: *como garantia da ordem pública ou da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal; para assegurar a aplicação da lei penal; em face da extrema gravidade do fato; diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor*. Sempre somadas à prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

As lacônicas expressões “ordem pública” e “ordem econômica” foram mantidas. Outras duas hipóteses abertas foram criadas: I - em face da extrema gravidade do fato;

II - diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor.

A fundamentação da prisão cautelar no Brasil continua fundada na subjetividade jurisdicional. A Emenda n. 9, do Senador Demóstenes Torres, aprovada pela CCJ do Senado, violou a tipicidade necessária para regras processuais que tutelam hipóteses de prisão para os juridicamente inocentes. Vale levantar a questão na Câmara dos Deputados e lutar contra tal inconstitucionalidade. O que é *extrema* gravidade? Vide STJ: “*Na hipótese, vê-se que a segregação está amparada na gravidade e hediondez do delito, elementos que, por si só, não são considerados idôneos*” (HC 44.307-SP, 6.^a T., rel. **Og Fernandes**, 24.08.2009, v.u.).

Nos parágrafos do art. 554 afirma-se: a preventiva *já* será utilizada como antecipação da pena; e o *clamor público* não justifica, por si só, a preventiva.

O caráter subsidiário da restrição da liberdade cautelar ganhou contornos bem definidos: o juiz somente estará autorizado a decretar a prisão se outras medidas revelarem-se inadequadas ou insuficientes.

4. Prisão preventiva com prazo determinado

No atual sistema, não há prazo máximo para a prisão preventiva. Ela perdura enquanto presentes os motivos que lhe deram causa, criando situações absurdas de pessoas presas cautelarmente por mais tempo do que ficariam se condenadas. Na tentativa de corrigir tal mazela, o novo CPP apresenta prazos máximos de duração com os seguintes patamares:

PRAZOS MÁXIMOS DE DURAÇÃO	HIPÓTESE LEGAL
I - 180 dias	• Se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível; ⁽²⁾
II - 360 dias	• Se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível;
360 dias	• Fuga ou comportamento reprovável de réu após liberado;
540 dias	• Defesa interpõe recurso extraordinário e/ou especial;
240 dias (inc. I) 420 dias (inc. II)	• Crime com pena máxima em abstrato igual ou superior a 12 anos.

Só será admitida nova prisão preventiva:

- se decretada no momento da sentença condenatória recorrível de primeira instância ou em fase recursal;
- se houver fuga, comprovada por reiterado não atendimento de intimações judiciais;
- comportamento gravemente censurável do réu após a sua liberação.

Caso o custodiado fuja, interrompe-se a contagem que será reiniciada em dobro.

Esgotados os prazos legais, o réu deve **necessariamente** ser colocado em liberdade, restando ao Estado a utilização das demais medidas cautelares, isolada ou cumulativamente.

Levantamos três questões para reflexão:

- O prazo máximo previsto na lei é de 4 anos, ainda que computado de forma descontínua. Pode esse prazo ser considerado razoável? Obrigar uma pessoa que ainda não foi definitivamente julgada aguardar 4 anos pela prestação jurisdicional por ineficiência estrutural do Estado nos parece absurdo, principalmente se estiver com sua liberdade restringida. Isso fere diretamente o princípio da duração razoável da prisão cautelar⁽³⁾ e, por consequência, a presunção de inocência com a pragmática antecipação da responsabilidade penal do agente. Observe-se que o STF já declarou irrazoável pessoa presa cautelarmente por 1 ano - HC 97.522-SP.
- A lei estipula o prazo *máximo*. O juiz deve fundamentar a escolha de determinado patamar no momento da decretação da prisão, sob pena de nulidade de sua decisão. A prisão lastreada em decisão não fundamentada é prisão ilegal, agora agregada da necessidade de motivação idônea do magistrado para explicitar as razões da escolha do tempo fixado para a preventiva.
- A *novel* legislação processual estipula ritos com prazos determinados e céleres, em busca da compatibilidade com o princípio da duração razoável do processo, mas peca quando permite, agora não mais de forma programática, e sim pragmática, prisões preventivas por prazos tão longos.

Conclusão

Conclui-se, observando a nova estrutura temporal da prisão preventiva sob o prisma constitucional, que os critérios de necessidade e eficiência deverão ser trabalhados dentro dos intervalos legais bem definidos.

A prisão por tempo maior do que o previsto é prisão ilegal e deve ser revogada de ofício imediatamente (art. 5.^o LXV, CF), sob pena de indenização a ser paga pelo Estado (art. 5.^o, LXXV, CF) e cabimento de *habeas corpus* (art. 5.^o, LXVIII, CF).

Não há espaço para relativizar os

prazos legais, ampliando-os, em nome da segurança jurídica, proporcionalidade, gravidade da infração e eficiência procedimental. O objeto da discussão é a liberdade de uma pessoa juridicamente inocente (art. 5.^o, LVII, CF) e sua dignidade. Ao cumprir as novas regras de prazos pré-fixados para as prisões preventivas e sua subsidiariedade, o Estado iniciará sua caminhada para se afastar da *política das masmorras*, atualizadas na vergonhosa forma de contêineres.

Menos presos cautelares, mais espaço para os condenados definitivos. Cada centímetro quadrado sobressalente para uma pessoa que mofa em celas superlotadas é um respiro de dignidade; é um pouco de revolta que pode deixar de surgir.

Para aqueles que enxergam a prisão cautelar como primeira opção, apresento o atual entendimento da 2.^a Turma do STF, relatada por Celso de Mello: “*A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5.^o, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem (...)*” (HC 95.886-RJ, 2.^a T., rel. **Celso de Mello**, 27.10.2009, v.u.)⁽⁴⁾

Lutaremos para aprimorar o texto do PLS 156/09 na Câmara. Não basta estipular prazos máximos se são, na prática, irrazoáveis; não adianta balizar temporalmente prisões se estão fundamentadas em hipóteses inconstitucionais, como a *extrema* gravidade do fato, a ordem pública e a ordem econômica.

NOTAS

- (1) O último censo penitenciário constatou que há cerca de 500 mil mandados de prisão não cumpridos. Em 2007, o sistema prisional brasileiro tinha 290.359 vagas, mas a população carcerária do país era superior a 446 mil pessoas - portanto, um déficit de 156 mil vagas. Em 2008, esse déficit subiu para 180 mil. Fonte: <http://www.conjur.com.br/2009-jun-06/inspecoes-cnj-presidios-pais-revelam-quadro-degradante>. Acesso em: 09.07.2010.
- (2) No Juri, são 180 dias até a pronúncia e mais 180 dias até a decisão do juiz presidente.
- (3) Cf. **NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais**, São Paulo: RT, 2010, p. 339.
- (4) Sobre a duração da prisão cautelar no STF: HC 100.053-ES; 100.574-MG.

Ivan Luís Marques

Mestre em Direito Penal pela USP.
Professor de Ciências Criminais e
Direito Constitucional.

ANOTAÇÕES PONTUAIS SOBRE A REFORMA GLOBAL DO CPP

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Introdução

Faz-se imprescindível analisar e discutir alguns pontos da reforma global do CPP no atual estágio e, desde já, deixar anotado algumas observações que merecerem reflexão e podem ajudar no melhor sentido a ser adotado. Inclusive por razões históricas: no Brasil em períodos muito curtos de tempo transformam-se heróis em vilões e vice-versa. Isso se faz, com frequência anormal entre nós, porque com muita facilidade se fala sem se saber e sem comprometimento: é o domínio do imaginário sem autocontrole (seria melhor dizer irresponsável?) e do qual as consequências podem ser terríveis em termos de democracia como, em geral, são.

Assim, **não se deve deixar de ter presente que a Comissão criada no âmbito do Senado Federal para redigir o anteprojeto de reforma global do CPP (atual Projeto nº 156/2009-PLS) teve um ano para trabalhar e, como se sabe, o labor foi árduo. Pesaram, sobretudo, os quinhentos anos de história inquisitorial à qual o Brasil se submete e a imensa dificuldade de pensar um novo sistema processual penal a partir dos parâmetros exigidos pela Constituição da República, quase que única defesa (a oferecida por ela) contra os ataques daqueles que não querem mudar porque a situação lhes é confortável.** Como dizia Warat algures e com razão, as nossas verdades nos escravizam àquilo que é eternamente ontem. Mas não deixam de ser apaziguadoras aos *espíritos fracos*, tanto quanto aos que se pensam *muito espertos* e, assim, *devem levar vantagem em tudo*. Por evidente, está aí o ponto mais sensível em que se encontram um *passado conservador* e um *presente neoliberal* (ainda que possa parecer paradoxal), no caso unidos para inviabilizar o crescimento democrático necessário ao futuro.

A Comissão, por conta do tempo à disposição, terminou os trabalhos preliminares em 9 (nove) meses (ago08 a abr09) e, como era de se esperar e em face da programação, algumas matérias ficaram inconclusas, ou seja, haveriam de ter recebido uma maior discussão dado se ter temas tormentosos a demandar uma participação mais ampla como, por exemplo, a questão da delação premiada. Tudo viria - pelo menos do que se tinha presente diante da Resolução de criação da Comissão, do Presidente do Senado, e do que se dizia nas entrevistas - com as *audiências públicas* previstas na referida Resolução. Para tanto, deveriam ter sido utilizados os 3 (três) meses faltantes para completar o ano; e alguns locais (de referência) já tinham até sido pensados para servirem de suporte às referidas audiências. Nelas, como é sintomático, seriam ouvidos todos os interessados, razão por que se pensou em uma convocação generalizada e

indicação de especialistas para falar em nome de instituições. O novo modelo (ainda não acabado) estaria em causa e das opiniões colhidas a Comissão pretendia fechar o *disegno di legge*, agora lastreada em um *quórum qualificado*. Afinal (perguntou-se várias vezes!) o que o Brasil deseja sobre *delação premiada*? Isso que está aí, sem regra e inconstitucional? E feita como se se estivesse em um balcão de negócios, com presos temporários sendo pressionados ao acordo ou ao engodo? Meio como um absurdo *contrato de adesão*... e condenação para sempre do delator, destinado a viver com medo da sua sombra? Enfim, até que ponto o Estado, por uma(s) pessoa(s) que o *presenta(m)*, pode garantir o cumprimento da sua parte e, de fato, proteger o delator, se for o caso para sempre? E *così via*. Isso era só o começo das indagações e deu-se o mesmo com várias matérias.

A Comissão, então, ganharia a oportunidade de explicar certas propostas (nem sempre fáceis a quem não tem alguma habilidade com o sistema acusatório) e fazer ver por que tinha optado pelo texto apresentado, assim como teria (a partir de uma atitude humilde sempre demonstrada, diga-se de passagem) a grande chance de dar lastro a algumas das suas posições naquilo que houvera sido tirado das audiências públicas.

Elas, porém, não aconteceram. O Presidente do Senado, quicá por experiência antevendo a possibilidade de se tentar mexer, de modo indesejado, com ou sem razão, no tramitar do anteprojeto (e no projeto) e, portanto, com um desgaste temporal insuportável (o que não deixa de ser o escopo de alguns, talvez imaginando que se possa passar aqui o mesmo acontecido com o projeto Frederico Marques, em que pese ser aquele expresso nas mesmas bases inquisitoriais do código atual), tratou de encaminhá-lo logo como projeto de sua autoria. Com isso, como se sabe, teve ele uma tramitação rápida (tanto que está para ser concluído no âmbito inicial no processo legislativo do Senado), com audiências públicas (já no âmbito da Comissão Especial do Senado, formada por senadores, como se sabe, e presidida pelo Sen. Demóstenes Torres e tendo como relator o Sen. Renato Casagrande), das quais pouco proveito se tirou dada a pequena participação da sociedade civil.

Por outro lado, as poucas emendas que se tentou passar (ou se passou) foram do absurdo (v.g. *manter o sistema atual*, contra a CR) ao patético (v.g. retornar o número de jurados, no procedimento do Tribunal do Júri, para 7 - ao invés de 8, como proposto - porque o MP teria uma maior dificuldade de vencer nos casos dos crimes dolosos contra a vida julgados por aquele rito), passando, em muitas hipóteses, pela grande praga de qualquer reforma processual (é só

lembrar da história delas), ou seja, o "achismo", essa maldição que permite a qualquer um opinar sobre a matéria mesmo nada sabendo sobre ela, com frequência fundado em verdades obscuras à razão democrática.

Por evidente que **todas as críticas são bemvindas e até necessárias, desde que sejam construtivas, ou seja, nenhuma delas - para dizer o mínimo e ficar em um único exemplo - poderia vir sustentada sem uma devida justificativa constitucional.** Ora, se esse era - e é - o postulado-mor do texto, sair daí soa como fraude porque manipula a premissa básica. Afinal, qual o melhor prazo para uma defesa ou recurso? Qual o melhor número de jurados? Quais as condições da ação? Qual a extensão da coisa julgada? Qual o número de recursos adequado? Qual o tempo de interceptação telefônica ou telemática? E assim por diante. Sem dúvida, cada resposta às perguntas não depende (como pode parecer ao pretensamente esperto) tão só de uma escolha voluntarista e sim de outros componentes que vão indagados juntos, como pressupostos das perguntas. Ou seja, não se pode abdicar desse algo-mais justo porque o sistema do código não é um aglomerado de opiniões particulares engenhosamente arquitetadas em um conjunto e sim um complexo de temas relacionados entre si por força de um princípio unificador. Quem não souber sobre isso deve, antes - para ter algum valor sua opinião, pelo menos no ambiente democrático e honesto intelectualmente -, aprender.

Deve-se temer, por tudo isso, não só que emendas desmedidas inviabilizem a reforma global (e não se duvide que alguns querem isso!), como podem, depois, fazer naufragar o novo CPP, pela impossibilidade de sua execução. **Um código não é de algumas pessoas; não é de uma Comissão; é da nação. E para ele todos devem concorrer, dentro dos parâmetros traçados, dos quais para nós são inarredáveis aqueles da Constituição da República.** Nem todos, porém, pensam assim; e a democracia é algo que começa e termina neles mesmos; nos seus interesses; nos seus desejos nunca satisfeitos completamente e, portanto, sempre problemáticos.

Vale, portanto, o registro histórico, de modo a que no tempo (hoje com as condições de registro que se tem) se possa demandar por uma prestação de contas àqueles que têm agido de modo precipitado (ou mesmo doloso em certos casos), não fosse antidemocrático. Por evidente, já não se passa imune aos *imbrogli retorici* como antes e, assim, vale anotar pontualmente algumas matérias.

Sobre a mudança para o Sistema Acusatório

É a mais relevante mudança trazida no CPP

que está vindo. Ora, o sistema do código atual é inquisitório e dele é que todos nós queremos nos livrar: ele deu no que está aí e só um hipócrita poderia dizer que esta bom com esta.

O importante, porém, é que a Comissão que elaborou o anteprojeto, hoje Projeto nº 156/2009-PLS, em verdade partiu da idéia de que para se fazer um novo código seria imprescindível compatibilizar a estrutura toda com a Constituição, hoje com quase 22 anos. O esforço foi nesta direção, logo, tudo o que se fala a respeito deste tema deve ser visto, em primeiro lugar, pelas lentes da CR, sob pena de qualquer crítica se tornar vazia e desacreditar seu autor. Por evidente que se precisa de críticas mas, para que elas sejam produtivas, deve-se levar em conta a Constituição, anteparo primeiro da Comissão: *é nela que está um modelo de processo penal que só pode ser estruturado no sistema acusatório*. Afinal, o processo do sistema inquisitório é incompatível com o devido processo legal, só para começar.

Ora, *para o processo penal ser devido as partes devem ocupar o lugar que a CR destinou para elas e, assim, não faz qualquer sentido o juiz ter a iniciativa da prova (como se fosse ônus processual seu), mormente em favor da acusação e contra o réu ou mesmo vice-versa*. Isso não significa que ele vá ser como uma “samambaia”, conforme ingenuamente alguém sugeriu. Basta ver que se as partes propõem meios de provas para esclarecer o juiz, é evidente que tal esclarecimento deve ser feito por ele se elas não conseguem se desincumbir de sua função. Assim, se alguém arrola uma testemunha - como já deveria ser hoje - ele, o juiz, espera que as partes façam as suas perguntas a fim do esclarecimento pretendido. Se isso não vier, por que ele não poderia perguntar também, depois? Eis por que se não deve confundir as coisas. Um sistema assim é, sem dúvida, mais democrático, com *cada parte no seu lugar*, o que permite, antes de tudo, que o juiz possa manter uma maior equidistância das partes e seus pedidos. O juiz, *desde este lugar*, assume seu mister constitucional e, assim, passa a ser o garante da Constituição e, por conseguinte, dos direitos e garantias individuais.

Por sinal, precisamos de tal juiz porque é sobre ele que recai a responsabilidade de decidir, se for necessário, contramajoritariamente, sem o que não há democracia.

Sobre a ação penal, processo e procedimento

A ação penal será tão só pública. *A Comissão decidiu acabar com a ação penal de iniciativa privada, dado que não fará mais sentido*. Ficar, em face da previsão constitucional, a *ação de iniciativa privada subsidiária da pública*; mas essa já hoje não se duvida que é pública. As operações de mudança, porém, não foram complexas: o que era fundado nos chamados crimes privados (se é que se podia falar assim!)

e, portanto, teria ação de iniciativa privada, passaram a ser de ação pública condicionada. Agirá, assim, o MP, após a intervenção da vítima ou outro legitimado. A questão, como se pode perceber, não é muito simples; e isso não propriamente pela natureza dos crimes (públicos, semi-públicos ou privados), algo nem sempre sustentável no processo penal brasileiro em face de regras como a do art. 345, do CP, e sim em função da constante desconfiança de alguns de não atuar adequadamente o MP na defesa dos interesses das vítimas individualmente tomadas. O problema não é desprezível - e disso sabem todos, pelos inúmeros exemplos que se colocam sempre -, mas há de se ter uma visão positiva do MP dentro do novo sistema não só pela grandeza conquistada pela instituição - e manifestada na CR - como, por outro lado, porque seus órgãos têm caminhado na direção democrática em um processo até mais rápido do que se poderia esperar levando-se em conta a visão fechada que se tinha até os anos 80, ou seja, antes da primeira lei orgânica nacional.

Algo importante, que deve ser anotado, é que **se fez um grande esforço para se colocar a ação penal no lugar dela e, assim, não a confundir com o processo**. Não é, como se sabe, uma simples troca de nomes. Ora, não se trata da mesma coisa; e sobre tal é despidendo dizer. Com isso, por exemplo, *ficou melhor amarrado a questão das condições da ação*, hoje um vero problema no CPP, com a reforma parcial de 2008, no qual o que se fez foi uma grande confusão, misturando-se coisas que se não deveriam misturar.

Por sinal, *ligado diretamente a este ponto, a Comissão, sem unanimidade, resolveu prestigiar a forma do procedimento ordinário de 2008, com pequenas mudanças, conforme hoje fixado na referida reforma parcial*. Ora, **temos vivido um problema muito sério com a mistura indevida entre as questões de processo e aquelas de mérito, o que pode ser visto na decisão antecipada de mérito já na abertura do processo** (sequer imaginável para uma estrutura inquisitorial), com uma indevida antecipação. Difícil é imaginar como um juiz cheio de trabalho (quase todos estão, para desespero deles e dos jurisdicionados) não vá fazer um copiar-colar para repetir a mesma decisão de mérito que já tomou. *Mais uma vez estamos a depender da ética dos magistrados, torcendo para que eles não acreditem nas decisões que tomaram. Isso chega a ser quase contra a natureza do ser humano; e é fonte de sofrimento, como sabem todos*.

Um processo devido, para que ficasse tecnicamente impecável, deveria começar quando se esgota - aparentemente - a ação. Ora, como sabem todos, porque o autor tem ação o órgão jurisdicional instaura o processo quando provocado. Aqui esta a imensa relevância do chamado juízo de admissibilidade da acusação, ainda não apreciado devidamente em face do

CPP, dado que se adora misturar e confundir as coisas. Mas não deveria ser assim. Ação é ação; processo é processo. Baderna técnica - como se sabe - só ajuda na insegurança, como ocorre hoje e, se não houver consciência, vai acabar ficando com o modelo que se está a propor no Projeto, contra a vontade de uma maior consciência processual. Veja-se. É, sem dúvida, uma das piores coisas que ficaram das reformas parciais de 2008 no anteprojeto/projeto.

Ademais, numa estrutura acusatória, *para ter a tutela jurisdicional pela ação o órgão do MP deve ter um caso penal que se possa apresentar como um projeto sério de condenação e não como uma mera aventura* (não raro criado pela razão para descargo de consciência, como se fosse isso que a nação pedisse a ele), fadada ao insucesso. Portanto, *com um maior espaço democrático é quase natural que contra as “ações temerárias”, ao depois (com arquivamento ou absolvição), venham ações indenizatórias*. Isso não há como segurar; e é para onde se marcha no Brasil, como todos podem perceber. Afinal, no processo penal - sabe-o o jejuno - o réu sofre muito tão só pelo fato de ser réu. Logo, se acusado injustamente (coloque-se assim para simplificar), tende a não deixar passar em branco, como tem ocorrido hoje, um tanto se reputando ao “acaso” o fato da ação ter sido assim movida. Claro que não ficará desse modo. Resta saber se o MP terá um Giuliano Vassali (como ocorreu na Itália quando o problema se tornou incontornável), hábil político e sério e grande penalista, para lhe salvar o pelo, pessoalmente falando, quando forçou a lei a só legitimar o Estado pelo pólo passivo da ação e, deste modo, tentando resolver o problema pela ação regressiva, etc. Numa democracia, a gente que gosta de resolver seus problemas pessoais nos outros, inclusive agindo deliberadamente contra a lei e a CR, não se pode passar a mão na cabeça, como têm feito o CNMP e o CNJ, sempre em nome da “liberdade de decidir”, etc. Algo do gênero tem - e deve ter - limite; sob pena da pena vir por outro lugar, como válvula de escape, mais cedo ou mais tarde. Ai, porém, pode ser tarde; mas não se poderá dizer que se não sabia. Após as terríveis experiências italianas, quando alguns juízes, travestidos de MP, acabaram mal, o mundo deveria ter aprendido que nesta matéria tem sempre dois lados e um só caminho: o da democracia! Eis por que se não pode permitir (nem aceitar) qualquer abuso, parta donde partir; a começar por não se ter Estado para proteger devidamente quem em nome dele pensa falar.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da UFPR. Procurador do Estado do Paraná. Ex-Conselheiro Federal da OAB. Membro da Comissão de juristas nomeada no âmbito do Senado Federal que preparou o anteprojeto do Novo Código de Processo Penal. Advogado.

A IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Márcio Bartoli

A Reforma Processual Penal de 2008 instituiu o **princípio da identidade física do juiz no Código de Processo Penal**, que assim dispôs no seu artigo 399, §2º: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. A identidade física do juiz está intimamente ligada aos princípios da **oralidade e imediatidade**,⁽¹⁾ porque, segundo a regra do art. 400, §1º, do CPP,⁽²⁾ a instrução criminal, concentra-se numa única audiência, em que serão colhidos pelo mesmo magistrado os depoimentos de testemunhas, as declarações do ofendido, o interrogatório do acusado e as alegações das partes.

Nesse importante momento do processo, as partes buscam levar ao conhecimento do juiz a reconstrução do fato ilícito e todas as suas circunstâncias com o objetivo de contribuir ativamente na formação da convicção do magistrado, sendo muito melhor, então, que o juiz, que recolheu a prova oral e presidiu os debates, seja o mesmo que profira a sentença de mérito, decidindo o litígio. Como escreve **Gustavo Badaró**:⁽³⁾ “À primeira vista, parece que apenas há uma vinculação do juiz da instrução à sentença. Mas, é preciso perceber, ainda, outro significado, que realmente permitirá a realização de uma efetiva oralidade, com todas as vantagens dela decorrentes: a expressão ‘juiz que presidiu a instrução’ deve ser entendida como a previsão de que toda a instrução deve se desenvolver perante um único juiz, que deverá ser o mesmo que sentenciará o feito”.

O texto legal contém a voz de comando **deverá** que não deixa espaço para a existência de exceções à regra legal, devendo a sentença ser sempre proferida pelo juiz que presidiu a instrução criminal. Mas não são incomuns as licenças, promoções, aposentadorias ou afastamentos dos magistrados. Por isso, a interpretação do art. 399, § 2º, deve ser relativizada, para admitir as ressalvas mencionadas no art. 132 do CPC aplicado analogicamente, como preleciona **Gustavo Badaró** no artigo mencionado acima: “Adotado no processo penal a identidade física do juiz, fatalmente haverá situações concretas que acabarão fazendo com que se tenha que excepcionar tal regra. Mormente quando se exige que toda instrução se desenvolva perante um mesmo juiz, a identidade física do juiz não é uma regra absoluta: impossibilita nemo tenetur. Na ausência de previsão legal de hipóteses de relativização da identidade física do juiz penal, podem ser aplicadas, por analogia - pois nesse ponto sim, há lacuna -, as exceções previstas no processo civil. Assim, o ‘juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença’ (CPP, art. 399, §2º), ‘salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em

que passará os autos ao seu sucessor’ (CPC, art. 132, caput, parte final)”.⁽⁴⁾

Recomendação idêntica foi formulada por **Andrey Borges de Mendonça**: “O artigo vai ao encontro de uma das finalidades da reforma e do moderno processo penal, que é a celeridade. Imagine-se que o juiz se afaste, para tratamento médico, por mais de um ano. Não seria razoável aguardar todo esse prazo, com o processo pendente de julgamento. É bem verdade que a jurisprudência e a doutrina terão, em razão da omissão do texto legal, que adaptar o art. 132 do CPC à realidade do processo penal. Eventuais situações concretas, não previstas no art. 132 do CPC, deverão ser solucionadas à luz do princípio da razoabilidade, sem perder de vista a razoável duração do processo, assegurada no art. 5º, LXXVIII, da CF. Ademais o CPC utiliza a expressão ‘afastado por qualquer motivo’, que poderá ser adotada como norma de encerramento pela doutrina e jurisprudência, para adaptar o princípio da identidade física aos temperamentos e particularidades do processo penal”.⁽⁵⁾

Registra-se que, no Projeto de Reforma Processual Penal em tramitação no Senado Federal sob nº 156/2009, a regra da identidade física do juiz foi mantida, abrangendo as ressalvas do art. 132 do CPC e a redação do texto legal foi aperfeiçoada.⁽⁶⁾

Mas a relativização da norma legal não significa tornar o princípio da identidade física **letra morta**. Ele tem existência plena e deve ser integralmente cumprido, sem complacência, sob pena de decretação da nulidade absoluta do processo, pois a regra geral é que o juiz da instrução profira a sentença de mérito, porque há interesse público num julgamento realizado pelo juiz a quem os fatos objeto do processo criminal foram apresentados em audiência, e “a violação da regra da identidade física do juiz influi na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”, e acarreta nulidade (CPP, art. 566) da sentença. Trata-se de nulidade absoluta na medida em que haverá ‘prejuízo evidente’ no julgamento por um juiz diverso daquele que presidiu a instrução”.⁽⁷⁾

No sentido da existência de nulidade absoluta, em razão do interesse público no julgamento proferido pelo juiz que teve contato direto com as partes e com a prova oral, manifesta-se **José Roberto dos Santos Bedaque**:⁽⁸⁾ “O princípio da identidade física do juiz atende ao interesse público, pois destinado a conferir maior eficiência ao julgamento, possibilitando seja a sentença proferida por quem, em tese, reúne melhores condições para fazê-lo. Em razão disso, sua violação implica nulidade absoluta. Nem mesmo se verifica a possibilidade de incidência do princípio da instrumentali-

dade das formas, pois não há como considerar inexistente o prejuízo. A vinculação decorre do contato com prova oral relevante, produzida em audiência de instrução e julgamento”.

Assim, a passagem do processo do juiz que presidiu a instrução para outro proferir sentença de mérito, terá sempre **natureza de excepcionalidade e deverá ser plenamente justificada**, sob pena de **nulidade absoluta** da sentença.

NOTAS

- (1) Dizem **Grinover, Cintra e Dinamarco** sobre os princípios da oralidade e da imediatidade: “em seu sentido primitivo, a oralidade entre nós representa um complexo de idéias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular: os princípios da concentração, da imediação ou imediatidade, da identidade física do juiz, da irrecorribilidade das interlocutórias. O princípio da imediação exige o contato direto do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar (a imediação não está necessariamente ligada à oralidade, mas historicamente os dois princípios sempre andaram consideravelmente juntos). Como corolário indispensável da imediação, segue-se o princípio da identidade física do juiz: o magistrado deve ser o mesmo, do começo ao fim da instrução oral, salvo casos excepcionais, para que o julgamento não seja feito por um juiz que não teve contato direto com os atos processuais. A aplicação dos princípios mencionados completa-se com o da concentração da causa em um período breve, reduzindo-se a uma única ou poucas audiências, em curtos intervalos” (Teoria Geral do Processo, 8ª ed., São Paulo: RT, 1991, p. 290).
- (2) Art. 400, §1º: “As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”.
- (3) A regra da identidade física do juiz na reforma do Código de Processo Penal, artigo publicado no **Boletim do IBCCRIM**, nº 200, julho de 2009.
- (4) Ob. cit.
- (5) Nova Reforma do Código de Processo Penal, São Paulo: Método, 2ª ed., p. 280.
- (6) “Art. 275. O Juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo independente da sua vontade, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o sucessor que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”
- (7) **Gustavo Badaró**, “A regra da identidade física do juiz na reforma do Código de Processo Penal”, cit.
- (8) Código de Processo Civil Interpretado, Capítulo IV, coord. **Antonio Carlos Marcato**, São Paulo: Atlas, 2008, p. 389/390.

Márcio Bartoli

Desembargador do TJ/SP

OS ATORES E SEUS PAPÉIS

Marcos Zilli

No drama processual, cabe aos principais atores o desempenho de papéis definidos e independentes. Esse desejável equilíbrio de forças, como se sabe, encontra no processo de matriz acusatória a sua fiel expressão. Afinal, a concentração dos poderes de acusar e de julgar nas mãos de um único sujeito - característica do modelo inquisitório - traz especiais dificuldades no resguardo do atributo que é essencial ao exercício da atividade jurisdicional, qual seja: a imparcialidade.⁽¹⁾ De fato, seria por demais ingênuo supor e exigir uma equidistância de quem tomou parte ativa na construção da tese acusatória. O seu alinhamento subjetivo com os termos da imputação seria consequência absolutamente natural.

De qualquer modo, a sistematização inquisitório/acusatório não pode ser confundida com aquela que distingue o *adversary* do *inquisitory system*. Aqui, o paradigma está calcado no maior ou menor ativismo judicial na condução do processo, especialmente na atividade probatória. Ou seja, o *adversary system* mantém-se fiel à imagem do duelo travado entre dois adversários. São eles os atores que delimitam o próprio enredo do processo e o material probatório a ser incorporado. Nessa perspectiva, ao julgador remanesce um poder geral de controle sobre a observância das regras da disputa, estabelecendo, ao final, quem teve o melhor desempenho. Atua, pois, como um especial espectador que intervém, tão somente, para definir o final da trama.⁽²⁾ Esse sistema, note-se, filia-se aos paradigmas do não intervencionismo estatal, motivo pelo qual desenvolveu-se, mais facilmente, em países de políticas econômicas fortemente arraigadas no liberalismo econômico.

Tais distinções são cruciais para desmistificar a falsa ideia de que iniciativas instrutórias do julgador são incompatíveis com um modelo processual acusatório. Ao determinar a produção de alguma prova para o esclarecimento de algum ponto importante, não está o julgador exercendo papel reservado à acusação. Em realidade, busca ele definir bem o fato para que melhor possa aplicar o direito.⁽³⁾ Nessa perspectiva, a iniciativa instrutória do julgador é importante instrumento que, se bem utilizado, reafirma a trajetória de um processo penal justo e equilibrado, legitimando, ainda, a própria aplicação do direito punitivo.⁽⁴⁾ Não se trata de poder ilimitado, o que seria mais adequado a um autoritarismo e não a um processo estruturado em bases democráticas. Em realidade, uma marcha processual em que cada um dos atores desempenha o seu papel original é compatível com tais iniciativas, desde que complementares à atuação das partes e imprescindíveis para o esclarecimento de pontos relevantes.

Mas, a proibição de acusar supõe, igualmente, a proibição de participar da construção da própria acusação. Afinal, instruir e investigar são ações diferentes.⁽⁵⁾ A investigação supõe um trabalho de apuração e rastreamento do fato e da provável autoria. É informada pelo desejo de se construir uma afirmação acusatória. Assim, quem investiga coopera com o desenho da acusação, comprometendo-se, subjetivamente, com os seus termos. Diferentemente, a atividade instrutória está limitada a uma acusação já apresentada. O seu objetivo é o de pôr a prova a veracidade ou não daquela afirmação. A instrução leva a uma atividade de confronto entre o inicialmente afirmado e o posteriormente apurado. Desse modo, a complementação probatória realizada na instrução representa um degrau natural ao exercício do poder jurisdicional, qual seja, o accertamento fático e, por consequência, a apuração da veracidade ou não da imputação.

A filiação do sistema brasileiro à cartilha acusatória⁽⁶⁾ e o equacionamento dos papéis dados aos atores processuais foram solucionados a contento pelo Projeto do novo CPP que se encontra tramitando no Congresso Nacional. Com efeito, pela proposta, a estrutura acusatória, além de ser reafirmada, galga o terreno dos princípios fundamentais. Trata-se de importante sinal que conduz a várias consequências, dentre as quais a expressa inadmissibilidade de atuações investigatórias do juiz.⁽⁷⁾

A coerência no tratamento da questão, note-se, levou à supressão da previsão de decretações, de ofício, de interceptações das comunicações telefônicas.⁽⁸⁾ A proposta é, de fato, salutar em face da natureza eminentemente investigativa da medida. Afinal, o juiz que determina a interceptação, independentemente de provocação, se antecipa aos sujeitos que seriam naturalmente interessados nos resultados de tal meio de busca de prova, assumindo ele próprio o papel do investigador. É justamente isso que o Projeto procura coibir. O fato é que a sua aprovação levaria à derrogação de outros dispositivos que, por preverem a atuação do juiz na formação do material investigatório, se mostram incompatíveis com os princípios desenhados.⁽⁹⁾

Mas, é importante destacar que a proibição de envolvimento do juiz na investigação não o impede, por óbvio, de decidir, sempre que provocado, a respeito de medidas cautelares restritivas de direitos e garantias fundamentais. Realmente, o que se coíbe é a atuação investigatória e não o exercício de atividade jurisdicional que lhe cabe em qualquer das fases da persecução. E é especialmente nesse ponto que o Projeto é inovador. Com efeito, a proposta abraça uma nova dimensão da função judicial na fase preliminar, consagrando o que se denominou de “juiz das garantias”. Trata-se

de uma vigorosa mensagem que reafirma o papel do juiz como guardião da legalidade e dos direitos individuais no curso da investigação, afastando-o, portanto, de uma concepção fortemente inquisitória que o focava como ator interessado no resguardo do sucesso da própria atividade investigatória.⁽¹⁰⁾

Passando à fase judicial, o Projeto, acertadamente, mantém o poder instrutório do juiz.⁽¹¹⁾ Nesse aspecto, não se deixou levar por discursos utópicos, preferindo, assim, o caminho das modernas tendências do processo penal.⁽¹²⁾ Às partes, como não poderia ser diferente, cabe a iniciativa da propositura probatória. Afinal, são elas que se projetam em um movimento dialético de ação e de reação. Ao juiz, resta a faculdade de promover iniciativa probatória complementar, vale dizer, somente após o esgotamento da produção probatória a cargo das partes. Mas não é só. A iniciativa há que vir informada, exclusivamente, pela necessidade de esclarecer algum ponto que se mostre relevante para o julgamento. Logo, não poderá ele suprimir deficiência do órgão acusador na busca desenfreada por provas que venham a sustentar uma tese que a instrução já mostrou fragilizada. Para tanto, a determinação - como toda e qualquer decisão judicial - haverá de ser suficientemente motivada para que as partes possam, então, exercer o natural controle.

Por essa perspectiva, a proposta desenhada pelo Projeto atende aos princípios abraçados pelo constituinte. De um lado, por coibir qualquer envolvimento do juiz na tarefa puramente investigatória. De outro, por não incorrer no equívoco de alijá-lo de qualquer iniciativa instrutória dirigida ao esclarecimento de dúvidas sobre aspectos importantes para o próprio julgamento. Ainda que não se possa atingir a verdade, a aproximação desta constitui uma importante meta para o processo penal por força dos interesses públicos que o informam.⁽¹³⁾ Com efeito, o conflito entre o interesse punitivo e a liberdade jurídica do indivíduo não pode ser palco de uma solução gerenciada, exclusivamente, pelos sujeitos parciais, notadamente em uma sociedade exacerbadamente desigual. Na verdade, o modelo processual que proscreve qualquer iniciativa do julgador, simplesmente consagra a vitória do mais forte, o que nem sempre é desejável no plano da realização da Justiça. Daí a importância dos poderes instrutórios do juiz os quais devem ser lidos e interpretados em um contexto de compatibilidade com os direitos e liberdades fundamentais e, também, com a eficiência do processo penal.

NOTAS

(1) Com o tempo, a inclusão de outros elementos

- distintivos, sem grande rigor metodológico, levou a um esfacelamento da distinção acusatório/inquisitório, trazendo dificuldades na operação dessas categorias. Ver: **DAMASKA, Mirjan**. *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*. Yale University. New Haven, 1986.
- (2) **ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Wayne R.** *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992.
- (3) **ZILLI, Marcos Alexandre Coelho**. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- (4) **GRINOVER, Ada Pellegrini**. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 27, jul-set., 1999.
- (5) **PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes**. *Breves notas sobre o Anteprojeto de Lei que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente à investigação policial*. *Revista Cejap* 2/9-10, Campinas: Millenium, set. 2000.
- (6) Verificada em face do art. 129, I da CF/1988 e que

- leveu à superação de resquícios inquisitórios em nosso processo tais como o antigo procedimento judicialiforme.
- (7) É a proposta contida no art. 4º: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.
- (8) De fato, diferentemente do disposto na Lei 9.296/96, os arts. 237/239 do Projeto consignam que a medida fica dependente de provocação das partes interessadas, nada mencionando a respeito da possibilidade de atuação de ofício do juiz.
- (9) Tome-se como exemplo o art. 4º da Lei 9.613/98 que prevê a possibilidade de decretação de busca e apreensão de ofício, no curso de inquérito instaurado para apuração de crime de “lavagem” ou ocultação de bens.
- (10) É o que se denota do art. 15: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à

- autorização prévia do Poder Judiciário”.
- (11) Art. 162. “As provas serão propostas pelas partes. Par. único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.”
- (12) Veja-se, a propósito, o procedimento desenhado para o processo penal perante o Tribunal Penal Internacional.
- (13) **CONDE, Francisco Muñoz**. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 97.

Marcos Zilli

Juiz de Direito. Prof. Doutor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP. Coordenador do Departamento de Relações Internacionais do **IBCCRIM**. Membro do Grupo Latino-americano de Estudos de Direito Penal Internacional promovido pela Fundação Konrad Adenauer.

BREVES NOVAS SOBRE OS RECURSOS NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PLS 156/2009)

María Thereza Rocha de Assis Moura

I. INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 modifica, de forma substancial, as regras hoje vigentes quanto aos recursos, com o objetivo de dar maior rapidez aos julgamentos.

Dentre as justificativas apresentadas pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal,⁽¹⁾ está a de que o número excessivo de recursos tem constituído verdadeiro entrave à prestação jurisdicional célere, fazendo-se necessária a adoção de critério de recorribilidade mínima das decisões judiciais. E isto porque a resposta penal deve se dar em tempo razoável e socialmente útil, sendo a celeridade uma das condições de efetividade da norma penal.

A Constituição da República, ao cuidar dos direitos e garantias fundamentais, assegura o exercício da mais ampla defesa, com a utilização dos recursos a ela inerentes, daí se concluindo que uma nova disciplina legal, quanto à matéria, embora voltada a evitar a demora excessiva para que se obtenha uma decisão definitiva firme, não pode, jamais, abrir mão do devido processo legal, que, longe de constituir mera figura de retórica, integra o processo penal constitucional e democrático.

A proposta apresentada, segundo a Comissão, engloba: a) a interposição de recursos sem embargos; b) a eliminação de formalismos supérfluos; c) a ampliação e intensificação do poder cautelar dos juízes e relatores; d) o afastamento definitivo da prisão como condição da admissibilidade da apelação ou causa de sua deserção.

II. PRINCIPAIS INOVAÇÕES

O texto original do PLS 156/2009 foi alte-

rado no Senado Federal, tendo a Comissão de Constituição e Justiça aprovado o Substitutivo consubstanciado na Emenda nº 1, que aguarda aprovação em Plenário.

Relativamente ao tema de recursos, o Projeto:

I. Extingue o chamado “recurso de ofício”, passando todos os recursos a ser voluntários.

II. Põe fim ao “recurso em sentido estrito” e cria, em seu lugar, o “agravo”, que, em regra, será retido, podendo, de forma excepcional, ser de instrumento.

III. Acaba com o recurso da carta testemunhável.

IV. Modifica a sistemática da apelação e do agravo, que devem ser interpostos já com as razões.

V. Altera a disciplina dos embargos infringentes, os quais caberão do acórdão condenatório não unânime que, em grau de apelação, houver reformado sentença de mérito em prejuízo do acusado.

VI. Restringe o cabimento dos embargos de declaração, os quais só poderão ser opostos uma única vez.

VII. Dá nova forma ao recurso de agravo da decisão que não admitir os recursos extraordinário e especial.

VIII. Atribui competência aos relatores para o julgamento monocrático dos recursos, quando se tratar de decisão, sentença ou acórdão que se contrapõem ou se ajustam à jurisprudência dominante ou enunciado de súmula, assegurando-se a interposição de agravo para o colegiado.

IX. Regulamenta a repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e o recurso repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça.

X. Retira da disciplina dos recursos as chamadas “ações de impugnação”, a saber: revisão criminal, *habeas corpus* e mandado de segurança, as quais passam a ser tratadas de forma autônoma no Livro IV - “Das Ações de Impugnação”.

III. PARTICULARIDADES

1. Parte Geral

Nas disposições gerais sobre os recursos, o Projeto incorpora a garantia do duplo grau de jurisdição, assegurada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos,⁽²⁾ ao dispor que “a toda pessoa acusada da prática de uma infração penal é garantido o direito de recorrer a outro juiz ou tribunal de decisão que lhe seja desfavorável”. Com isso, põe fim a qualquer questionamento acerca da aludida garantia e de seu caráter constitucional.

É certo que, diferentemente do processo civil, sempre se entendeu, no processo penal, que o duplo grau estava, no mínimo, implícito na Constituição. E como o art. 5º, § 2º, não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, a inserção do princípio, no Projeto, afasta, de vez, qualquer celeuma a respeito do assunto.⁽³⁾

Outras previsões também se destacam pelo seu cunho garantista, a saber:

a) a resposta do defensor é condição de validade do recurso, mesmo que a decisão seja anterior ao oferecimento da denúncia.

b) no caso de falecimento do defensor, o prazo para a interposição de recurso será restituído integralmente, cabendo ao acusado,

após intimação pessoal, indicar novo defensor, assegurada a assistência judiciária pela Defensoria Pública.

c) no recurso da defesa é proibido ao tribunal agravar a situação jurídica do acusado. E se for exclusivo da acusação, o tribunal poderá conhecer de matéria que de qualquer modo favoreça o imputado.

d) os recursos serão interpostos e processados independentemente de preparo e de pagamento de custas e despesas.

2. Dos recursos em espécie

O Projeto inova ao permitir a interposição de agravo das decisões proferidas no curso do processo e, também, na fase de investigação, pelo chamado “juiz das garantias”, sendo em regra retido. Caberá, porém, agravo de instrumento, dentre outras hipóteses, da decisão que: a) conceder ou negar liminar em *habeas corpus*; b) recusar a homologação do acordo no processo sumário; c) decidir sobre a ilicitude da prova e seu desentranhamento; d) que for proferida pelo juiz das garantias; e) for proferida no âmbito de quaisquer das medidas cautelares, reais ou pessoais; f) receber, no todo ou em parte, a denúncia.

A apelação, por seu turno, será cabível da decisão “que extingue o processo, com ou sem resolução do mérito”, sendo a previsão mais técnica e apropriada que a vigente. E, com o intuito de preservar os direitos fundamentais do acusado, o Projeto estipula a possibilidade do Ministério Público apelar em favor do imputado. Traz, também, disciplina acerca das questões relativas à situação do preso provisório, durante o processamento da apelação, de maneira a possibilitar que o juiz da execução intervenha, se e quando necessário, para resguardar os direitos do condenado, ainda que de forma provisória.

O Projeto traz nova disciplina no que diz respeito ao processo e julgamento dos recursos nos tribunais, com o intuito de alcançar maior celeridade e menos formalismo. Tanto é que o Substitutivo aprovado prevê que somente na hipótese de processo de competência do Tribunal do Júri haverá revisor no julgamento de recursos de agravo e de apelação. De outra sorte, qualquer que seja o resultado do julgamento, o acórdão deverá ser lavrado em curto espaço de tempo (o prazo máximo previsto é de dez dias).

IV. Críticas e observações

Embora o Projeto, como um todo, apresente um grande avanço em relação às regras hoje vigentes, certo é que tem recebido inúmeras propostas da comunidade jurídica, com o objetivo de aperfeiçoamento de vários de seus dispositivos.⁽⁴⁾

Temos, porém, que algumas previsões constantes do Substitutivo aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado vão de encontro à tão almejada celeridade.

Assim ocorre com a previsão contida no art. 468 do Substitutivo aprovado sobre a sustentação oral das razões de agravo, cabível “das decisões do relator, relativas ao provimento ou não provimento dos recursos”. Na prática judiciária, tem-se que um grande número de recursos são julgados de forma monocrática, o que possibilita, de acordo com a norma vigente, a interposição de agravo regimental, sem possibilidade de sustentação oral, mas admitindo-se a apresentação de memoriais e destaque no julgamento. A alteração proposta acarretará, sem dúvida, maior entrave no julgamento de questões que já estão pacificadas ou até mesmo sumuladas nos tribunais superiores.

De outra sorte, a disposição constante no art. 502, § 2º, do Substitutivo aprovado (sem correspondência no texto original), no sentido de que, “interposto o recurso extraordinário ou recurso especial, o prazo prescricional ficará suspenso até a conclusão do julgamento”, para além da falta de técnica jurídica, é genérica em demasia, na medida em que não se sabe o que acontecerá no caso de inadmissão do recurso, seguindo-se a interposição de agravo, ou mesmo se, após o julgamento do recurso especial, houver, ato contínuo, outros recursos (agravo regimental, embargos de divergência, ou embargos de declaração).

De igual modo, a previsão do art. 520 do Substitutivo aprovado, de sustentação oral no agravo de instrumento e de réplica no julgamento de recurso da defesa, que poderá se manifestar, novamente, após o Ministério Público, não nos parece atingir o objetivo do Projeto, que é o de justamente dar maior celeridade aos julgamentos (lembre-se, a propósito, que na legislação processual hoje vigente, tanto civil como penal, não há previsão de sustentação oral em agravo de instrumento, tampouco de réplica da defesa no julgamento de qualquer recurso, e que a morosidade tem

sido a justificativa para a pretendida reforma).

Os exemplos aqui trazidos, dentre outras polêmicas propostas apresentadas pela Comissão e/ou pelo Substitutivo aprovado, parecem-nos contradizer o objetivo posto na Exposição de Motivos ao Projeto apresentada pela Comissão Externa de Juristas, isto é, que a atual sistemática dos recursos tem causado demora na prestação jurisdicional, o que estaria a justificar a necessidade de emprestar maior celeridade à resposta penal, diante da garantia constitucional da duração razoável do processo.

Em síntese: o PLS 156/2009 incorpora as regras constitucionais e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, ao assegurar, de modo expresso, o princípio do duplo grau de jurisdição e o exercício das garantias postas na Constituição da República.

Porém, parece-nos de todo conveniente que o Congresso Nacional, sensível às inúmeras sugestões que vêm sendo apresentadas, dedique tempo maior à discussão de tão importante Projeto, procedendo-se aos necessários ajustes, ainda no Senado Federal, após amplo debate no âmbito da comunidade jurídica.

NOTAS

- (1) A Comissão, criada no âmbito do Senado Federal, na forma do Requerimento n. 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos ns. 751 e 794, de 2008, de autoria do Senador Renato Casagrande, teve como coordenador o Ministro do STJ Hamilton Carvalhido e foi integrada, ainda, por Eugênio Pacelli de Oliveira (Relator), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.
- (2) V. art. 8º, inciso 2, alínea “h”, do Pacto de São José da Costa Rica.
- (3) Cf. Breves apontamentos sobre o Projeto de Lei n. 4.206/2001, que trata dos recursos no processo penal, de nossa autoria, em *Superior Tribunal de Justiça: Doutrina*, Edição Comemorativa - 20 anos, STJ, 2009, p. 231 e ss.
- (4) Cf., dentre inúmeras outras, as propostas apresentadas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP e pelo Instituto dos Advogados do Brasil - IAB, sendo que, no mês de junho de 2010, o Presidente do Supremo Tribunal Federal constituiu grupo de trabalho, visando à apresentação de propostas ao Presidente do Senado, Senador José Sarney.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Membro do IBCCRIM.

Ministra do Superior Tribunal de Justiça.
Professora Doutora de Direito Processual Penal da
Faculdade de Direito da USP.

QUEM TEM MEDO DO “JUIZ DAS GARANTIAS”?

Maurício Zanoide de Moraes

Em todos os debates sobre o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, originário do Senado Federal (PLS 156/2009), há um ponto que sempre provoca celeumas e debates mais acalorados: a introdução da

figura do “juiz das garantias”. Para aceitá-lo ou não, antes é necessário conhecer a função a ele atribuída dentro do novo sistema projetado. O denominado “juiz das garantias” será um magistrado “responsável pelo controle da legalidade

da investigação e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (caput do art. 14 do PLS 156/2009).

Não é nada mais que um magistrado cujo

âmbito de atuação é assegurar os direitos e as garantias fundamentais do cidadão na fase de investigação criminal.⁽¹⁾ Necessário destacar, nesse passo, dois pontos iniciais e muito importantes para a compreensão de sua relevância e da resistência de alguns à sua aceitação. O primeiro, que ele atuará garantindo os direitos do cidadão na fase de investigação criminal, que é gênero, do qual o inquérito policial é apenas uma das espécies, pois, destaque-se, o projeto traz as possibilidades de investigação criminal a ser realizada pela defesa (art. 13) ou por outras autoridades administrativas (art. 18, § 2º), desde que regulado previamente em lei. O segundo, que o magistrado que atuou nessa função na fase de investigação estará impossibilitado de ser o juiz da causa em futura e eventual ação penal. Pela legislação projetada, sua função inicia-se com a instauração da investigação criminal e termina com o oferecimento da denúncia ou queixa pelo órgão da acusação (público ou privado).

Dois reparos relevantes devem ser feitos a esse segundo ponto para aperfeiçoamento do texto e da inserção desse “juiz das garantias” no novo sistema, ambos notados e sugeridos pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) em suas propostas de melhoria do PLS 156/2009, já encaminhadas ao Congresso Nacional: o primeiro é que esse juízo deve ser informado não apenas da instauração de inquéritos policiais (cfr. inc. IV, art. 14, PLS 156/2009), mas de toda e qualquer investigação criminal, assim como sua atuação deve se estender a toda investigação criminal, nos exatos termos dispensados ao inquérito policial (cfr. incisos VIII, IX e XIV, do mesmo artigo); o segundo é que sua competência deverá ser encerrada não com o oferecimento da acusação formal, mas deverá ele analisar se recebe ou rejeita essa imputação, passando ao juiz da causa a ação penal já instaurada e a relação processual já plenamente formada. Essa segunda sugestão tem como finalidade, entre outras, a possibilidade de os autos do inquérito policial não servirem para a formação da convicção do juiz da causa, ressaltados, por óbvio, os elementos de informação irrepetíveis ou urgentes (p.ex., juntada de documentos e realização de algumas perícias), cuja produção foi realizada nessa fase preliminar, e o material utilizado como base decisória do juiz das garantias para determinar medidas cautelares, as quais poderão e deverão ser revistas pelo juiz da causa.

Compreendidos o âmbito de atuação e função do juiz das garantias, deve-se esclarecer a sua finalidade. Se já temos juízes atuando nessa fase de investigação, por que deverá haver um magistrado com essa e só com essa função específica? Porque o que se visa com essa figura jurídica não é apenas atender o cidadão na proteção de seus direitos na investigação e dos órgãos de persecução em ter um juiz mais afeitos à realidade de uma investigação criminal, mas a grande finalidade da sua inserção

está em garantir que o juiz da causa não atue contaminado por sua atuação anterior (em fase investigativa). Com isso se evitam os inegáveis comprometimento de resultado e vinculação psicológica que o magistrado que atuou na investigação carrega para dentro da ação penal. Quem é capaz de negar que um magistrado atuante na fase de investigação já forme sua convicção desde esse primeiro instante, sendo, não raras vezes, irrelevante a fase judicial? Com a separação na atuação judicial, conforme projetado, garante-se de forma muito mais efetiva o devido processo legal, o contraditório, o direito à prova e a presunção de inocência. Tudo porque se criou um novo sistema que assegura uma maior imparcialidade judicial e, com isso, uma maior isenção psicológica do magistrado no momento de julgar a causa. Por isso se dizer que o juiz das garantias dá maior efetivação ao princípio acusatório determinado constitucionalmente. Porque o juiz que atua na fase de investigação, embora com funções distintas, psicologicamente muito se aproxima da figura do Ministério Público, órgão cuja função é, examinando o material investigativo, analisar se tem fundamento idôneo ou não para acusar. Necessário pararmos com uma clara violação da presunção de inocência, que, por determinação constitucional, deveria orientar o juiz no curso de toda a causa. Ao se impor, nessa nossa atual legislação, que ele atue tanto em fase investigativa quanto judicial, exige-se do magistrado um comportamento inumano. Exige-se que possua uma capacidade de abstrair suas experiências anteriores com a causa (fase de investigação) para analisar se aquilo que ele “ajudou” a produzir é idôneo para acusar e, em momento apenas cronologicamente posterior, é suficiente para condenar. Ao se determinar essa atuação dúplice ao juiz, estamos empurrando-o para uma (imperceptível e psicologicamente) inexorável presunção de culpa, porquanto o magistrado assim pensa: “entendi que havia elementos para investigar e para acusar legitimamente uma pessoa, portanto, a tendência em condená-lo somente será revertida se ele (ou a sua Defesa) demonstrar que eu errei ou que desconhecia elementos a serem apresentados em juízo, caso contrário (caso não prove sua inocência, aqui está a presunção de culpa), será mantida a convicção que já possuo e já formei desde o início”; convicção imutável que passa ao magistrado uma impressão (falsa) de coerência e que reforçará na sua psique o dito “encontro da verdade real” (que, para os mais religiosos, é um “encontro com a Verdade”).

Explicado que as finalidades primazes do “juiz das garantias” são melhor garantir o cumprimento de vários direitos prometidos e assegurados pelo Estado quando da edição da Constituição e aperfeiçoar a investigação tornando-a mais eficiente, sem com isso perder a constitucionalidade, a pergunta que resta é: qual é a resistência a essa mudança, já que é inadmissível, ao menos de forma clara,

aberta e confessada, que alguém se oponha a dar cumprimento aos direitos fundamentais da Constituição?

As críticas ao instituto do “juiz das garantias” caminham em dois sentidos: o primeiro é que ele é desnecessário, porque já há juízes que garantem os direitos do investigado; o segundo, é que o Poder Judiciário, tanto no âmbito federal quanto estadual, não possui condições orçamentárias para assegurar ao menos dois juízes em cada seção judiciária ou comarca do território nacional.

A resposta à primeira crítica é fácil, porque ela está totalmente desfocada. Com o juiz das garantias não se assegura apenas os direitos do cidadão no curso da investigação e o aperfeiçoamento dessa fase da persecução penal, mas, para além e acima disso (que realmente já são, mal ou bem atendidos), está a garantia de melhor isenção do juiz que julgará a causa, logo, uma maior garantia de que toda aquela plêiade de direitos fundamentais será melhor e mais tecnicamente assegurada. O juiz das garantias não está sendo inserido para melhorar a participação judicial em fase investigativa, mas para assegurar que ao juiz da causa não se imporá mais a exigência inumana do atual sistema de ele não poder se contaminar ou se influenciar ou não estar vinculado com os atos por ele mesmo praticados em fase persecutória anterior. Com o juiz das garantias, caminha-se para um juiz da causa mais imparcial, pois, a princípio e de modo sistemático, ele não estará mais ligado às suas próprias decisões anteriores.

À segunda crítica, de fundo dito “prático”, pois falta condição orçamentária para assegurar ao menos dois juízes em cada local do território nacional, o PLS 156/2009 já deu uma resposta satisfatória. Está previsto no art. 701 do PLS 156/2009 (Livro - Das Disposições Transitórias e Finais) que a regra que trata do impedimento do juiz das garantias atuar como juiz da causa em cuja investigação tenha participado (art. 16) somente “*entrará em vigor no prazo de 3 (três) anos após a publicação deste Código, e em 6 (seis) anos, se se tratar de comarca onde houver apenas 1 (um) juiz*”. Logo, para a adaptação das estruturas organizacionais do Poder Judiciário haverá uma *vacatio legis* maior e específica para o juiz das garantias. Afirmar que no prazo projetado, ou em outro a ser definido, não é possível se preparar uma nova organização para efetiva implementação de direitos fundamentais é confessar não uma insuficiência de recursos, mas uma vontade política de não mudar.

Não se pode deixar de lembrar que no Chile, onde não havia sequer a carreira do Ministério Público, foi implementado todo um novo Código de Processo Penal, juntamente com a formação e instalação daquele órgão público, em fases e de modo gradativo, das pequenas cidades até os grandes centros urbanos. Para isso foi necessária a conscientização de todos os Poderes da nação, inclusive com

liberação de verba do Poder Executivo e novo aparato legislativo, assim como participação determinada e efetiva do Poder Judiciário. Isso deve ocorrer aqui sob pena de nunca termos um novo Código, apesar de termos mudanças legislativas. Mudar a mentalidade e disposição é mais relevante que mudar a lei. A discussão, a elaboração e a aprovação de um novo Código de Processo Penal não são determinações ou decisões apenas do Poder Judiciário, mas também dos outros dois Poderes da Nação. Não é por outra razão que a lei é discutida e elaborada pelo Legislativo e é o Poder Executivo quem a promulga. Todos os três têm méritos (ou deméritos) e responsabilidades pelo que fazem. Disponibilizar verba, apresentar soluções alternativas em um período de transição (como a cooperação provisória entre as estruturas da Justiça Federal e da Justiça Estadual, fazendo com que haja prorrogação de competência, dentro da consciência de unidade da jurisdição) e criar estrutura condizente para efetivar

a Constituição são obrigações políticas que devem ser assumidas e compartilhadas por todos.

Basear uma crítica na atual falta de recursos, como se essa realidade isentasse de obrigação ou de responsabilidade de cumprir o prometido na Constituição a curto ou a médio prazos (não esqueçamos que a Constituição já tem mais de 20 anos), não serve sequer para oferecer desculpas aos cidadãos pela continuidade desse caos no sistema criminal atual. Também não será argumento razoável ou aceitável pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos ou pela Comunidade Internacional se continuarmos a ser condenados politicamente por esses organismos.

Em verdade, negar uma evolução ao sistema, mesmo a médio prazo, em razão da atual falta de recursos não é ter um argumento minimamente razoável, é esconder, por detrás dessa atual insuficiência, uma verdadeira intenção de “mudar o sistema desde que tudo fique como está”!!!!

NOTA

- (1) As várias atribuições do juiz das garantias estão previstas, exemplificativamente, nos incisos, alínea e parágrafo único do art. 14, merecendo destaque: cuidar da regularidade e manutenção da prisão em flagrante; determinar, manter e revogar medidas cautelares pessoais e reais; analisar pedidos de “quebra de sigilos”, p.ex., de comunicação telefônica, de dados financeiros ou fiscais; decidir sobre a produção antecipada de provas consideradas urgentes e irrepelíveis; ser informado da abertura de inquérito policial e determinar seu trancamento quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou seu prosseguimento; analisar pedidos de busca e apreensão, assim como outros meios de obtenção de prova; julgar *habeas corpus* impetrados nessa fase investigativa; determinar exame de insanidade mental; a duração e possíveis extensões da investigação quando a pessoa estiver presa e, por fim, o arquivamento do inquérito policial.

Maurício Zanoide de Moraes

Ex-Presidente do IBCCRIM, Doutor e Livre-docente em Direito Processual pela USP, Professor Associado de Processo Penal da USP, advogado criminal.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: RECURSOS E HABEAS CORPUS

Nino Oliveira Toldo

O anacronismo do Código de Processo Penal brasileiro não é novidade e há muito tempo se fala da necessidade de substituí-lo por um novo ou, no mínimo, implementar-se uma modificação substancial.

De fato, a reforma do processo penal brasileiro é realmente necessária, pois a sociedade clama por maior efetividade da justiça penal, isto é, que a Justiça dê resposta, em tempo razoável, às muitas demandas que lhe são submetidas, garantindo maior segurança a todos. Essa efetividade, no entanto, não pode sobrepor-se às garantias que o Estado Democrático deve reservar aos imputados no processo penal. Em outras palavras: o processo penal caminha entre a necessidade de dar uma resposta razoavelmente rápida aos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário (efetividade) e a obrigatoriedade de garantir ao imputado todos os seus direitos fundamentais (garantia). O garantismo penal, entretanto, não se contrapõe à efetividade do processo penal. Ambos se completam na busca do **processo penal justo**.

O PLS nº 156, de 2009, do Senado Federal, de autoria do Senador José Sarney, a partir de proposta de Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, propõe um novo Código de Processo Penal. Esse projeto foi discutido na *Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania* (CCJ) daquela casa legislativa, tendo por relator o Senador Renato Casa-grande, que, após examiná-lo, assim como a outras 48 proposições legislativas que versam sobre processo penal, apresentou projeto substitutivo, consolidado na Emenda nº 1 -

CCJ, que foi aprovada naquela Comissão e, então, submetida ao Plenário, onde aguarda para ser votada.

Este artigo versa sobre o texto substitutivo quanto à parte relativa aos recursos e ao *habeas corpus*. É evidente que, dado o limite de espaço, a presente análise não poderá ser devidamente aprofundada, servindo, porém, para destacar alguns aspectos da reforma proposta, relevantes para futuras discussões.

É importante destacar que, embora premente a necessidade de modernização do processo penal brasileiro, uma discussão dessa envergadura não pode dar-se de forma apressada, prescindindo de debates e manifestações de importantes órgãos que vivificam o processo penal. Por essa razão, o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM** e a Associação dos Juizes Federais do Brasil - **AJUFE**, com o apoio da Escola de Magistrados da Justiça Federal da Terceira Região - **EMAG**, realizaram, no final do mês de maio e início de junho, em São Paulo, seminário jurídico em que se discutiu amplamente esse projeto.

Uma das maiores causas de morosidade da Justiça brasileira é o excesso de recursos e a facilidade com que se chega às cortes superiores para discussões das mais variadas questões, que, não poucas vezes, vão além das questões de direito. No Brasil, os recursos são amplos e os filtros não funcionam ou são facilmente ultrapassados pela via do *habeas corpus*.

O direito ao recurso deve ser garantido, mas o excesso de recursos é ruim. Essa preocupação teve a Comissão de Juristas que apresentou o anteprojeto ao Senado Federal, quando, na Exposição de Motivos, afirmou: “Não desco-

nhecem os membros da Comissão que frequentemente se tem atribuído ao número excessivo de recursos a demora da prestação jurisdicional, de modo a justificar a necessidade da adoção de um critério de recorribilidade mínima das decisões judiciais”. Após destacar que a questão recursal deve encontrar solução à luz da garantia constitucional da ampla defesa, indissociável dos recursos a ela inerentes, em outro ponto afirmou a Comissão que “[a] disciplina legal dos recursos deve buscar, por certo, a celeridade necessária à produção da resposta penal em tempo razoável e socialmente útil e à tutela dos direitos fundamentais dos indiciados ou imputados autores de infrações penais”.

Com base nessas corretas premissas, o PLS nº 156, de 2009 (substitutivo), é bom quando propõe, dentre outras coisas, a extinção da deserção da apelação pela fuga do acusado; a extinção da carta testemunhável; a extinção do recurso de ofício; a ampliação dos possíveis recorrentes (vítima, assistente e terceiro prejudicado); a obrigatoriedade de que as razões de apelação sejam apresentadas na interposição do recurso, extinguindo-se a possibilidade de sua apresentação perante o tribunal; a fungibilidade recursal; a interposição de recurso por meio eletrônico; a ampliação do prazo para recorrer (10 dias para o agravo; 15 para a apelação); que o agravo seja, em regra, retido; que, durante a apelação, as questões relativas ao preso provisório sejam decididas pelo juiz da execução; a possibilidade de que os embargos de declaração sejam interpostos uma única vez, evitando-se os absurdos casos, nos tribunais superiores, de diversos embargos de declaração interpostos em agravos regimentais

em agravos de instrumento; que os embargos de declaração interrompam o prazo para a interposição de outros recursos, ainda que não admitidos; a restrição à figura do revisor; a restrição dos embargos infringentes à hipótese de acórdão condenatório que, em grau de apelação, tenha reformado sentença de mérito em prejuízo do réu.

O PLS propõe, também, que haja a suspensão do prazo prescricional após a interposição de recurso especial ou extraordinário (art. 502, § 2º). Contudo, melhor seria que previsse a interposição desses recursos como nova causa de interrupção da prescrição. Afinal, se, de um lado, a demora na solução dos recursos às instâncias superiores não pode, em tese, beneficiar o acusado, este também não pode ficar indefinidamente à espera da solução de seu recurso sem que a demora do Estado em prover essa solução implique consequência jurídica alguma.

É ruim o projeto, todavia, quando, contrariamente àquelas premissas expostas na Exposição de Motivos, prevê que o defensor seja pessoalmente intimado para oferecer razões de recurso (art. 456, § 1º). Por quê? A não ser no caso da Defensoria Pública ou do defensor dativo, as intimações dos defensores constituídos deve ser feita, em regra, por intimação pelo diário oficial, inclusive pelo meio eletrônico. A intimação pessoal retarda, sem necessidade, o andamento do processo.

O PLS também prevê a isenção de custas nos recursos (art. 467). Ora, não há sentido algum em tornar isenta, genericamente, a interposição de recursos. A não ser a quem seja beneficiário da assistência judiciária gratuita, não se justifica tal isenção.

A sustentação oral no agravo interposto contra decisão do relator quanto ao provimento ou não de recurso (art. 468), igualmente, é medida que não traz benefício algum à celeridade

processual ou ao processo penal justo. Além do mais, o projeto contém uma contradição, pois prevê que, nessa hipótese de recurso, o feito seja levado em mesa, ou seja, sem precisar ser pautado. Contudo, se há o direito de sustentação oral, o feito tem, necessariamente, que ser pautado, retardando sua solução.

O ainda alto número de hipóteses de agravo, não obstante seja, em regra, retido, também é criticável, assim como o procedimento adotado para o agravo de instrumento, que é aquele antigo do Código de Processo Civil, antes da reforma de 1994, ou seja, com interposição ainda perante o juízo de primeiro grau. A justificativa é que essa forma de interposição favoreceria os acusados com poucos recursos. Contudo, isso é falacioso, afinal, a interposição de *habeas corpus* é direta perante os tribunais e não se tem notícia de que a Defensoria Pública, por exemplo, deixe de impetrá-lo por essa razão. Da mesma forma, o agravo. O legislador, portanto, deveria adotar o mesmo procedimento já adotado no processo civil.

A réplica na sustentação oral (art. 520) também é algo que não se justifica. Estabelecer-se um contraditório oral, na fase de julgamento, em nada contribui para a duração razoável do processo ou para que este seja justo.

No que tange ao *habeas corpus*, o projeto procurou, corretamente, delimitar seu cabimento aos casos em que, efetivamente, esteja em risco o direito de locomoção. Para tanto, procurou substituir a palavra *coação* por *prisão*, diminuindo o campo de interpretação das hipóteses em que é cabível. Nada mais correto, afinal não é razoável que se dê tanta elasticidade ao *habeas corpus* para levar aos tribunais questões que, por princípio, deveriam ser reexaminadas, quando possível, em grau de recurso.

Evidentemente, não estou a defender qualquer restrição ao *habeas corpus*, mas a defender

que suas hipóteses de cabimento restrinjam-se às situações em que, concretamente, esteja em risco a liberdade de locomoção da pessoa. Aliás, como em qualquer país civilizado do mundo. Se não há nenhum risco à liberdade de locomoção, não deveria ser impetrado *habeas corpus*. Assim, por exemplo, se há ou não justa causa para a ação penal, isso deveria ser analisado pelo juiz e, em grau de recurso, pelo tribunal, no momento oportuno, mas não deveria ser revisto por *habeas corpus* se não há a mínima possibilidade de que o imputado venha a ser preso ou corra o risco de o ser.

O que defendo é o uso correto do *habeas corpus*, dentro de um sistema racional de recursos, que alie a efetividade do processo à garantia do imputado. O abuso do *habeas corpus* não atende a isso. Não é razoável, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal, de 2008 a 30 de abril de 2010, tenha julgado 13.509 *habeas corpus* (tendo concedido, nesse período, apenas 898).

Por tal motivo, é boa a proposta contida no PLS nº 156, de 2009, porém me preocupa sobremaneira a força corporativa que se vem formando para manter tudo como está, ou seja, essa pleitora de *habeas corpus* nos tribunais, que está longe de representar o processo penal justo.

Se queremos um bom processo penal, temos que pensar num sistema racional de recursos que dê efetividade ao processo, porém balizado na ampla defesa, e no qual o *habeas corpus* volte a ser uma ação de uso restrito para as hipóteses em que se busque proteger, efetivamente, a liberdade de locomoção.

Nino Oliveira Toldo

Doutor em Direito pela USP. Juiz Federal titular da 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP. Foi vice-presidente da AJUFE nos biênios 2006-2008 e 2008-2010.

O HABEAS CORPUS NO PROJETO DO CPP

Og Fernandes

1. Discorrer a respeito da garantia do *habeas corpus* é lembrar da estrita relação entre a Constituição e o Processo Penal, a ponto de Canotilho, comentando a Carta Magna Portuguesa de 1976, concluir: “*A cada nova ordem constitucional, um novo direito processual penal*”.⁽¹⁾

No Brasil, sopra uma brisa nas relações estabelecidas entre o cidadão e o Estado pós-Constituição de 1988. Esse clima determina que o processo penal encontre limites no respeito à dignidade humana e nos demais princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Noutras palavras, a ordem constitucional firma, como regra, o direito à liberdade, do qual é consectário o direito à locomoção, no

sentido de o indivíduo não ser segregado ou impedido de se movimentar.

2. O *habeas corpus* surge com nova roupagem no Projeto do CPP. Examino alguns poucos aspectos, conforme o quadro ao lado:

O primeiro olhar aponta para a redação do art. 646 do Substitutivo, que permuta a expressão “*liberdade de ir e vir*”, do atual CPP, por “*direito de locomoção*”, ajustando-se ao disposto no art 5º, LXVIII, da CF.

3. O texto faz retomar uma discussão de antanho. O projeto restringe o uso do *habeas corpus*? O instituto, que ingressou no Brasil por meio do Código de Processo Criminal de

1832 (art. 340), assumiu sede constitucional com a primeira Constituição Republicana de 1891 (art. 72, § 22).

Ruy Barbosa lecionava que o *habeas corpus* “*não estava circunscrito aos casos de constrangimento corporal*” e que “*hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício, pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade*”.⁽²⁾

A Emenda Constitucional de 1926 limitou o cabimento do *habeas corpus* à proteção da liberdade de locomoção.

4. No decorrer dos anos, a jurisprudência construiu hipóteses de coação ilegal suscetíveis

de emenda pelo *habeas corpus* além daquelas contidas no art. 648 do CPP, que passaram a ter caráter meramente exemplificativo.

Agora, o art. 647 do Substitutivo traz nova moldura aos casos de coação ilegal que legitimam o uso do *writ*. Todas as proposições estão vinculadas ao direito de locomoção.

Assim, a coação será considerada ilegal: I – quando não houver justa causa para a prisão ou para a sua decretação; II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III – quando quem ordenar a prisão não tiver competência para fazê-lo; IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a prisão; V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI – quando o processo a que se refere a prisão ou sua decretação for manifestamente

nulo; VII – quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão.

Os incisos II e IV do art. 647 do Substitutivo repetem os correspondentes incisos do art. 648 do CPP. Nos incisos I, III, IV e VI do Substitutivo permuta-se a palavra “coação”, do atual Código, por “prisão”. O inciso VII do projeto contempla hipótese de coação injusta quando a extinção de punibilidade vincular-se ao crime investigado ou a processo em torno do qual a prisão foi decretada.

5. Os juristas dissentiram das alterações. No artigo “*Restrição do uso de HC divide especialistas*”, publicado no *Consultor Jurídico*, em 1º de maio passado, por **Mariana Ghirello**, o Procurador **Rodrigo de Grandis** observa que

o novo CPP enquadra de forma mais adequada o HC. O Professor Antônio Magalhães Gomes Filho, integrante da Comissão que propôs a reforma, defende a limitação do cabimento do HC “*porque é um remédio para o direito de tutela à liberdade*”.

O advogado **Alberto Zacharias Toron**, em texto divulgado no dia 20 de maio, critica o que chama de “*amputação do HC no que diz com a conjuração do constrangimento ilegal decorrente da falta de justa causa*”, percebendo-a como inconstitucional. Considera que o agravo, recurso agora à disposição, terá um processamento mais lento e contornos mais restritos. Um dos grandes debates nos Tribunais advirá da supressão do HC para o exame da falta de justa causa decorrente da ausência de suporte probatório para o inquérito ou ação penal.

CPP ATUAL	PROJETO PLS 156 (Comissão Externa de Juristas)	SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DO SENADO, APROVADO PELA CCJ
Art. 647. Dar-se-á <i>habeas corpus</i> sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.	Art. 635. Dar-se-á <i>habeas corpus</i> sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ilegal no seu direito de locomoção, ressalvados os casos de punição disciplinar.	Art. 646. Dar-se-á <i>habeas corpus</i> sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ilegal no seu direito de locomoção, ressalvados os casos de punição disciplinar.
Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:	Art. 636. A coação considerar-se-á ilegal:	Art. 647. A coação considerar-se-á ilegal:
I- quando não houver justa causa;	I- quando não houver justa causa para a prisão ou para a sua decretação;	I- quando não houver justa causa para a prisão ou para a sua decretação;
II- quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;	II- quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;	II- quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
III- quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;	III- quando quem ordenar a prisão não tiver competência para fazê-lo;	III- quando quem ordenar a prisão não tiver competência para fazê-lo;
IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;	IV- quando houver cessado o motivo que autorizou a prisão;	IV- quando houver cessado o motivo que autorizou a prisão;
V- quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;	V- quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;	V- quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;
VI- quando o processo for manifestamente nulo;	VI- quando o processo a que se refere a prisão ou sua decretação for manifestamente nulo;	VI- quando o processo a que se refere a prisão ou sua decretação for manifestamente nulo;
VII - quando extinta a punibilidade.	VII- quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão.	VII- quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão.
Não há disposição semelhante.	Parágrafo único. Não se admitirá o <i>habeas corpus</i> nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo.	Parágrafo único. Não se admitirá o <i>habeas corpus</i> no prazo em que for cabível a interposição de recurso com efeito suspensivo.
Não há	Art. 645. O relator poderá conceder cautela liminar ou conceder a ordem sempre que a coação ilegal confrontar com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal.	Art. 656. O relator poderá conceder cautela liminar, total ou parcialmente, se entender que é manifesta a coação ou ameaça ilegal e que a demora na prestação jurisdicional poderá acarretar grave prejuízo aos direitos fundamentais, dispensando, inclusive, o pedido de informações à autoridade apontada como coatora.
	Parágrafo único. Caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, da decisão do relator que negar a cautela liminar ou conceder a ordem.	Parágrafo único. Caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, da decisão do relator que negar a cautela liminar ou conceder a ordem.

6. A Comissão de Juristas inadmitia o *habeas corpus* nas hipóteses de cabimento de recurso com efeito suspensivo (parágrafo único do art. 636 do Projeto). A proposta possuía um conteúdo prático: prestigiar o recurso específico e desafogar o Judiciário de uma avalanche de *habeas corpus* que impede agilidade.

Como exemplo, o Superior Tribunal de Justiça registra em 21 anos de existência o acervo de 175 mil *habeas corpus* distribuídos. Em 2008, pelos dados oficiais, 26.973 HCs deram entrada naquela Corte. Em 2009, houve a distribuição de outros 32.549, uma média de 89 casos para cada dia do ano. No primeiro semestre de 2010, outros 17.642 HCs foram impetrados, cerca de 97 casos por dia. Os números crescentes dispensam explicações. A realidade tem sido péssima rima para efetividade.

A realidade é péssima rima para efetividade.

Houve reação à proposta. O Substitutivo estabeleceu, no parágrafo único do art. 647, que não se admitirá o *habeas corpus* no prazo em que for cabível a interposição de recurso com efeito suspensivo. É razoável supor que os interessados se socorrerão do velho remédio, na antevisão de uma resposta mais rápida. Contudo, o cenário com que se defrontam nos tribunais não lhes garante êxito.

7. O Substitutivo atrai para o CPP uma criação pretoriana. O art. 656 menciona que o relator poderá conceder cautela liminar, em

casos de manifesta coação ou ameaça ilegal, desde que a demora na prestação jurisdicional possa acarretar grave prejuízo aos direitos fundamentais, dispensando-se, inclusive, o pedido de informações.

Como lembra **Guilherme Nucci**, a primeira liminar em *habeas corpus* ocorreu em 31 de agosto de 1964, no Superior Tribunal Militar, concedida pelo Ministro Almirante **José Espíndola**, (HC nº 27.200). O STF igualmente assim decidiu por intermédio do Ministro **Gonçalves de Oliveira**, em 14 de novembro daquele ano, em favor do Governador de Goiás Mauro Borges.⁽³⁾ A incorporação dessa providência no CPP homenageia o princípio da proteção judicial efetiva.

8. O parágrafo único do art. 656 do Substitutivo contempla o agravo, no prazo de 10 dias, da decisão do relator que negar a cautela liminar ou conceder a ordem. O agravo ocupará o espaço preenchido pelo “jeitinho” recursal do pedido de reconsideração.

Há um inconveniente: a inserção desse recurso retardará a tramitação do HC, ante o imediato reexame do tema – o que já seria feito na apreciação do mérito – a postergar os demais passos que antecedem o julgamento.

9. A incompatibilidade do CPP de 1941 com a ressurgente democracia estampada na CF/1988 acarreta a construção de um código atualizado. O Estado Democrático de Direito, nas palavras do Ministro **Gilmar Mendes**,

pressupõe que os direitos fundamentais sejam “preservados como uma garantia institucional intrínseca a um regime constitucional de limitação de poderes e do arbitrio”.⁽⁴⁾

O projeto é oferecido como um contributo à Nação.

Os que mourejam em torno do Direito estão conscientes das lições de **Hélio Tornaghi**, para quem “a lei não pode prometer sangue, suor e lágrimas. E, conquanto o processo, em si mesmo, seja um sofrimento, pelas apreensões, vexames e incômodos que acarreta, a lei deve esmerar-se por trazer a toda sede um copo d’água fresca e para toda lágrima um lenço de enxugar”.⁽⁵⁾

NOTAS

- (1) **CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República portuguesa anotada.** Coimbra: Coimbra Ed., Volume 1, 2007, p. 515.
- (2) Cf. **SILVA, José Afonso da, Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 162.
- (3) **NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 3.ª ed., 2004, p. 970/971.
- (4) **MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.** 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 531.
- (5) **TORNAGHI, Hélio. Instituições de Processo Penal,** Saraiva: São Paulo, Volume 1, 1977, p. 68.

Og Fernandes

Integrante do Poder Judiciário de Pernambuco 1981/2008. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Membro da 3ª Seção e da 6ª Turma do STJ.

CAUTELARES: SUPERAÇÃO DA MEDIÓCRE DICOTOMIA

Pierpaolo Cruz Bottini

Antes de ingressar na discussão do tema proposto, é importante destacar que qualquer análise sobre o projeto de alteração do CPP em trâmite no Senado deve diferenciar a proposta original, o Anteprojeto apresentado por uma comissão de juristas em 22.04.2009 ao Senado Federal - aqui tratado como Anteprojeto - e a proposta aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado posteriormente - aqui tratada como projeto CCJ Senado. São projetos substancialmente diferentes, em especial no que concerne à regulamentação das cautelares penais.

As disposições legislativas sobre cautelares penais há muito merecem uma ampla revisão, diante da medíocre dicotomia atualmente existente na legislação processual. Ao constatar comportamentos que turbam a ordem processual, o magistrado dispõe de apenas um instrumento para preservar a persecução: a prisão preventiva. Assim, ou o juiz decreta a prisão - com todas as consequências psicológicas e sociais daí advindas - ou não determina medida alguma. Não há outra opção a

nosso ver, vez que o juiz, na seara processual penal, não detém o poder geral de cautela e não pode inovar e criar outras restrições intermediárias ou as chamadas cautelares inominadas, como, por exemplo, a retenção de documentos ou passaportes. O que não está previsto não existe em matéria de restrição de direitos na seara penal, de forma que, atualmente, a ausência dos requisitos para prisão preventiva impedem - ou deveriam impedir - a aplicação de qualquer cautelar alternativa. No entanto, tais medidas são usuais e recorrentes, o que revela que a pobreza de mecanismos cautelares previstos no Código e a imperiosa necessidade de mudança.

No geral, o Anteprojeto de reformulação do Código de Processo Penal merece elogios no que se refere às alterações nas medidas cautelares penais.

A proposta do Anteprojeto cria cautelares penais pessoais, diversifica seu rol, a exemplo de outras legislações como a chilena, a espanhola, a italiana e a portuguesa, de forma a oferecer ao magistrado uma gama ampla de

medidas diferentes da prisão para garantir a ordem processual e a aplicação da lei penal. As novas medidas cautelares penais - previstas no art. 521 do Anteprojeto⁽¹⁾ - não são necessariamente originais ou inéditas. Boa parte já está prevista na legislação penal atual, seja como pena restritiva de direitos, seja como espécie peculiar de cumprimento de privação de liberdade (ex. prisão domiciliar). Mesmo a cautelar de monitoramento eletrônico - também prevista pelo Anteprojeto - já se faz presente em nosso ordenamento com a aprovação da Lei 12.258/2010, que autoriza o uso de dispositivos de controle (apenas nos casos de saída temporária, LEP, art.122), e sua apresentação como medida cautelar autônoma pode representar um salto qualitativo para a redução do encarceramento preventivo.

Nesse sentido, a apresentação de cautelares substitutivas da prisão tem a vantagem de contribuir para diminuir o impressionante número de presos no Brasil, vez que 32% dos 470 mil presos⁽²⁾ no país não tem condenação transitada em julgado; são presos cautelares,

sendo que este número cresceu 247% nos últimos dez anos.

Ao lado da previsão de novas cautelares, o Anteprojeto apresentou outras inovações dignas de nota, dentre as quais a vedação de que a cautelar seja mais gravosa que a pena eventualmente aplicada em caso de condenação.⁽³⁾ Nesse sentido, a proposta original - Anteprojeto - estabelecia que a prisão cautelar não seria cabível nos crimes cujo limite

máximo da pena privativa de liberdade cominada fosse igual ou inferior a *quatro anos*, exceto nos casos de violência ou grave ameaça, ou nos casos em que o réu descumprisse a cautelar anteriormente aplicada. A regra era coerente com um sistema racional em que os meios - cautelares - não deveriam ser mais graves que os fins almejados - um processo regular e a garantia da aplicação da pena - e afinal impedia prisão nas hipóteses em que a pena seria substituída por restrição de direitos. Como expressamente consignado na Exposição de Motivos do Anteprojeto: “*O remédio não pode ser mais agressivo que a enfermidade*”.

Ocorre que a redação foi alterada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado - Projeto CCJ Senado - que passou a vedar a prisão cautelar apenas para os crimes cujo limite máximo da pena seja igual ou inferior à *três anos*, quebrando a simetria com as hipóteses de substituição da prisão pela restrição de direitos de maneira injustificável.

Outras novidades do Anteprojeto - mantidas no Projeto da CCJ do Senado - são importantes para garantir um sistema penal equilibrado, como (i) a previsão de prazos máximos para cautelares e sua revisão periódica; (ii) o dever expresso de motivação individualizada das cautelares para cada agente no caso de concurso ou crime plurissubjetivo; (iii) a consagração da presunção de inocência com a vedação legal expressa da execução provisória, na esteira da jurisprudência do STF; (iv) a vedação da prisão temporária com o único objetivo de interrogar investigados; (v) a extinção da prisão em flagrante como cautelar, devendo ser transformada em prisão preventiva ou revogada em 24 horas.⁽⁴⁾

Por outro lado, outros avanços seriam importantes, mas não constam do Anteprojeto, dentre os quais a imprescindível alteração do art. 312 (requisitos para prisão preventiva) para evitar a usual aplicação da cautelar de prisão como antecipação da pena. Houve a manutenção pelo Anteprojeto dos mesmos requisitos da redação atual do CPP,⁽⁵⁾ em especial da expressão “*ordem pública*”, cuja definição carece de precisão e pode ensejar a restrição de liberdade pela mera gravidade do crime ou por sua repercussão midiática.

No entanto, a manutenção da expressão “*ordem pública*” pelo Anteprojeto em dis-

cussão não seria tão impertinente, porque o texto proposto vedava expressamente, em qualquer hipótese, a prisão pela “*gravidade do fato*”. No entanto, o Projeto da CCJ do Senado alterou o texto original e passou a autorizar expressamente a preventiva “*em face da extrema gravidade do fato*”, redação que confere ao termo “*ordem pública*” uma abrangência desmedida e colide frontalmente com o princípio constitucional da presunção de inocência, por antecipar o juízo de autoria e desvincular a cautelar de qualquer justificativa atinente à ordem processual e à aplicação da lei penal.⁽⁶⁾

Mas, ainda que seja mantida a redação do Anteprojeto ou do Projeto da CCJ do Senado, é de ser ressaltado que o art. 514 do primeiro - com texto mantido no art. 524 do segundo - estabelece que para aplicação de *qualquer* cautelar - inclusive a prisão preventiva - será necessário demonstrar que estas são “*meio absolutamente indispensável para assegurar os fins de persecução criminal*”. Assim, a interpretação sistemática deverá - esperamos - impedir a ampliação excessiva do conceito de “*ordem pública*” e exigir sempre do magistrado uma motivação processual para a medida, para além da gravidade dos fatos.

Por fim, há um ponto no Anteprojeto que merece reflexão: a ausência de regras efetivas sobre detração. A detração consiste no desconto, no tempo da pena definitiva ou da medida de segurança imposta, do período de prisão cautelar ou de internação, cumprido no Brasil ou no exterior (CP, art. 42). Assim, o tempo de custódia processual é descontado da pena de prisão ou da pena restritiva de direitos.

A previsão de novas medidas cautelares, diferentes da prisão, apresenta situações inéditas sobre a detração. Pelo texto proposto, se no curso do processo for decretada uma cautelar de restrição de direitos, haverá detração se a pena final consistir em restrição de direitos equivalente. Assim, aplicada a cautelar de proibição de frequência a determinados lugares, haverá desconto no tempo da pena final se esta for da mesma espécie. Da mesma forma, se a cautelar aplicada for de recolhimento domiciliar, o tempo será descontado na hipótese de fixação do regime aberto na sentença.⁽⁷⁾ No entanto, não há previsão de detração aos casos em que a pena aplicada ao final do processo for mais grave que a cautelar aplicada. Imagine-se o caso em que houve a aplicação de cautelar de prisão domiciliar por dois anos, e a sentença condena o réu a cinco anos com regime inicial fechado. Nesse caso, não haverá detração alguma e o tempo passado com parcial restrição de liberdade será “*perdido*” pelo réu. Aqui seria adequada ao menos de uma compensação, um desconto na pena de prazo ao menos proporcional à gravidade da cautelar aplicada.

Estas as breves considerações sobre as novas propostas de regulação de cautelares penais. Em conclusão, pode-se afirmar que as novidades trazidas pelo Anteprojeto são, em sua maioria, adequadas para superar o atual monopólio da prisão preventiva e conferir eficácia à proteção da persecução, ao passo que as alterações efetuadas pela CCJ do Senado merecem críticas por sua inadequação político-criminal e, em parte, por sua inconstitucionalidade.

NOTAS

- (1) Art. 531 do projeto da CCJ do Senado.
- (2) Números extraídos das estatísticas oficiais do Departamento Penitenciário Nacional para o ano de 2009, constantes no *site* do Ministério da Justiça: <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>. Acesso em 19 de julho de 2010.
- (3) Art. 515 do Anteprojeto original: “*É vedada a aplicação de medida cautelar que, em tese, seja mais grave do que a pena decorrente de eventual condenação*”.
- (4) Como atesta **Aury Lopes Jr.**, “*com isso, sepultam-se, de vez, as absolutamente ilegais prisões em flagrante que perduravam por vários dias, muitas vezes até a conclusão do inquérito policial, sem a necessária decretação e fundamentação da prisão preventiva*”, em *Direito processual penal e sua configuração constitucional*, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen, 2010, p. 178.
- (5) Art. 544 do Anteprojeto: “*A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*.”
- (6) Tal pensamento decorre da necessidade de observância da presunção de inocência na elaboração legislativa e aplicação das normas. Sustenta **Maurício Zanoide de Moraes** que para tanto “*é necessário ter-se em mente que qualquer medida de coação anterior à decisão final é excepcional, por mais ténue que seja sua incidência na esfera de direitos do imputado. (...) Assim, restrição à presunção de inocência, em qualquer de seus aspectos ou em qualquer intensidade, deve guardar justificativa constitucional e proporcionalidade (abstrata e concreta)*.” **MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 373.
- (7) Art. 594 do Anteprojeto e art. 605 do projeto aprovado na CCJ do Senado: “*O tempo de recolhimento domiciliar será computado no cumprimento da pena privativa de liberdade, na hipótese de fixação inicial do regime aberto na sentença condenatória*.”
Parágrafo único. Substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nesta será computado o tempo de duração das medidas cautelares previstas nos arts. 576, 579, 583, 585 e 586.”

Pierpaolo Cruz Bottini

Advogado.

Professor-doutor de direito penal da USP.

Coordenador regional do IBCCRIM.

Foi membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2007-2009) e Secretário de Reforma do Judiciário (2005-2007).

GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCEDIMENTO DO JÚRI ALGUNS ASPECTOS DO DIREITO VIGENTE E DO PROJETO Nº 156/2009

René Ariel Dotti

I. INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri na história constitucional

A corte de jurados surgiu em nosso país com a Lei de 18 de julho de 1822, antes, portanto, da proclamação da Independência (07.09.1822). Originalmente, o Júri foi criado para julgar os “*casos de abuso da liberdade de exprimir os pensamentos*”. Acolhendo a influência e o estilo estrangeiro, o Código de Processo Criminal de Primeira Instância (Lei de 29.11.1832), previa o “*Jury de acusação*” e o “*Jury de Sentença*” (arts. 238 a 274).

Desde a primeira até a última das *leis fundamentais*, a instituição do Júri tem sido expressamente mantida,⁽¹⁾ com exceção da Constituição autoritária (10.11.1937), decretada com o Congresso Nacional em recesso. Sob a vigência do *Estado Novo*, foi editado o Dec.-lei nº 167, de 05.01.1938 que, mediante recurso da acusação, autorizava o Tribunal de Apelação a modificar a decisão dos jurados para “*aplicar a pena justa ou absolver o réu*”, se o veredicto não encontrasse nenhum apoio na prova dos autos.⁽²⁾ Ficou na história dos maiores erros judiciários o malsinado processo contra os irmãos Joaquim e Sebastião Naves, absolvidos duas vezes pelo Júri de Araguari (MG), mas condenados em grau de recurso pela Câmara Criminal do Tribunal de Apelação mineiro (1939), à pena de vinte e três anos e seis meses de prisão celular pelo suposto homicídio de Benedito Pereira Caetano, primo e sócio de Joaquim e que havia desaparecido da cidade sem que o “*cadáver*” fosse encontrado. A pena foi reduzida para 16 anos e 6 meses em revisão. Os infelizes irmãos cumpriram a metade para a obtenção do livramento condicional. Para surpresa geral, no dia 24.07.1952, a “*vítima*” foi encontrada pela polícia quando, sorrateiramente, retornava à fazenda de seus pais, em Nova Ponte (MG).⁽³⁾

II. O JÚRI NO DIREITO VIGENTE E NO PROJETO Nº 156/2009

Avaliação

O *disegno di legge* nº 156/2009⁽⁴⁾ do CPP⁽⁵⁾ avaliou positivamente o sistema de procedimentos instaurado com as Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008. Vale repetir: “*A se destacar, em matéria de procedimentos, a introdução no processo penal brasileiro de novas*

regras para o Tribunal do Júri, com o objetivo de permitir um processo muito mais ágil, sem qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa”.⁽⁶⁾

Algumas mudanças essenciais

§1º A INSTRUÇÃO PRELIMINAR

A Lei nº 11.689/2008 alterou radicalmente o procedimento do Júri, suprimindo, modificando e criando dispositivos para integrarem o CPP (arts. 406 *usque* 497). A instrução preliminar, com prazos reduzidos, é preparatória da pronúncia, impronúncia e a absolvição sumária. A sequência de atos previstos pelos arts. 406 a 412 revela extraordinária vantagem frente ao sistema revogado, porque impede a grande distância entre o fato e o julgamento, em prejuízo do conceito da justiça criminal e do princípio da razoável duração do processo.

§2º A DECISÃO DE PRONÚNCIA

O art. 413 e seu § 1º do CPP reduzem a influência que a motivação da pronúncia possa exercer sobre os jurados. A decisão deve limitar-se à indicação da materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria ou participação, além da declaração do dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. O **Projeto** mantém a restrição, com economia de palavras (§ 1º do art. 322).

§3º A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA

O art. 413 do CPP tem redação mais apropriada. O velho diploma previa apenas a decisão de exclusão de crime ou a isenção da pena ameaçada pelo recurso de ofício, com efeito suspensivo (art. 411). A nova orientação contempla, ainda, a absolvição antecipada, se: **a)** for provada a inexistência do fato; **b)** for provado que o acusado não é autor ou partícipe do fato; **c)** o fato não constituir infração penal. O recurso contra a absolvição sumária ou a impronúncia é a apelação (CPP, art. 416), sem efeito suspensivo. O **Projeto** acompanha (art. 328).

§4º FECHAMENTO DE UMA USINA DE PRESCRIÇÃO

Ao dispor que o réu solto não encontrado será intimado da pronúncia por edital, o parágrafo único do art. 420 do CPP fecha uma das *usinas de prescrição*. A regra do velho regime determinava: “*O processo não prosseguirá até que o réu seja intimado*”⁽⁷⁾ da *sentença de pronúncia*” (art. 413).

A extensão continental do país e as na-

turais dificuldades de localização do réu acarretavam o arquivamento de inúmeros processos, pela prescrição vintenária, contado o prazo desde a pronúncia. O **Projeto** adota essa *cláusula salvatória* no interesse do magistério punitivo (parágraf. ún. do art. 328).

§5º JULGAMENTO SEM A PRESENÇA DO ACUSADO

O art. 474 do CPP permite o julgamento sem a presença do acusado. Em liberdade, ele pode exercer a faculdade do não comparecimento como corolário lógico do direito ao silêncio. Tal franquia eliminará outra *usina da prescrição*, além de estar em harmonia com o restante do sistema. Os arts. 413 e 414 do *ancien régime* tinham razão de ser até o advento da Lei n.º 5.349, de 03.11.1967, que revogou a prisão preventiva obrigatória, e da Lei n.º 5.941, de 22.11.1973, que concedeu liberdade provisória ao pronunciado primário e de bons antecedentes. Antigamente, a prisão preventiva ou de pronúncia era regra; agora, é exceção. Nenhuma dificuldade havia antes para intimar pessoalmente o réu da pronúncia ou da sessão do Júri. Com efeito, ao receber a denúncia por crime punido com dez ou mais anos, o juiz decretava, automaticamente, a prisão. Também para o **Projeto** o réu será interrogado “*se estiver presente*” (art. 382).

§6º AUMENTO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

O direito vigente ampliou sensivelmente a atuação popular na prática judicante do Tribunal do Júri: **a)** o alistamento multiplicou conforme a população da comarca; **b)** no regime passado, eram convocados cidadãos junto às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas. Atualmente, além daquelas fontes o juiz requisitará também às associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades e junto a “*outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado*” (§ 2º, do art. 425). O **Projeto** mantém esse modelo de convocação (§ 2º, do art. 333) e acrescenta: “*Qualquer cidadão que preencha os requisitos legais, poderá se inscrever para ser jurado*” (§ 3º do art. 333).

Também haverá proatividade do juiz de fato na instrução plenária, quanto ao

acesso aos autos e à solicitação ao orador para o esclarecimento de fato por ele alegado (CPP, art. 480 e **Projeto**, art. 388). No *ancien régime*, somente era permitida a indagação sobre a folha dos autos em que se encontra a peça por ele lida ou citada (parágrafos do art. 476).

§7º ELIMINAÇÃO DO LIBELO E PREPARAÇÃO DO PROCESSO

A eliminação do libelo já constava do Anteprojeto **Frederico Marques** (1970), no Projeto nº 1.268, de 1979, e no Projeto de 1983, coordenado por **Francisco de Assis Toledo** e aprovado pela Câmara dos Deputados em forma de substitutivo, sendo retirado pelo Governo quando se encontrava no Senado. A manutenção daquele procedimento era justificável ao tempo em que o acusado aguardava preso a instrução e o julgamento em face da obrigatoriedade da prisão preventiva, como foi dito. A partir das Leis nº 5.349/67 (alterou a redação original do art. 312 do CPP) e nº 5.941/73, (alterou a redação original do §2º, do art. 408 do CPP), a liberdade do réu durante o processo e, mesmo em caso de condenação, em face dos recursos ordinário, especial e extraordinário passou a ser a regra.

Os arts. 422 e 423 vigentes do CPP estabelecem as regras para a preparação do processo para julgamento com a apresentação do rol de testemunhas, juntada de documentos e requerimento de diligências. Estas, quando necessárias para evitar nulidade ou esclarecer fato relevante, serão ordenadas pelo juiz que, na sequência, fará relatório sucinto do processo e determinará a sua inclusão em pauta da reunião do Júri. No sistema revogado, o relatório era

lido em plenário, geralmente sem receber qualquer atenção das partes e dos jurados. O **Projeto** mantém esse itinerário (arts. 330 e 331).

§8º SIMPLIFICAÇÃO DO QUESTIONÁRIO

A *revolução copérmica* no procedimento do tribunal do povo ocorreu com a substituição de um questionário complexo, gerador de nulidades e/ou erro judiciário, por um método absolutamente simples e adequado à vontade do magistrado leigo, que consiste em absolver ou condenar, reduzir ou aumentar a pena. Esse foi um dos problemas mais graves do Júri brasileiro por mais de 60 anos. O mestre **Rui Stoco** denunciou ser “*uma absurda complexidade do sistema de formulação do questionário a ser submetido aos jurados*”.⁽⁸⁾

As dificuldades rotineiras nessa área das perguntas e respostas produziram um número imenso e variado de nulidades.⁽⁹⁾ A estatística poderia motivar pesquisas e textos acadêmicos sobre *arte* e a *ciência* de complicar as coisas simples. Na verdade, e na prática, era um *tormento bíblico* imposto aos protagonistas do processo, especialmente os procuradores das partes.

A regra do art. 483 do CPP, incisos e parágrafos, indagando a materialidade do fato, a autoria ou participação e “*se o acusado deve ser absolvido*”, foi parcialmente mantida pelo **Projeto**. O art. 391 suprime as duas primeiras perguntas para indagar “*se deve o acusado ser absolvido*”. Outra diferença: no CPP, após responder afirmativamente os dois primeiros quesitos, será formulado outro, objetivamente: “*O jurado absolve o acusado?*” A resposta negativa implicará a condenação, observando-se os §§ 3º e 4º do art. 483. O

Projeto confirma a simplificação, mas dispensa o quesito individualizado (art. 394).

NOTAS

- (1) Constituições: 25.03.1824 (arts. 151 e 152); 24.02.1891 (art. 72, §31); 16.07.1934 (art. 72); 18.09.1946 (art. 141, §28); 24.01.1967 (art. 150, §18); EC nº 1, de 17.10.1969 (art. 153, §18) e a Carta de 1988 (art. 5º, XXXVIII).
- (2) Dec.-lei nº 167/38, art. 92, b c/c o art. 96. *Tribunal de Apelação* era a antiga designação do Tribunal de Justiça dos Estados.
- (3) Maiores detalhes do processo e julgamento: **Dotti, René Ariel**. “*O caso dos irmãos Neves*”, em *Casos criminais célebres*, 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 108 e s.
- (4) O Projeto nº 156/2009, com o Substitutivo proposto pelo Senador **Renato Casagrande** e virtualmente aprovado pela Câmara Alta, será doravante referido apenas como **Projeto**.
- (5) Na sequência desta exposição, os dispositivos em vigor do Código de Processo Penal - com as alterações determinadas pela Lei nº 11.689/2008 - serão referidos como CPP ou como direito vigente.
- (6) *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*, Brasília: ed. Senado Federal, 2009, p. 20 e 21. (Os destaques em itálico são meus.)
- (7) A intimação da pronúncia era sempre *pessoal* quando o crime fosse inafiançável (art. 414).
- (8) *Crise existencial do Júri no Direito brasileiro*, em RT 664/252.
- (9) **Souza, Aélcio Paropat**. *Quesitos do Júri no Direito Sumular*, em RT 679/283 e s; **Freitas Barbosa, Marcos Elias de**. *Regras e quesitos do Júri ante o Código Penal de 1984*, em RT 649/233 e s.

René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal.

Corredor dos projetos que se converteram nas Leis nº 7.209/84 (nova Parte Geral do CP) e 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Redator do anteprojeto original sobre o procedimento do Júri (1992-2000). Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados (2007).

RECRUDESCIMENTO A CAMINHO

Roberto Delmanto Junior

Estive presente ao evento promovido pelo **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, pela Associação dos Juízes Federais e pela Escola da Magistratura Federal da 3ª Região, nos dias 31 de maio a 2 de junho de 2010, para debater o Projeto de Lei do Senado 156/2009 - Substitutivo CASAGRANDE.

Nove aspectos chamaram a minha atenção, gerando profunda preocupação com os rumos da reforma.

São eles:

1) Possibilidade de a Polícia colher depoimentos de forma informal, em qualquer local (art. 29, caput)

A par do grande constrangimento de um carro da polícia “baixar na casa de uma pessoa”, com os policiais nela adentrando para colher depoimentos “de modo informal”, imaginem os leitores os abusos que tal permissivo legal propiciará.

É verdade que ao elaborar uma lei, deve-se ter o pressuposto de que os agentes públicos atuem com ética. Todavia, não se pode fechar os olhos para a nossa realidade, em que os abusos praticados pela polícia continuam, infelizmente, sendo frequentes.

O legislador há que levar em conta a realidade brasileira, o que significa não propiciar que se instale terreno fértil ao

arbítrio. Ao contrário, deve-se instituir uma dinâmica processual que venha a minimizar (e não ampliar) a proliferação dos inevitáveis desmandos.

2) 360 dias para interceptação telefônica (art. 247)

Após 12 anos da Lei nº 9.296/96, o Superior Tribunal de Justiça, com amadurecimento, impôs rígido limite temporal à interceptação telefônica, fazendo cumprir o art. 5º dessa lei, que estipula o prazo de quinze dias, prorrogáveis por outro tanto.

Lembrando que até o “Estado de Defesa”, com liberdades individuais restringidas, tem

o limite máximo de 60 dias, assim decidiu a sua 6ª Turma, em 13.5.2008, no *habeas corpus* nº 76.686/PR:

“(…) 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. (…)”.

Desse modo, o Substitutivo, ao ampliar o prazo da interceptação telefônica para 360 dias, dá ao Poder Judiciário poderes mais amplos do que se estivéssemos sob Estado de Defesa, implicando séria restrição às liberdades individuais.

3) Fiança de até 20.000 salários (art. 570)

O recrudescimento do Substitutivo é tamanho, que nem mesmo o Código Penal prevê, como pena, tal valor. Isso porque, lá, o número máximo de salários-mínimos a que uma pessoa pode ser condenada é de 1800 (art. 49).

Ora, considerando que toda a medida cautelar deve ser *proporcional* em face da gravidade do crime, não há o menor cabimento em se admitir uma fiança de até 20.000 salários-mínimos!

4) Prisão preventiva (art. 554, I, IV e V)

O Substitutivo mantém a prisão preventiva para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, apesar desses conceitos não terem fundamento cautelar, assumindo caráter de punição antecipada, com afronta à Constituição da República, que estabelece o direito à desconsideração prévia de culpabilidade.

Dir-se-á que na maioria dos países há a prisão provisória para a garantia da ordem pública, como um “mal necessário”. Mas isso não justifica a violação constitucional.

Também não há imaginar o que tem a ver uma prisão para a garantia da ordem econômica com a necessária cautelaridade de uma medida cautelar.

Cria-se também a prisão provisória pela “prática reiterada de crimes”. Ora, se o acusado vem reiterando o cometimento de delitos, deveria já estar cumprindo pena pelos primeiros, não é verdade? Teria, assim, a regressão de seu regime de cumprimento de pena, ou a revogação de eventual livramento condicional.

Há, aqui, como já afirmei (*As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*, 2ª ed., Renovar, p. 179), *dupla presunção de culpa*: uma para o passado,

de que o réu efetivamente cometeu o crime pelo qual é processado; outra para o futuro, no sentido de que, em liberdade, consumará o delito tentado ou praticará novos crimes.

O Substitutivo ainda estabelece que também caberá prisão preventiva em face da “extrema gravidade do fato”, quando é do conhecimento de todos que a gravidade do crime, por si só, não autoriza a prisão provisória, como pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

Se assim for, teremos de volta a prisão preventiva obrigatória!

5) Até 4 anos de prisão provisória, e nova prisão após o excesso de prazo (arts. 556 e 559)

Sempre defendi a necessidade de a lei estabelecer prazos máximos para a prisão provisória, tendo até esboçado um anteprojeto de lei (*Revista do IBCCRIM*, nº 32, p. 354 a 366).

Isso porque hoje não há um prazo máximo para a prisão provisória no Brasil, com total insegurança jurídica.

Ocorre que o Substitutivo exagerou com a possibilidade da prisão provisória perdurar por *até 4 anos*.

Ademais, os prazos são praticamente os mesmos para todos os crimes (6 meses durante a investigação ou processo em primeiro grau; 1 ano após a sentença condenatória, com acréscimo de 6 meses se houver recurso especial ou extraordinário).

Tratando-se de crime cuja pena máxima seja de 12 anos ou mais, há aumento de 2 meses em cada uma das três fases, totalizando 2 anos e 6 meses.

Se o caso for de Júri, somam-se 6 meses entre a pronúncia e o plenário, perfazendo 3 anos.

Havendo fuga, os prazos computam-se *em dobro* se recapturado, com a limitação de que a prisão não ultrapassará 4 anos (art. 557, § 2º).

Tenho o temor de que, na prática, o prazo será o de quatro anos, sem prejuízo das corriqueiras análises empíricas “se o excesso verificado foi razoável ou não”, “se o atraso foi provocado pela defesa”, “se a instrução já está encerrada”, “se a causa é complexa” etc., para justificar o desrespeito aos prazos.

E se o réu for absolvido? Deveria o Projeto prever expressamente a indenização, como sucede na Itália.

Deveria também ser expresso que a economia de prazo em uma fase não pode ser compensada pelo excesso em outra.

Há um fato mais grave.

Mesmo tendo *havido excesso de prazo*, poderá o juiz decretar *nova prisão, por mais*

um ano, se o acusado deixar de atender intimações ou na hipótese dele ter “*comportamento gravemente censurável*” (art. 558, § 2º).

A primeira possibilidade é draconiana porque ele tem o direito ao silêncio, que inclui a possibilidade de não colaborar com o processo, aguardando passivamente o seu resultado, ainda que não atenda às intimações judiciais, o que não se confunde com fuga.

Tem ele o direito de estar fisicamente *ausente*, estando representado por seu defensor, inexistindo a figura da *revelia*, como anotei em meu *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*, RT, 2004.

Despropósito, também, é novamente prendê-lo por 360 dias por ter ele adotado conduta “gravemente censurável”. Ora, o que seria essa conduta? Uma entrevista a um programa de rádio ou televisão?

Cria-se uma nova modalidade de prisão, mesmo já tendo havido excesso de prazo, com critérios absolutamente vagos, o que é um retrocesso.

6) Outras medidas cautelares (arts. 585 a 607)

Sempre foi ponto pacífico entre os doutrinadores que o Código deveria prever, entre a prisão e a liberdade provisória, um meio termo, com outras medidas cautelares.

Assim defende **Fabio Delmanto**, em livro intitulado *Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Provisória* (Rio, Renovar, 2007).

Ocorre que, no Projeto, houve a previsão de várias medidas diversas da prisão, das quais *somente uma* - a do monitoramento eletrônico (arts. 589 a 592) - é *expressamente* tida como *alternativa* à prisão cautelar.

Todas as outras são previstas como medidas que poderiam ser aplicadas de forma *autônoma*:

- prisão domiciliar por até 1 ano (arts. 586 a 588);
- suspensão do exercício de função pública (“com prejuízo da remuneração”, o que é um *non sense*, já que a pessoa não foi julgada!), profissão ou atividade econômica (art. 593) por até 6 meses;
- suspensão das atividades de pessoa jurídica em crimes contra o meio ambiente, ordem econômica e relações de consumo por até 6 meses (art. 594);
- proibição de frequentar determinados lugares por até 2 anos (art. 595);
- suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, barco ou aeronave por até 2 anos (art. 596);

- afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima por até 2 anos (art. 597);
- proibição de ausentar-se da comarca ou do País por até 2 anos (art. 598);
- comparecimento periódico em juízo por até 2 anos (art. 599);
- proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada por até 2 anos (art. 600);
- suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte por até 2 anos (art. 601);
- suspensão do poder de família por até 1 ano (art. 602); e
- bloqueio de endereço eletrônico na internet por até 2 anos (art. 603).

Mesmo escoados os seus prazos, poderia o juiz adotar outras medidas, em caso de extrema necessidade (art. 604, parágrafo único).

Como dito, a maior preocupação é a de que essas medidas, do modo como está o texto, *não são necessariamente alternativas ou substitutivas de uma prisão*.

Isso significa que a sua aplicação poderá se transformar em *regra geral*, mesmo para casos em que jamais teria o juiz cogitado prender o acusado.

Prisão, essa, que agora poderá vir se houver descumprimento dessas restrições autônomas (art. 607), com enorme recrutamento.

7) Habeas corpus

Foi com pesar que ouvi o discurso de que a “culpa” do caos processual é do excesso de *habeas corpus*, devendo ele ser restringido!

Assim o Substitutivo prevê em seu art. 647, I, que o *habeas corpus* seria aplicável somente a casos em que o paciente esteja efetivamente preso ou na iminência de sê-lo, e não mais também para se trancar uma ação penal por falta de justa causa ou para o reconhecimento de uma nulidade, mesmo em liberdade.

Em contrapartida, é previsto o recurso de agravo (arts. 469 a 477), em regra retido e com efeito devolutivo, podendo se processar por instrumento e excepcionalmente ter efeito suspensivo, dependendo do caso e a critério do próprio juiz ou do tribunal agravados (o que permite concluir que o efeito suspensivo será raro).

Nesse contexto, a limitação do *habeas corpus* é um erro, destacando-se quatro razões.

A primeira é que nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, em termos de volume, nada mudará: ao invés de *habeas corpus* teremos recursos de agravo.

A segunda, é que os agravos processados mediante instrumento, com raro efeito suspensivo, nem de longe suprirão a lacuna deixada pela restrição imposta ao *habeas corpus* como ação rápida de garantia do cidadão.

A terceira razão é a de que, do acórdão que julgar o agravo, só se poderá chegar aos Tribunais Superiores por meio de recursos especial e extraordinário, cuja admissibilidade é difícil, não mais cabendo *habeas corpus*!

A quarta é que, se o projeto busca celeridade, é uma incongruência restringir a única ação que atualmente é célere!

8) Suspensão do prazo prescricional (art. 502)

O art. 502 do Substitutivo prevê o *non sense* de se suspender o prazo da prescrição enquanto pendentes recursos especial e extraordinário.

Como se sabe, a prescrição é uma forma de autolimitação do Estado, lembrando **Francesco Antolisei** que “*o decurso do tempo atenua normalmente o interesse do Estado a aceitar o crime e até a executar a pena que tenha sido aplicada, interesse que é diminuído com o desaparecer da memória do fato e das suas conseqüências sociais*” (*Manuale di Diritto Penale*, 13ª ed., atualiz. por Luigi Conti, Milano, Giuffrè, 1994, p. 708).

Na lembrança de **Rui Barbosa**, “*justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”, perdendo o sentido.

A prescrição tem o efeito de diminuir, ainda, as chances de erro judiciário já que, com o tempo, as provas vão se tornando mais frágeis.

E ao assim fazer, leva a que o Estado se movimente, lembrando-se a preocupação dos juízes em não deixar escoar o prazo prescricional “em suas mãos”.

Pois bem, hoje, com a alteração que a Lei n. 12.234/2010 fez ao art. 110 do Código Penal, já temos um desproporcional e irrazoável prazo prescricional entre a data do fato e o recebimento da denúncia, incidindo somente os prazos máximos da prescrição em abstrato.

Como escrevi em artigo publicado no *Estado de S. Paulo* (“*A Caminho de um Estado Policial*”, 02/06/2010, p. A2), essa alteração premiou a letargia das investigações policiais, bem como fomentou o abuso de poder, já que uma pessoa pode agora ser investigada e denunciada, por exemplo, por um crime de furto em concurso de pessoas, até 12 anos após o fato, sem prescrição!

Distorção que viola o art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República, que assegura

ra a todos “*a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Nesse quadro, a proposta do art. 502 é ainda mais perniciososa, ao não só fomentar a morosidade de nossas Cortes Superiores, como também por criar verdadeiras hipóteses de *imprescritibilidade*, violando-se o art. 5º, incisos XLII e XLIV da Constituição da República.

9) Apresentação do preso em flagrante ao juiz

Desde que o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de Nova Iorque, existe, em nosso ordenamento, o *dever* (reiteradamente desrespeitado) das autoridades policiais *apresentarem* a um juiz de direito o preso em flagrante.

Respectivamente:

“*Art. 7º, 5: Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)*”;

“*Art. 9º, 3: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)*”.

Desse modo, o juiz (no caso do projeto o “Juiz das Garantias”) deve decidir, na presença do acusado, de seu defensor e do membro do Ministério Público, sobre o relaxamento ou não do flagrante (na hipótese de nulidade), sua manutenção ou revogação com a concessão de liberdade provisória mediante fiança ou sem fiança ou ainda sobre a imposição de outra medida cautelar pessoal que seja substitutiva da prisão - *vide* críticas no item (6).

Essa disposição não existe à toa; é eficaz instrumento de inibição à tortura policial, como me manifestei há mais de treze anos (*Tribuna do Direito*, julho de 97).

Ora, se os Tratados compõem o nosso ordenamento, em patamar “supralegal”, como assentou o Supremo Tribunal Federal, não poderia o projeto deixar de adotar essa disposição tão clara e óbvia, o que gera profunda irrisignação. Afinal, a tortura é um problema presente no Brasil, ou não é?

Roberto Delmanto Junior

Advogado criminalista.
Mestre e doutor pela USP.
Professor da FGV-LAW.
Conselheiro da OAB/SP.

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

98 anos

Dedicados à geração de
conteúdo para a formação e
informação de profissionais
da área jurídica.



Revista Brasileira de Ciências Criminais

*Publicação Oficial do
IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*

Coordenação: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Aborda as mais relevantes discussões das ciências criminais e disciplinas correlatas, tais como sociologia, política, infância e juventude, entre outros.

Periodicidade: bimestral
Volumes: 82 a 87

Indiscutivelmente obrigatória para todo pesquisador do âmbito das Ciências Criminais, a **RBCCRim** conta com seções fixas e ocasionais.



www.rt.com.br