

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas  
Brasília – Julho-Setembro/2009 – Ano 46 – Nº 183  
Edição Especial – Reforma do Código de Processo Penal

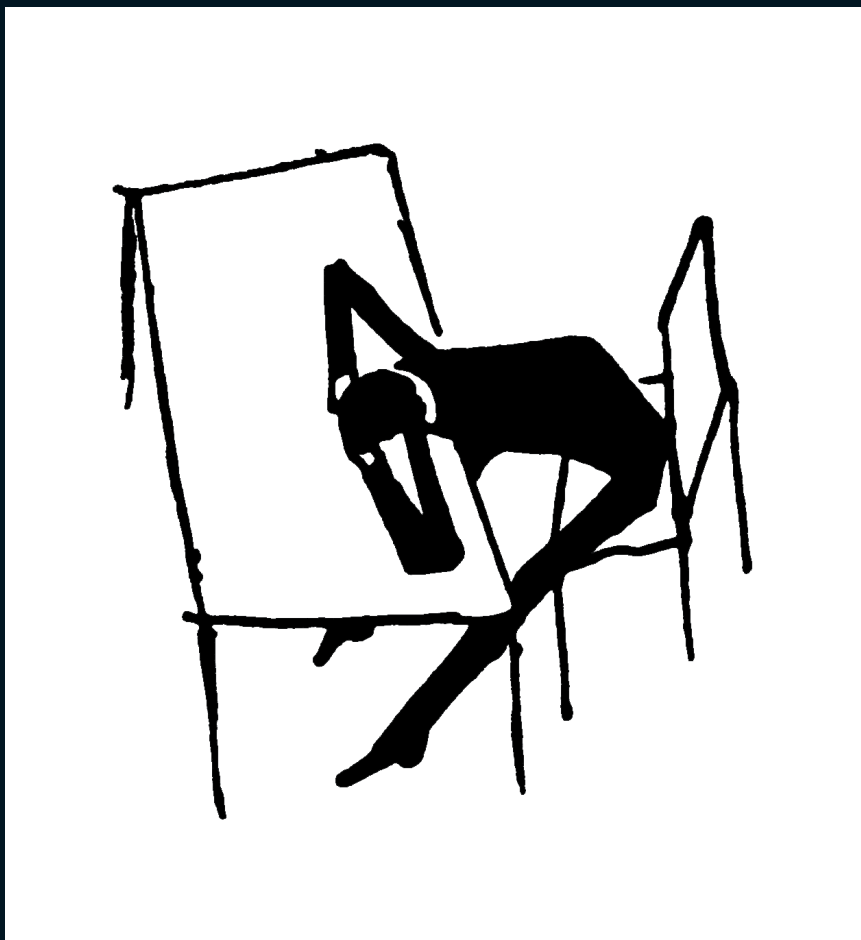


Ilustração de Franz Kafka em seu manuscrito “O Processo”.

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 183 • edição especial  
Julho/setembro 2009

## **Reforma do Código de Processo Penal**

**Organizador: Fabiano Augusto Martins Silveira**

REVISTA  
de  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

FUNDADORES  
Senador Auro Moura Andrade  
Presidente do Senado Federal 1961-1967  
Isaac Brown  
Secretário-Geral da Presidência 1946-1967  
Leyla Castello Branco Rangel  
Diretora 1964-1988

---

ISSN 0034-835x  
Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes  
CEP: 70.165-900 Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579  
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

ORGANIZADOR DESTA NÚMERO: Fabiano Augusto Martins Silveira  
REVISÃO DE PROVAS: Bárbara de Almeida Bezerra, Marise de Faria Fiuza  
EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida Silva  
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Marjorie Fernandes Gonçalves  
CAPA: Rejane Campos Lima  
IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

---

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.  
Pídese canje.  
On demande l'échange.  
Si richiede lo scambio.  
We ask for exchange.  
Wir bitten um Austausch.

---

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas  
Ano 1, n. 1 (mar. 1964). Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições  
Técnicas, 1964.  
Trimestral.  
Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9,  
nº 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , n. 34- , publicada  
pela Subsecretaria de Edições Técnicas.  
1. Direito Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria  
de Edições Técnicas.

CDD 340.05  
CDU 34(05)

---

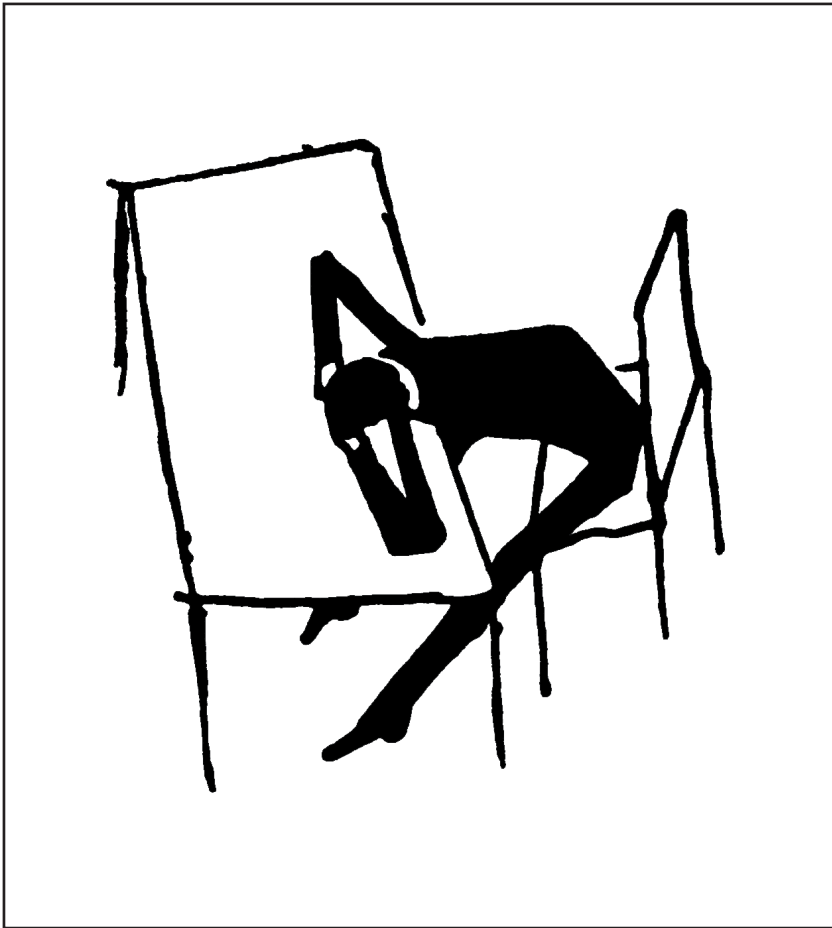


Ilustração de Franz Kafka em seu manuscrito "O Processo".



REVISTA  
DE  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

Brasília · ano 46 · nº 183 · julho/setembro · 2009

Antonio Scarance Fernandes	As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal 11
Antonio Henrique Graciano Suxberger	O regime jurídico do interrogatório no Projeto de Código de Processo Penal 21
Antonio Magalhães Gomes Filho	Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto nº 156/2009 do Senado Federal 35
Edilenice Passos	O apoio da Biblioteconomia Jurídica à Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto de Código de Processo Penal 47
Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa	O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas 55
Eugênio Pacelli de Oliveira	O processo penal como dialética da incerteza 67
Fabiano Augusto Martins Silveira	O Código, as cautelares e o juiz das garantias 77
Geraldo Prado	Sobre o Projeto de Código de Processo Penal 95
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho	Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado 103
Lenio Luiz Streck	Novo Código de Processo Penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório) 117
Leonardo Augusto Marinho Marques	A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório 141
Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Mohamad Ale Hasan Mahmoud	A reforma processual penal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça 155

Mauro Fonseca Andrade	O sistema acusatório proposto no projeto de novo <i>codex</i> penal adjetivo 167
Renato Casagrande	A urgência de um novo Código de Processo Penal 189
René Ariel Dotti	A presença do cidadão na reforma do júri. Observações sobre a Lei nº 11.689/08 e o Projeto de Lei nº 156/09 193
Rogério Schietti Machado Cruz	As medidas cautelares no projeto do novo CPP 211

## APRESENTAÇÃO

Os antigos diziam que todos os caminhos levavam a Roma. As estradas do Império ligavam o mundo de então à Cidade Eterna. Roma, de fato, era o centro político e geográfico de tudo quanto era conhecido. Parece-nos sugestivo adaptar esse velho provérbio à situação presente do processo penal brasileiro. Onde quer que estejamos, temos a impressão de que todos os caminhos levam, ou ao menos deveriam levar, a um novo Código de Processo Penal (CPP).

Esta edição especial da quarentenária Revista de Informação Legislativa, a nossa querida “RIL” – certamente um dos periódicos mais bem posicionados no cenário editorial brasileiro –, reforça aquela tese, talvez fosse melhor dizer aquele desejo, de que a reforma do CPP está mesmo no centro da agenda política desse final de década. Tardiamente, é verdade, e à custa de muitos solavancos. Mais de 20 anos se passaram da promulgação da Constituição de 1988 e só agora vemos um esforço consistente de levar adiante o referido movimento de reforma global, tão reclamado pela comunidade jurídica ante os anacronismos e surrealismos do atual diploma, que se refletem na dinâmica do sistema de justiça criminal, como não poderia deixar de ser.

É difícil traduzir em poucas palavras todo o significado cultural de uma reforma legislativa desse arco. As normas que definem como rejeitar ou reconhecer a responsabilidade penal da pessoa que é acusada da prática de um crime dizem muito sobre a cidadania e o amadurecimento democrático de um país, dando sentido e orientação mais precisa à famosa fórmula do “Estado Democrático de Direito”. Seria, pois, um erro reduzir a reforma do CPP à espuma de disputas institucionais que marcam o espaço da justiça criminal, legítimas que possam ser. O que está em jogo é algo muito maior, se pensarmos, por exemplo, que uma boa parcela dos direitos fundamentais depende essencialmente da qualidade da prática processual penal, em todos os seus níveis.

Evidente que reformar por inteiro o CPP não é uma empresa tida como das mais simples. Os entraves políticos e os enormes desafios intelectuais por vezes levaram ao desânimo, à paralisia, quando não ao mais profundo ceticismo. Nesse cenário não muito promissor, ao qual se misturou o ingrediente das reformas parciais de junho de 2008, como que paliativo à ideia de um novo CPP, podemos chamar de fato novo o anteprojeto redigido pela Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal e brilhantemente coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça.

Foi esse trabalho que, feito rastilho de pólvora, permitiu abrir esta modesta apresentação com certo ar de otimismo, ainda que o otimismo, na visão bem-humorada de Carlos Heitor Cony, signifique pura falta de informação. Sim, muito ainda está por vir, mas não há como esconder o fato de que a reforma global do CPP ganhou forma e conteúdo, numa palavra, virou proposta. Lá está Roma... aqui estão alguns possíveis caminhos.

Outro aspecto a ser realçado nesta edição é que a doutrina processual, aqui tão bem representada por ilustres estudiosos, atendeu a um chamamento. Não se omitiu. Saiu da sua zona de conforto. No lugar da retórica inflamada de críticas à lei (como produto legislativo acabado), decidiu entrar no jogo antes do apito final. Ouvem-se, portanto, críticas autorizadas ao projeto de Código ainda no calor do debate parlamentar.

Esse nos parece ser o ponto mais virtuoso da relação entre ciência e política, isto é, a oportunidade de a crítica especializada assumir um viés interativo e construtivo no espaço público, sem prejuízo da autonomia dos seus pontos de vista. Significa dizer que o conjunto de reflexões e comentários reunidos nesta edição especial serve ou tem a pretensão de servir como efetiva



contribuição ao processo legislativo em curso. Dessa forma, a vocação crítica da doutrina encontra, sem dúvida alguma, um leito bastante propício a exercícios de democracia.

Somem-se a tudo isso as audiências públicas realizadas pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do CPP em várias cidades, e teremos um quadro bastante vivo e estimulante de discussão da matéria. Em suma, não será por falta de subsídios ou de demonstrações de interesse que a reforma não caminhará para a frente, como sinceramente esperamos que caminhe.

Não foram poucas as novidades trazidas pelo anteprojeto (agora PLS nº 156, de 2009), e talvez seja um crime tentar reduzi-las a dois, três pontos, tamanha a distância em relação ao atual diploma. Desatendendo a essa advertência, não poderíamos deixar de chamar a atenção para aquilo que, segundo cremos, constitui a essência da reforma. Em primeiro lugar, o projeto de Código envereda pelo grande filão do modelo acusatório, que, antes de tudo, é uma imagem-guia, um ponto de referência, não uma solução única e fechada para toda e qualquer realidade processual.

Se o modelo atual é predominantemente inquisitorial (e ainda assim há muito de simplicidade nessa afirmação), o mesmo se diga da proposta que está sendo discutida no Parlamento, porém em direção contrária. Assim, a transição que se planeja haveria de negociar com a tradição e a cultura processual dominante. Vale dizer, enfatizada a impossibilidade (ou ingenuidade até) de um modelo acusatório puro, é preciso ter em conta que o projeto de Código toca as estruturas do processo penal brasileiro, seja ao propor um novo trâmite para o inquérito policial; seja ao instituir a figura do juiz das garantias; seja ao repensar a atividade judicial no tocante às iniciativas probatória e cautelar; seja, enfim, ao “empoderar” as partes do contencioso judicial. Não é por outro motivo que muitos textos desta edição discutem a fundo e com maior requinte teórico as diversas implicações da pretendida mudança, como os de Jacinto Coutinho, Lenio Streck, Leonardo Marinho, Mauro Fonseca Andrade e Geraldo Prado. O Senador Renato Casagrande, relator da matéria no Senado Federal e um dos principais articuladores da reforma do CPP, também fez questão de sublinhar a guinada para o modelo acusatório.

Outro ponto ultrasensível da reforma está na concepção do processo cautelar. Como ao longo do processo os direitos fundamentais costumam sofrer restrições prematuras, o projeto de Código mostra-se consciente de que ali, especialmente ali, reside muito do nosso legado autoritário. Para sermos concisos, a proposta contempla a estratégia de diversificação do rol de medidas cautelares; a previsão de prazos máximos de duração da prisão preventiva e seu reexame obrigatório; a necessidade de conversão do flagrante em prisão preventiva; o reerguimento da fiança e, como preâmbulo, um conjunto de disposições que enfatizam a noção básica de cautelaridade. Tudo para fazer face à cultura de prisão tão arraigada no Brasil, a qual tem conduzido ao aumento insustentável do número presos provisórios, como dão conta seguidos levantamentos estatísticos do Ministério da Justiça. Dada sua relevância social, vimos que a temática do processo cautelar foi eleita por outros textos que compõem esta edição especial, como os de Antonio Scarance e Rogério Schietti.

A edição traz, ainda, pelas mãos de Antônio Magalhães e de Antonio Suxberger, esclarecimentos e contribuições preciosas ao tema das provas, em face das opções do PLS nº 156, de 2009. O júri, por sua vez, recebeu de René Ariel Dotti tratamento completo, é o mínimo que se pode dizer. As questões de competência jurisdicional ligadas aos crimes praticados ou sofridos por indígenas foram alvo da instigante pesquisa de Ela Wiecko e Paula Bajer. A Ministra Maria Thereza Rocha e o Professor Mohamad Mahmoud fazem análise comparativa muito lúcida entre pontos da reforma de 2001 e o projeto de Código, tendo a jurisprudência do STJ como música de fundo. Edilenice Passos traz a perspectiva da biblioteconomia jurídica, como qualificado ferramental de apoio aos trabalhos da reforma, seja na identificação das fontes de informação, seja na interação com o público. E Eugenio Pacelli, relator geral dos trabalhos que culminaram

na redação do anteprojeto de Código, elucida conceitos-chaves como os de parte, contraditório, pretensão, entre outros, sempre no contexto das opções do PLS nº 156, de 2009.

Feito esse aceno relâmpago, gostaríamos de expressar os nossos agradecimentos a todos os autores envolvidos no projeto editorial. Definitivamente, o excepcional nível técnico dos trabalhos reunidos nesta edição está à altura do desafio que se coloca ao Parlamento brasileiro. A profundidade com a qual cada tema foi abordado dá bem a noção do que é o vasto mundo da reforma do CPP.

Agradecimentos, ainda, à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, que, logo no primeiro momento, soube compreender a grande oportunidade do debate em questão, abrindo as portas desta prestigiada Revista.

E, finalmente, o registro de que a tarefa de organizar esta edição especial não teria sido possível, nem de longe, sem a colaboração de Edilenice Passos, que a todos impressiona pela capacidade de trabalho e senso de profissionalismo. Essas palavras de gratidão são estendidas a Consuelo Mantovani, pela disponibilidade, zelo e eficiência do auxílio prestado aos trabalhos de organização.

Fabiano Augusto Martins Silveira  
Consultor Legislativo do Senado Federal



# As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal

Antonio Scarance Fernandes

## Sumário

1. Uma sucinta visão do tratamento legal das prisões cautelares – Portugal, Itália e Brasil. 2. Extinção da prisão decorrente de pronúncia e da prisão derivada de sentença condenatória recorrível. 3. As mais recentes pretensões de reforma do tratamento das medidas cautelares pessoais. 4. Pontos principais das reformas projetadas. 5. Projeto do Código de Processo Penal. 6. Conclusões.

### *1. Uma sucinta visão do tratamento legal das prisões cautelares – Portugal, Itália e Brasil*

No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e a utilidade do julgado. Há, então, a necessidade de medidas que eliminem ou amenizem esse perigo. São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte e não realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.

Em relação ao processo penal, encontram-se nos códigos recentes de Portugal e da Itália interessantes sistematizações dessas medidas.

Antonio Scarance Fernandes é Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador de Justiça aposentado. Consultor e parecerista em matéria criminal.

O Código de Processo Penal português estabelece em seu Livro IV medidas cautelares, separando-as em dois grandes grupos: medidas pessoais de coação e as medidas reais. Relaciona, nas disposições gerais, os princípios fundamentais regentes da aplicação de tais medidas: da legalidade (art.191), da adequação e da proporcionalidade (art.193). O Título II cuida das medidas pessoais de coação: termo de identidade e residência (art. 196); caução (art. 197); obrigação de apresentação periódica (art. 198); suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos (art. 199); proibição de permanência, de ausência e de contactos (art. 200); obrigação de permanência na habitação (art. 201) e prisão preventiva (art. 202). No Título III, trata das medidas de garantia patrimonial: caução econômica (art. 227) e arresto preventivo (art. 228). No Livro VI, Título I, Capítulo II, encontram-se as medidas cautelares e de polícia, referindo o art. 249 às “providências cautelares quanto aos meios de prova”, nomeadamente: o exame de vestígios do crime, as apreensões, as revistas e a busca. No Capítulo III, dos mesmos livro e título, cuida o Código da detenção antes do processo (arts. 254-261).

Como o Código português, o Código de Processo Penal italiano, em seu Livro IV, divide as “medidas cautelares” em pessoais e reais. As medidas cautelares pessoais são de dois tipos, coercitivas e interditivas ou restritivas de direitos. As medidas coercitivas são: proibição de saída do país (art. 281); obrigação de apresentação à polícia judiciária (art. 282); afastamento da casa familiar (art. 282-bis); proibição de moradia em determinados lugares (art. 283); arresto domiciliar (art. 284); custódia cautelar em cárcere (art. 285) e custódia cautelar em hospitais (art. 286). Constituem medidas restritivas de direitos as seguintes: suspensão do exercício do pátrio poder dos pais (art. 288); suspensão do exercício de uma função ou serviço público (art. 289); proibição temporária de exercer determinadas

atividades profissionais ou empresariais (art. 290). Estão previstas, como reais, as medidas consistentes nos sequestros conservativo (arts. 316 a 320) e preventivo (arts. 321 ao 323).

Para delimitação desse estudo, pode-se tomar como base inicial a separação das medidas cautelares em pessoais, incidentes sobre o suspeito, o acusado ou o indiciado; reais, direcionadas à garantia da reparação do dano ou à perda do produto do crime; probatórias, destinadas a assegurar a instrução do processo.<sup>1</sup> Aqui, serão estudadas as medidas cautelares pessoais<sup>2</sup>.

Não há no Código de Processo Penal brasileiro tratamento sistemático das medidas cautelares pessoais. Quando da introdução do Código no direito brasileiro, tais medidas estavam centradas na prisão processual e na fiança. Quem fosse preso em flagrante, seria solto se pagasse fiança. O acusado pronunciado devia, em regra, aguardar preso o julgamento pelo júri e o condenado esperar a apreciação de sua apelação, exceto se pagasse fiança. A prisão preventiva era, em determinadas hipóteses, obrigatória. Esse rigor foi se atenuando ante os reclamos da doutrina, afinada com os postulados garantistas constitucionais, o que ocasionou uma série de alterações nas disposições sobre prisão e liberdade provisória. Embora necessárias, tais mudanças tornaram confuso e assistemático o tratamento dispensado às medidas cautelares pessoais, havendo então necessidade de que fossem melhor regulamentadas.

Por outro lado, mesmo com as alterações feitas no Código, as medidas cautelares pessoais continuaram se resumindo, praticamente, a duas, prisão cautelar e liberdade provisória. Em suma, duas medidas extremas, o encarceramento preventivo ou a liberdade sujeita esta a tênues restrições

<sup>1</sup> Sobre a medida cautelar de natureza probatória da busca e da apreensão, ver estudo de PITOMBO, 1999.

<sup>2</sup> Sobre a medida cautelar de prisão processual há importantes estudos no Brasil, como o de GOMES FILHO, 1991; DELMANTO, 2008.

impostas ao acusado, como pagamento de fiança, obrigação de comparecer aos atos do processo. De há muito, sente-se a necessidade de aumentar o rol das medidas cautelares, como fizeram os citados códigos, português e italiano.

Como dito, no Brasil, a cautelaridade pessoal está bastante centrada na prisão processual, cuja aplicação depende da presença de dois requisitos: *fumus commissi delicti*, aparência de existência do crime e da autoria; *periculum libertatis*, perigo de que o acusado, solto, possa impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva.<sup>3</sup>

As prisões processuais do Código de Processo Penal, desde o seu início, foram até pouco tempo quatro: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Apesar das tentativas de reforma havidas no longo tempo de vida do Código, das reclamações da doutrina e das afirmações da jurisprudência, essas prisões permaneceram no ordenamento nacional até 2008, quando, como se verá, deixaram de existir duas delas: a prisão decorrente de pronúncia e a prisão derivada de sentença condenatória. Antes, contudo, por meio da Lei nº 7.960/89, fora o rol acrescido da prisão temporária.

---

<sup>3</sup> A doutrina aponta como requisitos de toda medida cautelar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, correspondentes aos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* indicados no texto como necessários para a prisão. Assim, Fanego (1991, p. 21-117), aponta grande número de autores que se referem àqueles requisitos como pressupostos essenciais das medidas cautelares. Entre nós, ver sobre os dois pressupostos na cautelaridade penal: BARROS, 1982, p. 41-44; TORNAGHI, 1977, p. 6-9. Mas Ovídio Baptista (1985, p. 84-86, 89-91), entende ser evidente anacronismo insistir no conceito de *periculum in mora* para definir a tutela cautelar, preferindo referir a iminência de uma situação irreparável e uma situação cautelanda, identificável como uma situação objetiva de perigo capaz de fazer periclitar um determinado, ou determinável direito subjetivo, ou pretensão, ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que a postula.

## 2. *Extinção da prisão decorrente de pronúncia e da prisão derivada de sentença condenatória recorrível*

O Código de Processo Penal previa, como acima referido, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão derivada de sentença condenatória recorrível, quando o acusado não fosse primário ou não ostentasse bons antecedentes (arts. 408, §§ 1º e 2º, e 594). Desde a Constituição de 1988, vozes doutrinárias diziam que as duas modalidades de prisão contrariavam a regra de presunção de inocência do art. 5º, inciso LVII, pois representavam antecipação de pena, não sendo impostas com base em necessidade cautelar assentada em circunstâncias do processo, mas apenas com sustento no fato de o acusado não ser primário ou não ter bons antecedentes. Ainda, em relação à prisão derivada de sentença, apontava-se outro fundamento de inconstitucionalidade, o de que impor a alguém o recolhimento à prisão para apelar é negar-lhe o direito constitucional ao duplo grau de jurisdição<sup>4</sup>, também garantido por normas da Convenção de Costa Rica (artigos 7º, n. 6, e 8º, n. 10). (GOMES, 1996).

Os Tribunais Superiores caminharam, contudo, inicialmente, em outro sentido. O Supremo Tribunal Federal afirmou que as prisões estavam em consonância com a nova Constituição, dando ao princípio da presunção de inocência interpretação restritiva de que apenas impunha o ônus da prova da culpa ao órgão acusatório. Chegou a ser editada, pelo Superior Tribunal de Justiça, a Súmula nº 9, por ela afirmando-se que o artigo 594 do Código de Processo Penal não afrontava, ao exigir a prisão para a apelação, o princípio da presunção de inocência.

Todavia, nos últimos tempos, os Tribunais Superiores alteraram suas orientações, certamente em face da mudança na composição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e não mais

---

<sup>4</sup> Sobre a constitucionalidade do princípio do duplo grau de jurisdição, ver DINAMARCO; CINTRA; GRINOVER, 2008.

admitiram restrição à apelação por meio da exigência de prévia prisão do condenado para recorrer, seja por ofensa ao princípio da presunção de inocência, seja por ilegal limitação ao duplo grau de jurisdição, assegurado pela Convenção de Costa Rica, incorporada ao sistema jurídico nacional.<sup>5</sup>

Finalmente, com as Leis 11.689/2008 e 11.719/2008, as duas prisões foram eliminadas do Código, sendo este ajustado às orientações então sustentadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Pelo novo artigo 413, § 2º, do Código de Processo Penal, proveniente da primeira lei, o juiz, ao pronunciar o acusado, deve decidir, motivadamente, sobre a manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade de decretação da prisão ou imposição de outras medidas cautelares. De forma semelhante, conforme o parágrafo único do artigo 387, em redação advinda com a Lei 11.719, na sentença condenatória, o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta. Ainda, essa mesma lei revogou o artigo 594, do Código de Processo Penal, que exigia o recolhimento do condenado à prisão para apelar.

Encerrou-se, assim, no vigésimo aniversário da Constituição, um longo ciclo do direito brasileiro de grave restrição ao direito do acusado ao reexame de uma decisão condenatória ou de pronúncia.

### *3. Os projetos de reforma das medidas cautelares pessoais*

As mais recentes pretensões de reforma do tratamento das medidas cautelares pessoais foram as do Projeto de Lei nº

<sup>5</sup> Bem significativa a Súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça: o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.

4.208/01, depois alterado para Projeto de Lei nº 111/08, e do Projeto de Código de Processo Penal do Senado.

Em 20 de janeiro de 2000, foi constituída pelo Ministério da Justiça uma Comissão para apresentar propostas de reforma do Código de Processo Penal. Tal Comissão, depois conhecida por Comissão Grinover porque presidida por Ada Pellegrini Grinover, era composta ainda pelos seguintes membros: Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Petrônio Calmon Filho, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Sidney Beneti e, posteriormente, Rui Stoco. Apresentou, entre outras propostas de mudanças do Código de Processo Penal, uma destinada a alterar as disposições sobre as medidas cautelares pessoais. Deu origem ao Projeto de Lei nº 4208/2001, de iniciativa do Poder Executivo.

Em 2008, foi aprovada na Câmara dos Deputados a emenda substitutiva global do Plenário apresentada pelo Grupo de Trabalho de Direito Penal e Direito Processual Penal, instituído sob a coordenação do deputado João Campos, sendo então relator do parecer o deputado José Eduardo Cardozo. Buscava-se atualizar o projeto à evolução da jurisprudência dos tribunais superiores.

No Senado, onde tomou o número 111/2008, o Projeto de Lei foi aprovado, com emendas, sendo relator o senador Demóstenes Torres. Retornou, por isso, à Câmara dos Deputados, a fim de serem apreciadas as alterações feitas no Senado.

Enquanto tramitava esse Projeto, no ano de 2009 foi apresentado pelo Senado Federal Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, elaborado por Comissão presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido e composta por Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Correa, Eugenio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson



de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

Neste artigo, serão mostradas as propostas de reforma do Projeto de Lei da Comissão Grinover<sup>6</sup> e do Projeto de Reforma do Código de Processo Penal. Se aprovados, representarão importantes modificações no tratamento das medidas cautelares pessoais.

#### *4. Pontos principais das reformas projetadas*

Merecem destaque algumas mudanças pretendidas pela reforma planejada pela Comissão Grinover, no tratamento dispensado às medidas cautelares pessoais.

Projetam-se significativas modificações na regulamentação da prisão preventiva e pretende-se acrescentar nova hipótese dessa prisão para o descumprimento de obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Uma modificação, inicialmente pretendida, consistia na melhor explicitação das hipóteses autorizadoras da preventiva. Em vez de prisão “por conveniência da instrução criminal” ou “para assegurar a aplicação da lei penal”, passaria ela a ser possível quando o indiciado ou acusado criasse “obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença”.

Outra mudança era a supressão de prisões para garantia da ordem pública ou para garantia da ordem econômica. Todavia, seria admitida a preventiva quando o indiciado ou acusado viesse a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa. A alteração se fazia necessária, pois a previsão de prisões para garantia da ordem pública e da ordem econômica permitia excesso abusivo na decretação de custódias cautelares, com

fundamentos variados ante a largueza dos enunciados legais, como a imposição de prisão para assegurar a credibilidade da justiça. Mais aceitável seria a prisão para impedir o acusado de continuar praticando crimes graves, como previa o Projeto.

Durante a tramitação, o Projeto foi alterado e, em sua versão final, agora em apreciação na Câmara, permanecem as previsões atuais do artigo 312, voltando, infelizmente, a ser previstas prisões para garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica.

Importante alteração pensada pela Comissão consiste na diminuição do âmbito objetivo de admissibilidade da prisão preventiva, somente a permitindo nas seguintes hipóteses: em crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos ou quando o acusado tivesse sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado. Na tramitação do Projeto, também se admitiu a prisão em crime que envolvesse violência doméstica e familiar contra mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, bem como em crime praticado em violência doméstica contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. O acréscimo permitirá a prisão nessas infrações ainda quando o crime não for punido com pena superior a quatro anos ou o acusado não for reincidente. Necessário será, contudo, verificar se está presente uma das hipóteses autorizadoras da preventiva.

Novidade do Projeto constitui a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar em situações especialíssimas relacionadas com o acusado: ser maior de 80 (oitenta) anos; estar extremamente debilitado por motivo de doença grave; ser imprescindível para cuidados especiais de menor de 6 (seis) anos de idade ou de pessoa com deficiência; ser gestante e estar no 7º mês da gravidez ou ser esta de alto risco (art.318). São situações em que a necessidade de prisão no estabelecimento é superada por motivos de maior relevância, como a

<sup>6</sup> O Projeto sobre medidas cautelares foi objeto de estudo específico por Luiz Guilherme Moreira Porto (2003, p. 55-88).



idade avançada, a doença, a importância de serem cuidadas crianças ou pessoas deficientes, a relevância de se garantir um parto regular.

Outra importante alteração representa a estipulação de um rol de medidas de natureza cautelar no artigo 319. Visa-se, com isso, não prender mais o juiz a, praticamente, duas possíveis decisões extremas – liberdade provisória sem fiança com a imposição ao acusado apenas da obrigação de comparecimento a juízo e prisão preventiva. São previstas várias medidas cautelares diversas da prisão. Mantém-se a obrigação de comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades; trata-se da menos gravosa de todas as medidas. Acrescentam-se as seguintes: proibição de acesso ou frequência a determinados lugares em qualquer crime quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalhos fixos; suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais; internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; fiança, nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem

judicial. A prisão preventiva é a última das medidas, somente sendo aplicável quando as outras não se revelarem adequadas ou quando o acusado descumprir medida antes aplicada. No Senado, ao rol de medidas acrescentou-se a monitoração eletrônica.

Ainda, há importantes previsões nos artigos 282 e 310 do Código, na redação dada pelo Projeto. O artigo 282 fixa os critérios a serem observados na aplicação das medidas cautelares, sendo eles critérios definidos pela doutrina para atuação do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação). Prevê também a intimação da parte contrária para se manifestar sobre pedido de decretação de medida cautelar, ressalvados os casos de urgência e de ineficácia da medida. O segundo delimita as possíveis decisões do juiz ao receber o auto de prisão em flagrante: relaxamento da prisão ilegal, conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, concessão de liberdade provisória. A aplicação deste artigo em conjunto com os demais dispositivos sobre cautelaridade pessoal permitiriam ao juiz, nesse momento, adotar uma das medidas cautelares diversas da prisão, constantes do elenco artigo 319.

No tocante à fiança, o Projeto somente a veda nas hipóteses previstas na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLIII. Por outro lado, foram elevados os seus valores de modo a torná-la mais efetiva.

Importante acréscimo aconteceu durante a tramitação do Projeto no Senado Federal (art. 282, § 7º), prevendo-se que, se houver imposição de medida cautelar, inclusive de prisão preventiva, deve o juiz reexaminar, obrigatoriamente, a cada 60 (sessenta) dias, ou em prazo menor quando situação excepcional assim o exigir, para, fundamentadamente, avaliar se persistem os motivos que a ensejaram.

Também no Senado, foi proibida a concessão de prisão especial, salvo a destinada à preservação da vida e da incolumidade física e psíquica do preso, assim reconhecida por decisão fundamentada da autoridade

judicial ou, no caso de prisão em flagrante ou cumprimento de mandado de prisão, da autoridade policial encarregada do cumprimento da medida (art. 295). A doutrina reclamava uma revisão da prisão especial. Embora seja necessária para algumas situações em que haja risco para a pessoa presa, como ocorreria com um juiz, um promotor, um delegado, um policial, não se justificava a prisão especial para todas as hipóteses em que é, no Código, admitida. Assim, basta alguém ser formado em faculdade para merecer a prisão especial, o que a torna inadmissível privilégio de determinadas classes sociais.

Outras inclusões feitas durante a tramitação do Projeto foram a criação, no Conselho Nacional de Justiça, de um banco de dados sobre os mandados de prisão (art. 289-A) e a previsão de um tempo máximo de 180 (cento e oitenta) dias de prisão em cada grau de jurisdição (art. 315-A). Ambas merecem aplauso. O banco de dados permitirá maior sucesso no cumprimento dos mandados de prisão. O tempo máximo de prisão evitará o excesso injustificado de encarceramento.

### *5. Projeto do Código de Processo Penal*

O Projeto nº 156 do Senado Federal do Código de Processo Penal incorporou, nos artigos 521 a 598, em linhas gerais, as ideias do Projeto da Comissão Grinover a respeito das medidas cautelares.

Assim, busca, como o Projeto da Comissão Grinover, superar a dicotomia extrema entre prisão preventiva e liberdade provisória sem fiança, também fixando um rol de medidas cautelares, além das hipóteses de prisão provisória (arts. 523 a 554), de fiança (arts. 555 a 559) e de liberdade provisória com a obrigação de comparecimento do acusado aos atos do processo (arts. 597 e 598). É mais extenso do que o elenco do Projeto da Comissão Grinover, dele constando as seguintes medidas, nos artigos 575 a 596: 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; comparecimento periódico em juízo; proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; suspensão do registro da arma de fogo e da autorização para porte e suspensão do poder familiar.

O Projeto não prevê a medida consistente no internamento provisório do acusado inimputável que pratica crime violento, constante do Projeto Grinover. Trata-se, contudo, de providência necessária, pois evitaria a prática comum de decretar a prisão preventiva de doentes mentais, colocando-os em estabelecimentos prisionais ao lado de pessoas sãs, com todos os problemas decorrentes dessa situação para o enfermo, para os demais presos e para o estabelecimento prisional.

Afirma-se que as medidas cautelares pessoais, para serem aplicadas, dependem de expressa previsão (art. 514), o que serve como importante garantia contra abusos dos juízes na aplicação de medidas não reguladas.

Outro dispositivo relevante é o artigo 519, o qual, como o Projeto Grinover, prevê a observância do contraditório antes de serem adotadas as providências cautelares, com a intimação da parte contrária para se manifestar, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

Merece ainda realce a preocupação com a motivação da decisão sobre medidas cautelares e, ainda, com a explicitação do que é necessário para uma regular fundamentação. Assim, além de indicação dos requisitos próprios de cada medida cautelar, o juiz deverá necessariamente incluir na sua decisão: o fundamento legal da medida; a indicação dos indícios suficientes de autoria e materialidade do crime; as circunstâncias

fáticas que justificam a adoção da medida; considerações sobre a estrita necessidade da medida; as razões que levaram à escolha da medida, como também à aplicação cumulativa, se necessária; no caso de decretação de prisão, os motivos pelos quais o juiz considerou insuficiente ou inadequada a aplicação de outras medidas cautelares pessoais; a data de encerramento do prazo de duração da medida; e a data para reexame da medida, quando obrigatório (art. 520, parágrafo 2º). Busca-se evitar a praxe negativa de o juiz decretar medidas cautelares em fundamentações excessivamente sucintas ou, até mesmo, com mera repetição de dispositivos legais.

Assim como aconteceu com a alteração feita no Projeto Grinover pelas Casas Legislativas, o Projeto do Senado mantém as mesmas hipóteses autorizadoras de prisão preventiva da atual redação do Código de Processo Penal, no artigo 544 *caput*, nada inovando nesse aspecto. Melhor seria ter adotado a forma utilizada no Projeto original da Comissão Grinover.

Merece aplauso o novo Projeto, entretanto, com a delimitação dos prazos máximos de duração da prisão preventiva, nos artigos 546 a 549, assim como fizera o Senado com o Projeto Grinover. Alinha-se o país, nesse ponto, aos esquemas normativos de outros países. Em regra, o Projeto prevê prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias até a sentença condenatória recorrível (art. 546, I) e de mais 180 (cento e oitenta) dias após a sentença (art. 546, II).

## 6. Conclusões

Há necessidade de ser reformado o Código de Processo Penal no tratamento dado às medidas cautelares. Antes, estava centrado em duas medidas: a prisão e a fiança. Era constante a ligação entre elas, com previsões de que o acusado ficaria preso quando não fosse possível a fiança. Exigências no sentido de ajustar o Código aos estudos de processo penal constitucional atenuaram o

seu rigor, admitindo a liberdade sem fiança quando não devesse ser decretada prisão preventiva, possibilitando a liberdade após a pronúncia até o julgamento e a apelação em liberdade se o acusado fosse primário e tivesse bons antecedentes.

Ainda que essas atenuações privilegiassem a liberdade do acusado, a exigência de prisão para apelar era largamente criticada, porque feria o princípio constitucional da presunção de inocência e impedia o acesso ao tribunal. Também não se aceitava mais a prisão decorrente de pronúncia, pois não tinha natureza cautelar. Essas anomalias foram corrigidas por reforma processual do ano de 2008.

Há, ainda, outros pontos sobre as medidas cautelares que precisam ser alterados. Daí a importância do Projeto da Comissão Grinover e, agora, do Projeto do Senado.

O mais importante são as tentativas dos dois Projetos de alargar o rol de medidas cautelares, dando ao juiz várias possibilidades para ajustar a cautela à necessidade do caso concreto, libertando-o das amarras do atual sistema, em que somente duas alternativas lhe são oferecidas: prisão preventiva ou liberdade provisória sem fiança com a obrigação de comparecimento aos atos do processo.

As demais alterações são ajustes também necessários: melhor regulamentação da prisão preventiva, atualização do instituto da fiança, possibilidade de prisão domiciliar para situações especialíssimas da pessoa acusada, fixação de prazo certo para a prisão, exigência de o juiz reexaminar periodicamente a necessidade de a medida ser mantida.

## Referências

- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- DINAMARCO, Cândido Rangel; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 24 ed. n. 31. São Paulo: Malheiros, 2008, nº 31.
- FANEGO, Coral Arangüena. *Teoria general de las medidas cautelares reales em el processo penal español*. Barcelona: Bosch, 1991.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. 2 ed. São Paulo: RT, 1996.
- PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 1999.
- PORTO, Luiz Guilherme Moreira. Projeto de Lei n. 4208/2001 da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. In: *Código de processo penal: comentários ao projeto de reforma legislativa*. Coordenação de Eduardo Reale Ferrari, Campinas: Millennium, 2003.
- SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 11. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2 ed. v. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 1-2.



# O regime jurídico do interrogatório no Projeto de Código de Processo Penal

Antonio Henrique Graciano Suxberger

## Sumário

1. Prólogo. 2. Os vetores de interpretação do Projeto de Código de Processo Penal. 3. A evolução do regime legal do interrogatório. 4. Do inquisitório ao acusatório: características do sistema estabelecido pela Constituição. 5. A inafastável complexidade do sistema acusatório. 6. O interrogatório à luz da abordagem garantista: sua natureza jurídica. 7. Ainda a discussão sobre a natureza jurídica do interrogatório. 8. Existe um direito à mentira? 9. A conformação do interrogatório no Projeto. 10. Conclusão.

## 1. Prólogo

No primeiro semestre do ano de 2009, a Comissão externa, criada pelo Senado Federal em junho de 2008, para elaborar o Anteprojeto de Lei de reforma do Código de Processo Penal e coordenada pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido<sup>1</sup>, apresentou o resultado de seu trabalho, que se transformou no Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009. A apresentação de um Projeto de Código

Antonio Henrique Graciano Suxberger é Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (2005); Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha (2009); Promotor de Justiça no Distrito Federal; Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

<sup>1</sup> A Comissão, além de seu coordenador, foi composta pelos seguintes membros: Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. A criação da Comissão decorreu de pedido formulado pelo Senador Renato Casagrande (PSB-ES) e foi designada pelo então Presidente do Senado, Senador Garibaldi Alves Filho, por meio do Ato 11/08.

de Processo Penal, para ampla discussão pelo Parlamento brasileiro, revela oportunidade de revisitar as razões por trás daquilo que conduziu a atual conformação dos institutos jurídicos mais caros ao direito processual penal, além de convidar à reflexão a respeito do que se pretende para uma nova conformação normativa da persecução penal.

O instituto do interrogatório do acusado, justamente por prestar-se como sinédoque do próprio modelo de persecução penal pretendido, reclama reflexão específica. Com o intuito de fomentar tal debate e, sobretudo, num esforço de reconhecimento do trabalho árduo, mas ao mesmo tempo corajoso, a que se dispôs a Comissão mencionada, convém traçar algumas linhas sobre esse instituto, tão caro aos postulados atinentes ao exercício da defesa na persecução penal e, ao mesmo tempo, relevante na elucidação dos fatos que são objeto de eventual ação penal.

## *2. Os vetores de interpretação do Projeto de Código de Processo Penal*

O Projeto, a partir da exposição de motivos elaborada quando de sua apresentação ao Senado Federal, mas principalmente pela expressa dicção do art. 5º, orienta-se por dois vetores interpretativos: a máxima proteção dos direitos fundamentais e a efetividade da tutela penal.

Ao apontar seus próprios marcos de interpretação, o Projeto evidencia atualidade e consonância com o estado de coisas hoje vivenciado pelas ciências criminais. Isso porque expressa e positiva, de modo claro, os vetores de orientação a dirigirem o aplicador do Direito na eleição das soluções próprias do caso concreto. A necessidade de uma orientação normativa axiologicamente voltada a valores constitucionais surge como reclamo maior de uma intervenção penal – instrumentalizada por meio do direito processual penal –, que hoje está em crise. Ou a intervenção penal do Estado

cumpra a exigência de dotar-se de uma melhor compreensão axiológica e, por ela, de uma abordagem filosófico-política legitimada, ou corre o sério risco de reduzir-se a mera técnica de controle social e policial (SUXBERGER, 2005, p. 1).

Em muito boa hora, então, o Projeto positiva os vetores político-criminais de interpretação das disposições nele contidas. Não se trata de prescrição vazia de sentido tampouco de grillhão à atividade do intérprete. Em verdade, o ingresso de considerações próprias de construções conceituais independentes e de respostas autônomas, como são as considerações político-criminais, jamais deverá ser causa de um voluntarismo ou de arbitrariedades na orientação dessas soluções (Idem, p. 12). Em outras palavras, “enquanto os fundamentos da valoração provierem do sentimento jurídico ou de orientações isoladas, sem encontrar apoio na lei, permanecerão eles turvos, causais e sem poder de convencimento científico” (ROXIN, 2002, p. 18).

O mesmo dispositivo (artigo 5º do Projeto) que prevê os vetores de interpretação, fixa como ponto de partida para a leitura do Código a proibição de excesso. A leitura desavisada e compartimentada do dispositivo daria a entender, falsamente, que o Projeto se orienta apenas em favor da dimensão negativa do postulado da proporcionalidade. Contudo, a continuidade normativa do mesmo preceito legal, ao conjugar a proteção dos direitos fundamentais com a efetividade da tutela penal, bem evidencia que o Projeto deixa-se imbuir igualmente pela preocupação derivada da proibição de proteção insuficiente, dimensão positiva da proporcionalidade. O escólio de Thiago Pierobom de Ávila (2007, p. 60) a propósito dessas dimensões da proporcionalidade é lapidar:

“A dupla dimensão da proporcionalidade no direito penal (e processual penal) impõe a necessidade da análise da garantia dos direitos fundamentais sob uma dupla perspectiva: garantias



de proteção do indivíduo contra a coletividade e garantias de proteção da coletividade em face do indivíduo. Esse conflito de princípio no processo penal não pode sofrer uma caricatura de mera oposição binária entre segurança pública *versus* liberdade individual. Há uma tensão dialética entre direitos fundamentais *versus* direitos fundamentais (do acusado, da vítima e da coletividade). A proteção da liberdade individual é um interesse coletivo, na medida em que a proteção dessa esfera particular é um pressuposto da possibilidade de participação do indivíduo na coletividade, bem como a promoção dos valores comunitários é de interesse dos indivíduos que compõem a coletividade.”

Justamente porque se atribui à lei o papel de assegurar os pressupostos e os limites legais de eventual punição, bem assim de orientar os valores em que se lastreia a intervenção da política criminal para a solução do caso concreto, o Projeto acertadamente positiva e expressa os vetores de análise dos preceitos normativos veiculados a respeito do direito processual penal pátrio. Tal compreensão revela-se fundante na solução de algumas questões envolvendo o instituto do interrogatório.

### 3. A evolução do regime legal do interrogatório

O regime legal do interrogatório, ao longo dos tempos, em muito refletiu a própria visão do sistema processual penal. Vincenzo Manzini (1932, p. 159), na década de 1930, sustentava que o interrogatório era dever indeclinável do juiz, que ouviria o réu, perguntando a ele sobre o fato (interrogatório propriamente dito) e sobre os dados pessoais (qualificação). Manzini (1932, p. 158 e 161) ainda sustentava a impossibilidade de participação do acusador ou mesmo do advogado do réu e, principalmente, concluía que o ato era absolutamente se-

creto. A doutrina brasileira não chegou a ponto de sustentar o caráter secreto do ato (Cf. ESPÍNOLA FILHO, 1954, p. 13 et seq.), mas convém registrar o entendimento de Pimenta Bueno (1857, p. 96):

“O interrogatório é ato exclusivamente pessoal, e por isso é inadmissível a intervenção de procurador, mesmo com poderes especiais; a justiça quer a verdade; e esta revela-se independentemente da competência de um profissional, que, aliás, tem recursos em demasia, para desnaturá-la; nem é lícito ao procurador intervir, mesmo para retificar respostas dadas pelo seu constituinte, facultando lhe sendo, porém, protestar contra os abusos praticados.”

Embora Pimenta Bueno escrevesse em referência a texto legal anterior ao Código de Processo Penal, que só viria à lume em 1941, a disciplina dada ao instituto do interrogatório pouco trouxe de diferente ao que já se compreendia antes do Código. Nicola Malatesta (1996), no início do século XX, apresentava o interrogatório – por ele nominado como testemunho do acusado – como decorrência de uma obrigação negativa do acusado em relação ao processo, compreendida esta como a ausência de dever de cooperar com a ação penal. O acusado, nas palavras do mestre italiano, era uma testemunha não-coercível. Após rechaçar a herança histórica que considerava a confissão do acusado prova particular e privilegiada, de modo a dar azo a toda sorte de meios para obtê-la (inclusive a tortura), Malatesta (1996, p. 417) destaca o equívoco da reação extremada de, por razão humanitária, negar ao interrogatório toda a força e a legitimidade de prova, por estigmatizá-lo como imoral e cruel.

É bem verdade que autores como Nicola Malatesta, Vincenzo Manzini e, entre os brasileiros, Pimenta Bueno e Espinola Filho referiam-se a um modelo de persecução penal que muitas das vezes ignorava a envergadura processual do acusado



compatível com um Estado de garantias processuais e materiais asseguradas em nível constitucional e, por isso mesmo, de caráter fundante no sistema normativo. Todavia, não são de todo imprestáveis tais lições, máxime quando se tem em conta as interpretações hoje dadas no direito pátrio à dimensão constitucional da cláusula atinente ao *nemo tenetur se detegere*.

A Constituição, ao consagrar o relevante mandamento de que o preso deve ser informado de seu direito de permanecer calado (art. 5º, LXII), permitiu fosse tal ideia espalhada a todo interrogando, pois de tal dicção passou-se a extrair o direito ao silêncio da pessoa acusada. De qualquer sorte, a maior contribuição do texto constitucional à configuração da persecução penal consistiu na (re)fundação do modelo acusatório com profundas consequências na recepção ou não de algumas orientações hauridas do Código de Processo Penal, máxime por este decorrer de um contexto bastante distinto daquele ensejador do texto constitucional.

#### 4. Do inquisitório ao acusatório: características do sistema estabelecido pela Constituição

A leitura da exposição de motivos do Código de Processo Penal ainda vigente é didaticamente esclarecedora à compreensão das inspirações que lhe serviram. A certa altura, a exposição de motivos, de autoria de Francisco Campos, categoricamente expressa o seguinte:

“[...] Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do

poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.”

Impregnado ainda de resquícios de um sistema inquisitório, o Código de 1941, inspirado pelo Código italiano de 1930 (Cf. COUTINHO, 2007), veiculava a compreensão de que o crime consistia num ataque à ordem social e o julgamento desse crime, por conseguinte, trazia preocupação de questão popular, de questão de Estado e de tarefa autoritária.

Em verdade, as garantias e direitos do acusado, num modelo dessa natureza, são visualizadas como verdadeiros óbices à realização da justiça penal. Ainda, essas garantias são tratadas muitas vezes como se fossem favores ou dádivas estatais. A toda evidência, essa compreensão – e, principalmente, a convicção de que tal ideia de direito processual penal foi superada pela Constituição de 1988 – revela-se fundamental à abordagem do interrogatório do acusado.

Com efeito, é possível afirmar que a Constituição de 1988 funda um sistema acusatório, este compreendido como um conjunto de normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio: o princípio acusatório (PRADO, 2001, p. 125). Modernamente, o sistema acusatório, por intermédio de seu mais importante princípio, evidencia algumas características que podem ser assim enumeradas: distinção entre as atividades de acusar e julgar; a iniciativa probatória há de ser das partes; o juiz mantém-se como um terceiro imparcial, alheio ao trabalho investigatório e passivo no que diz respeito à colheita da prova; o tratamento das partes se dá de modo igualitário, de sorte a bem configurar uma igualdade de oportunidades no processo; o procedimento é em regra ou predominantemente oral; assegura-se a plena (ou majoritária) publicidade ao procedimento; consagram-se o contraditório e a possibilidade de resistência (defesa); afasta-se a prova tarifada e a convicção judicial passa a ser

construída pelo livre convencimento motivado; instituiu-se, mediante a observância de critérios de segurança jurídica e social, a coisa julgada; asseguram-se a possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (LOPES JR., 2007, p. 60).

### 5. *A inafastável complexidade do sistema acusatório*

Se o sistema acusatório é visualizado a partir desses princípios e regras, evidencia-se que a delimitação do sentido e do alcance dessas previsões há de ser realizada a partir de vetores de interpretação oriundos da compreensão das próprias razões que justificam a intervenção penal do Estado. Entre regras e princípios, é sabido que há distinção não apenas gradual, mas verdadeiramente qualitativa (ALEXY, 1993, p. 82).

Se os princípios evidenciam conteúdo marcadamente normativo (e deontico, por conseguinte) e se o sentido e o alcance de suas proposições derivam do labor interpretativo, daí se vê bem a relevância da perfeita visualização dos vetores interpretativos do direito processual penal. Não é possível assumir, em nome de um garantismo enviesado, toda e qualquer compreensão favorável ao acusado como decorrente de um sistema estabelecido na Constituição; de igual modo, não se permite ao Estado, sob o argumento de atuar na realização de uma justiça penal efetiva e com pretensão de eficiência, solapar direitos e garantias assegurados ao particular.

Há de se equilibrar, como bem ressalta o Projeto, de um lado, a máxima proteção dos direitos fundamentais e, de outro lado, a efetividade da tutela penal. Tal compreensão, irreduzível e por si só complexa, justamente por rejeitar dualismos, deve orientar toda e qualquer discussão no dimensionamento normativo dos institutos próprios da persecução penal. Não se cuida de dois lados de uma mesma moeda, como poderia fazer parecer uma leitura desavisada do preceito veiculado no texto; ao revés, são

vetores interpretativos indissociáveis, cuja aplicação nos casos concretos não ensejarão juízos de predileção ou predominância de um em favor de outro de modo absoluto. Essa máxima proteção dos direitos fundamentais só é possível se assegurar a efetividade da tutela penal; a tutela penal só será efetiva se observar a necessária proteção dos direitos fundamentais.

É justamente porque a ampla gama de direitos fundamentais – cuja compreensão, é bom que se diga, não permite a redução de suas categorias, apenas e tão-somente, a “gerações de direitos” ou mesmo dimensões que os apontem como individuais ou coletivos – constituem e justificam as próprias razões de existência da persecução penal que se fala em efetividade da tutela penal. Mencionar esta em contrariedade aos direitos fundamentais, convém advertir, implica incorrer no mesmo equívoco do sistema inquisitório, no qual, repita-se, as garantias e direitos colocados em favor do acusado eram vistos como obstáculos à realização da justiça penal.

A solução dos temas que envolvem a persecução penal, pois, há de observar sempre essa complexidade, que obsta sejam compreendidos tais vetores interpretativos como se fossem valorativamente opostos. Ao contrário, apresentam-se de modo incidível e próprios de um liame de confluências interrelacionais, em que um só existe na medida em que existir o outro, pois a justificação de um veicula exatamente a medida de justificação do outro.

Estabelecida tal compreensão, é o caso, pois, de perquirir a respeito do instituto do interrogatório à luz de uma abordagem que respeite as garantias estabelecidas pelos direitos marcados pela ideia de fundamentalidade no seio constitucional.

### 6. *O interrogatório à luz da abordagem garantista: sua natureza jurídica*

Como bem lembra Luigi Ferrajoli (2001, p. 608), “é no interrogatório que se

manifestam e se aferem as diferenças mais profundas entre método inquisitório e método acusatório". Para o mestre italiano, no modelo garantista do processo acusatório, informado pelo postulado da presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa. Por isso, a cláusula do *Nemo tenetur se detegere* apresenta os seguintes corolários: a proibição de juramento do imputado (ele não presta compromisso de dizer a verdade); o direito ao silêncio, que abarcaria a faculdade do imputado de faltar com a verdade em suas respostas; a proibição, por conta do respeito devido à pessoa do imputado e à inviolabilidade de sua consciência, não apenas de obter a confissão mediante violência, mas também de obtê-la mediante manipulações de sua psique, por meio de drogas ou práticas hipnóticas; a consequente negação do papel decisivo da confissão, tanto pelo rechaço de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível da defesa penal; o direito do acusado à assistência e, em todo caso, à presença de seu defensor no interrogatório para impedir abusos ou quaisquer violações das garantias processuais.

A orientação garantista, firme na convicção de que é a natureza do meio que garante a consecução do fim, destaca a natureza do interrogatório como principal meio de defesa do acusado. Daí retira a inteligência de que, por isso, o interrogatório necessariamente deve observar regras de lealdade processual, consistentes, em linhas gerais, nos seguintes cânones: a realização do ato em prazo razoável; a comunicação verbal da acusação que pesa contra o acusado, mas também de todos os argumentos e resultados da instrução que se oponham às eventuais teses defensivas; a proibição de perguntas sugestivas e a fixação da clareza e da univocidade das perguntas a serem formuladas; a proibição de qualquer promessa ou pressão direta ou indireta sobre os acusados, para induzi-los ao arrependimento ou mesmo à colaboração com a acusação; a redação,

em caso de interrogatório por escrito, da ata pelo próprio acusado ou gravação da voz do acusado em caso de interrogatório oral; a tolerância com suas interrupções ou intemperanças; a obrigação de apurar as circunstâncias apontadas pelo acusado; e, principalmente, a liberdade do acusado, garantida pela igualdade em face de acusação, a serenidade de suas declarações e a capacidade de autodefesa (Idem).

Vale frisar que Ferrajoli, ao rejeitar todo e qualquer fomento à colaboração do acusado com a acusação, critica toda e qualquer proposta, ainda que favorável ao acusado, com vistas à obtenção de uma confissão ou delação. Salienta que tal procedimento tem se revelado uma tentação iterativa na história do direito penal, tanto da legislação quanto (mais ainda) da jurisdição. Sugere o mestre italiano, nesse ponto, a completa erradicação de tais instrumentos, por absoluta vedação legal de negociar qualquer relevância penal ao comportamento processual do acusado, bem assim aos fins da determinação judiciária da reprimenda dentro dos limites legais. Ferrajoli expressa a crença de que, se houvesse tal vedação absoluta de caráter normativo, tal proibição, a longo prazo, converter-se-ia em verdadeira regra de deontologia profissional dos juízes. A ausência de tal proibição, segundo ele, implica verdadeira corrupção da jurisdição, contaminação policialesca dos procedimentos e estilos de investigação e de formação do juízo, além de consequente perda de legitimação política ou externa do poder judicial (FERRAJOLI 2001, p. 609-610).

Parece evidente que o atual marco normativo do interrogatório no direito pátrio não observou todos os cânones dessa compreensão garantista sustentada por Ferrajoli. É o caso de avaliar as razões subjacentes ao instituto no Projeto, bem assim de atentar a que a sua compreensão, perdoe-se a repetição, observe a inafastável complexidade dos temas próprios da persecução penal.

## 7. Ainda a discussão sobre a natureza jurídica do interrogatório

O tema da natureza jurídica do interrogatório, embora de fácil compreensão, guarda certa complexidade. Cumpre afastar um possível – e bastante comum – equívoco que procura situar a discussão da natureza jurídica do interrogatório em pontos extremos, como se fosse possível compreendê-lo ou como meio de defesa ou como meio de prova, em pontos estanques e opostos. Não parece ser viável tal dimensão dualista e absoluta à luz da conformação constitucional do tema, da legislação infraconstitucional brasileira e, igualmente, do Projeto de Código ora em discussão no Senado Federal. Em outras palavras, a dimensão jurídica do interrogatório não pode ser cindida ou mesmo visualizada por apenas um lado, não pode ser reduzida a uma ideia simples.

Claus Roxin (2000, p. 210) sustenta que, na Alemanha, a posição amplamente majoritária é no sentido de que o interrogatório possui uma “dupla função”: tem por objeto tanto a averiguação da verdade quanto satisfazer o direito do acusado de ser ouvido conforme a lei. Essa compreensão do interrogatório como meio de prova e como meio de defesa – como já mencionado – não admite resposta de caráter absoluto. O escólio de Eugênio Pacelli (2005, p. 306), nesse sentido, é hialino e convém registrá-lo textualmente:

“Que continue a ser uma espécie de prova, não há maiores problemas, até porque as demais espécies defensivas são também consideradas como provas. Mas o fundamental, em uma concepção de processo via da qual o acusado seja um sujeito de direitos, e no contexto de um modelo acusatório, tal como instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais, o interrogatório do acusado encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa.”

Caso se compreenda pela natureza absoluta de meio de defesa do interrogatório, não há como compatibilizá-lo com a ideia de que possua ele aptidão a demonstrar a veracidade de uma ou mais circunstâncias envolvendo o fato *probandi*. Ainda, caso seja ele compreendido exclusivamente como meio de defesa, aí sim a crítica de Ferrajoli parece cabível na espécie, no sentido de que todo e qualquer auxílio ou fomento à possibilidade de colaboração do acusado na elucidação dos fatos – como acontece hoje, no direito pátrio, com o instituto da confissão e seu reconhecimento como atenuante – evidencia desvio ético da atividade judicante. Demais disso, se imprestável à elucidação da verdade, a rigor, o interrogatório não veicularia qualquer compromisso ou obrigação, seja de caráter legal, seja de caráter ético, do acusado de atuar de acordo com a verdade.

Aliás, se o processo penal deve veicular um fundamento ético nas soluções por ele assumidas no enfrentamento dos temas complexos que são postos diante de si, surge como absolutamente necessária a tarefa de revisitar o tema dos limites de direito ao silêncio hoje outorgado ao acusado em cotejo com o direito do acusado de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

O processualista argentino Julio Maier (2004, p. 664-666), quando menciona a garantia constitucionalmente assegurada ao acusado de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, retira daí algumas importantes consequências. A primeira refere-se à faculdade do acusado de abster-se a declarar, isto é, o direito de efetivamente silenciar diante das perguntas que lhe forem dirigidas. Destaca, em segundo lugar, a voluntariedade da declaração a ser prestada pelo acusado, que não poderá ser modificada ou impingida, repita-se, por qualquer meio (utilização de componentes químicos, estratégias hipnóticas ou qualquer outro meio que implique a supressão dessa voluntariedade ou mesmo a liberdade

de decidir aquilo que se declara). A terceira, enfim, refere-se à liberdade de decisão do acusado, durante sua declaração, que não pode ser restringida por qualquer ato de coação física ou moral. E seguidamente arremata (MAIER, 2004, p. 666):

“Sólo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de estas reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si a la vez respeta las demás reglas de garantía que la rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación).”<sup>2</sup>

#### 8. Existe um direito à mentira?

A garantia jurídica de silenciar-se ou fornecer versão que melhor aproveite o acusado não significa a *libre possibilidade de mentir*, máxime quando tal situação implique a imputação de fatos difamantes ou mesmo caluniosos em face de terceiros. Além disso, a garantia de não submeter-se a coação, de qualquer natureza, não tem dimensão tamanha a ponto de permitir ao acusado, notadamente no que diz respeito a sua identificação, falsear livremente a verdade.

É possível encontrar nas lições do processualista argentino Alberto Binder (2003, p. 135) um enfrentamento direto do tema. Sustenta Binder que o acusado não tem o dever de declarar a verdade. Se declarar a verdade ou ocultar informação, o acusado não estará fazendo nada mais que exercer seu direito à própria defesa, além de não descumprir, de modo algum, um dever com o que têm as testemunhas em relação

<sup>2</sup> Tradução: A declaração do acusado, obtida por um procedimento que respeite essas regras, somente pode ser amplamente valorada por juízes para fundar seus juízos ou decisões sobre a reconstrução do comportamento atribuído, objeto do processo, se forem respeitadas as demais regras de garantia que a regem (assistência técnica, declaração em juízo, conhecimento prévio da acusação).

aos seus depoimentos. O acusado, então, tem o domínio e o poder de decisão sobre seu próprio depoimento e, por conseguinte, somente ele determinar o que quer ou o que interesse declarar. Binder (Idem) sintetiza sua compreensão sobre o tema do seguinte modo: não é possível extrair argumentos *a contrario sensu* do silêncio do acusado, de sua recusa em depor ou mesmo de sua mentira.

O direito ao silêncio não implica um suposto direito à mentira, mas efetivamente veicula uma garantia de proteção contra as hostilidades e as intimidações contra o réu perpetradas historicamente pelo Estado (OLIVEIRA, 2005, p. 311). Das jurisdições eclesásticas, passando pelo Estado absolutista, até alcançar a modernidade, as autoridades responsáveis pelas investigações criminais experimentaram um histórico de violências contra o acusado promovidas sob o falso manto da justificativa de se obter uma confissão. Hoje, há de se compreender o silêncio como uma opção de autodefesa passiva pelo acusado, vez que este, ao calar-se, opta por não impugnar expressamente a acusação que pesa contra si.<sup>3</sup>

Há que se fazer uma distinção, nesse ponto, entre a figura do acusado como meio ou objeto de prova e a figura do acusado como sujeito de prova. O primeiro tema – o acusado como meio de prova – tem compreensão assente no sentido de que o acusado unicamente é meio de prova em sentido técnico, isto é, quando objeto de inspeção pessoal, sempre que seja examinado em relação ao seu estado psíquico e corporal (ROXIN, 2000, p. 208-209). Servem de exemplo a submissão ao etilômetro (conhecido po-

<sup>3</sup> O contraste da autodefesa passiva refere-se à autodefesa ativa, na qual o acusado veicula atuação efetiva em relação aos fatos a ele imputados (OLIVEIRA, 2005, p. 312). Ativa ou passiva, certo é que o modo de exercício de autodefesa não influenciará a maior ou menor atividade probatória do titular da ação penal, porquanto, dado o conteúdo indisponível da ampla defesa e do contraditório, o titular da ação penal haverá de desincumbir-se da tarefa de demonstrar a veracidade da imputação que deduz.



pularmente como “bafômetro”), a colheita de fragmentos papiloscópicos ou mesmo a tomada de radiografias. A compreensão do acusado como sujeito de prova – o que qualifica o interrogatório como elemento hábil a produzir convicção judicial – refere-se à possibilidade de valoração das declarações prestadas pelo próprio acusado na construção de uma certeza judicial a respeito do fato objeto do persecução penal.

Alberto Binder (2003, p. 137) fixa a solução desse problema na compreensão de quem introduz a informação discutida. O acusado, claro, encontra-se protegido pelo direito de não depor contra si mesmo em qualquer informação que ele, como sujeito de prova, possa dar. Ninguém pode obrigá-lo a prestar informações que o prejudiquem e que, por consequência, ele deseje reter para si. É de ver, contudo, por exemplo, no caso de reconhecimento de pessoas, a informação não é prestada pelo próprio acusado, mas por uma testemunha que, tendo-o visto, o reconhece. Em outro exemplo, a coleta de sangue, a informação não é prestada pelo próprio acusado, mas pelo laudo pericial que reconheça, admita-se por hipótese, quantidade de álcool ou determinado padrão genético do acusado. Esse critério, que se baseia em quem é o sujeito que efetivamente presta a informação, permite distinguir os casos em que o acusado está amparado pela garantia do *nemo tenetur* daqueles em que não está (Idem).

A razão subjacente ao privilégio contra a auto-incriminação reside no fortalecimento da defesa do acusado e, por sua vez, na ideia de evitar que a confissão converta-se em um dos objetivos da persecução penal. Em outras palavras, há de se compreender a necessidade de o Estado – especialmente pelo Ministério Público – realizar a atividade acusatória, provando os fatos imputados ao acusado, sem buscar ou provocar a colaboração do acusado nem sua confissão (Ibidem, p. 138).

Além disso, faz-se necessário perquirir se o direito ao silêncio comporta a possi-

bilidade de o acusado falsear seus dados pessoais e as informações atinentes à sua qualificação. A toda evidência, máxime quando se tem em conta a incidência de um mandamento ético, facilmente haurível da sistemática processual, dirigido à atuação das partes, a resposta só pode alcançar sentido negativo. Vislumbrar dimensão constitucional na ação de falsear a própria identidade ou de recusa à identificação perante o Estado, quando presente justa causa a exigir tal identificação, somente se justifica à luz de uma compreensão que absolutiza as facetas da persecução penal no sistema jurídico.

Tal crítica, por óbvio, refere-se à compreensão conferida, no Brasil, pelo Superior Tribunal de Justiça ao conteúdo e ao alcance da norma penal inscrita no artigo 307 do Código Penal (“Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem”). Firmou-se naquela Corte, vale lembrar, responsável pela uniformização da interpretação do direito federal no país, o entendimento de que, em obediência ao princípio constitucional da ampla defesa, não comete o crime previsto no art. 307 do Código Penal o agente que se atribui falsa identidade perante autoridade policial, visando evitar sua prisão. O momento em que o agente imputa a si a falsa identidade é justamente por ocasião do interrogatório pela autoridade policial, que, por lei, deve observar as mesmas garantias do interrogatório em juízo. É possível colher, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os seguintes exemplos: HC 97.857, disponível no DJe de 10 nov. 2008; HC 88.998, veiculado no DJ de 25 fev. 2008, p. 345; REsp 43.2029, veiculado no DJ de 16 nov. 2004; HC 46.747, Relator Ministro Felix Fischer, veiculado no DJ de 20 fev. 2006.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal orientação não tem prevalecido. É o que se infere, por exemplo, de alguns precedentes: HC 72.377, veiculado no DJ de 30 jun. 1995; RE 470.944/DF, disponibiliza-

do no DJ de 27 mar. 2006; HC 92.763, veiculado no DJe de 25 mar. 2008; HC 70.179, publicado no DJ de 14 mar. 1994; RE 561.704 AgR, publicado no DJe de 3 abr. 2009.

Não há razão, legal ou constitucional, que permita a intelecção de que alguém, no suposto exercício de uma garantia, como a ampla defesa, possa atribuir-se a si próprio uma identidade falsa. O agente criminoso pode, é importante que se diga, silenciar-se. Nesse ponto, quer parecer que as razões que conduziram o Superior Tribunal de Justiça a consolidar a posição que ora se critica não se prestam sequer para a afastar a incidência do tipo penal descrito no artigo 68 da Lei de Contravenções Penais (“Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência”).

Deveras, a negativa ou silêncio sobre a identidade, quando ausente justa causa para se lhe exigir tal informação – como ocorre no interrogatório –, não parece guardar relação com o exercício da ampla defesa de eventual imputação penal que pese contra o agente. *A fortiori*, o que dizer, então, quando a recusa do agente implica um *plus*, consistente na tarefa de dar a si próprio identidade inexistente ou, o que é pior, de titularidade de terceiro que pode vir a experimentar prejuízo por conta dessa ação?

A valer, considerar a ausência de incidência dos tipos penais inculpidos no artigo 307 do Código Penal e no artigo 68 da Lei de Contravenções Penais por uma suposta inexigibilidade de conduta diversa do acusado configura confusão entre a figura do próprio acusado como meio de prova e a utilização do interrogatório por ele prestado como meio de prova.

### 9. A conformação do interrogatório no Projeto

O Projeto de Código de Processo Penal abre suas disposições gerais – artigo 63 *et seq.* – a respeito do instituto do interroga-

tório afirmando sua natureza de meio de defesa do investigado ou acusado. Seguidamente, determina a obrigatoriedade de presença do defensor. A toda evidência, justamente por conta dos vetores interpretativos do mesmo Projeto, a fixação, por preceito legal, de que o interrogatório é meio de defesa do acusado não exclui, de modo peremptório, a aptidão do mesmo instituto para fornecer subsídios à convicção judicial. Demais disso, ao fixar a obrigatoriedade da presença do defensor, o Projeto em boa hora salienta o caráter indissociável dos elementos que compõem a compreensão da cláusula constitucional da ampla defesa: a autodefesa do acusado e a defesa técnica, assegurada por advogado.

Há relevante rol de proibições no Projeto – em seu artigo 64 – a respeito do modo pelo qual se deve realizar o interrogatório, tudo de sorte a preservar a voluntariedade das declarações do acusado. As prescrições normativas, frise-se, dirigem-se tanto à colheita das declarações do acusado por ocasião da investigação preliminar quanto no momento do interrogatório em juízo. Nesse ponto, o Projeto evidencia consonância com o escólio doutrinário e jurisprudencial derivado da chamada “cláusula Miranda”, tão assente no direito norte-americano.

Oriundo de lapidar julgamento, ocorrido na década de 1960 na Suprema Corte norte-americana, a discussão do caso “Miranda *versus* Arizona” (384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602 L. ED.2d. 694 – 1966) centrava-se na realização de interrogatórios de pessoas sob custódia estatal muitas vezes com a incidência de meios e instrumentos assemelhados a uma coação. O postulado extraído do julgamento refere-se ao dever dos agentes estatais, por ocasião da colheita das declarações do particular mantido sob custódia estatal, alertar o suspeito/acusado de seu direito de silenciar-se e de ser assistido por defensor (HIGH COURT, 2004, p. 125-127).

As consequências de tal postulado, contudo, configuram, de modo extensivo, re-

quisitos severos para o reconhecimento da validade – e consideração, por conseguinte – das declarações colhidas do acusado ou suspeito. Pode-se enumerar tais requisitos da seguinte forma: o acusado faz jus à indicação expressa de seu direito a permanecer em silêncio e, caso ainda assim deseje se manifestar, o que ele vier a expressar poderá ser valorado em seu desfavor; o acusado faz jus à indicação expressa de que poderá (rectius, deverá) ser assistido por defensor durante seu interrogatório; o acusado tem o direito de suspender a realização do interrogatório até a chegada de seu defensor; o acusado tem o direito de consultar-se com seu defensor previamente a qualquer declaração; se não dispuser de meios para contratar um advogado, o acusado fará jus a um defensor público ou quem lhe faça as vezes; a renúncia aos direitos decorrentes da cláusula Miranda deverá ser registrada expressamente pelo suspeito ou acusado; a utilização das declarações prestadas pelo acusado mantido sob custódia depende da demonstração da observância das regras atinentes à cláusula Miranda (CARRIÓ, p. 377-378).

O Projeto atenta a todos esses requisitos na conformação legal do interrogatório, exatamente ao prescrever a necessária presença do defensor e, caso não esteja ele presente, restringir a realização do ato apenas à parte atinente à qualificado do acusado. A parte final, pois, do § 1º do artigo 63 do Projeto<sup>4</sup> só guardará sentido hábil à preservação da garantia constitucional da ampla defesa se a manifestação do acusado ou suspeito que abrir mão da presença do defensor se der de modo expresso e inequívoco, bem assim após a cientificação de seus direitos.

<sup>4</sup> Eis a redação do referido parágrafo: No caso de flagrante delito, se, por qualquer motivo, não se puder contar com a assistência de advogado ou defensor público no local, o auto de prisão em flagrante será lavrado e encaminhado ao juiz das garantias sem o interrogatório do conduzido, aguardando a autoridade policial o momento mais adequado para realizá-lo, salvo se o interrogando manifestar livremente a vontade de ser ouvido naquela oportunidade.

Essa cientificação prévia é justamente o objeto do mandamento insculpido no artigo 65 do Projeto. O referido dispositivo traz, em seu inciso V, a advertência de que o silêncio não implicará confissão, tampouco admitirá interpretação prejudicial ao acusado. Aqui se cuida da consagração, no Projeto, da chamada “Griffin clause”, também oriunda do direito norte-americano (“Griffin versus California”, S.Ct. 1965), segundo a qual é vedada qualquer consideração que seja desfavorável ao acusado tão-somente amparada no lúdimo exercício da opção de silenciar-se realizada pelo acusado (CAM-MACK; GARLAND, 2001, p. 404).

Seguidamente, o Projeto mantém orientação consagrada já no direito positivado pela Lei 10.792, de 2003, que alterou as disposições atinentes ao interrogatório do Código de Processo Penal ainda vigente. A referida Lei 10.792 previu a presença do advogado no interrogatório e assegurou, ainda, o direito do acusado de com ele se entrevistar reservadamente, regra de grande importância para os casos em que o defensor é nomeado. Assegurou tratamento especial ao interrogatório do acusado preso e fixou a regra de que ele seria ouvido no próprio estabelecimento prisional em que se encontrava. A opção da Lei 10.792 deu primazia à ida do juiz ao presídio, sem mencionar a possibilidade de videoconferência. Ainda, admitiu que as partes pudessem pedir esclarecimentos ao juiz, após ele ter feito a inquirição, aí se incluindo, conforme entendimento que se afirmou, o corrêu, que, por intermédio de seu advogado, poderia aclarar afirmações a ele incriminadoras (FERNANDES, 2009).

O Projeto, então, divide o interrogatório em duas partes: a primeira refere-se à pessoa do interrogando, ao passo que a segunda refere-se aos fatos descritos na peça acusatória. Parece claro, aqui, que toda a discussão a respeito do direito ao silêncio refere-se exatamente à segunda parte, isto é, ao mérito do interrogatório. Se o interrogatório de identificação é o ato por meio do



qual o juiz busca inteirar-se de que a pessoa contra quem foi proposta a ação penal é aquela que está presente à audiência para ser interrogada (TOURINHO FILHO, 2002, p. 281), parece evidente que o interrogatório de mérito – a segunda parte – consiste naquele em que o interrogado prestará esclarecimentos sobre o fato que lhe é imputado. Parece óbvio que o fornecimento de dados pessoais não tem o condão de agredir qualquer direito fundamental, tampouco prejudicar o exercício da autodefesa, de forma que, ao menos nesse particular, revela-se jurídico e razoável que se espere do acusado – porque presente justa causa – cumprir um mandamento ético e jurídico que lhe imponha manifestar a verdade sobre sua identidade e seus qualificativos (ALBUQUERQUE, 2008, p. 86).

Quando menciona a confissão, o Projeto atrai para si uma crítica a respeito dos termos ali mencionados. Diz o artigo 69 do Projeto: “Quando o interrogando quiser confessar a autoria da infração penal, a autoridade indagará se o faz de livre e espontânea vontade”. O Projeto dá a entender, ainda que de modo oblíquo, que a confissão só seria válida se obtida por meio de manifestação de vontade livre e espontânea.

Aqui, uma vez mais, cabe referência à crítica de Ferrajoli sobre a utilização de meios de fomento à colaboração processual do acusado. É que, na esteira do que entende o jusfilósofo italiano, se toda e qualquer incentivo à confissão configura corrupção da atividade judicial, a confissão somente há de ser obtida mediante manifestação espontânea do acusado. A toda evidência, o sistema processual pátrio não chega a tanto. A rigor, basta, à validade da confissão do acusado, que ela derive de manifestação voluntária – é despidendo, pois, perquirir sobre eventual espontaneidade da confissão.<sup>5</sup> Aqui, parece, o Projeto reclama, então,

<sup>5</sup> A diferença entre os conceitos de ato espontâneo e voluntário, longe de substanciar discussão frívola, tem relevância importante especialmente no direito

ajuste redacional, a fim de que a autoridade inculque apenas se a manifestação do acusado, ao confessar, é voluntária.

Quando se refere ao interrogatório em juízo, o Projeto, em lugar de repetir a fórmula hoje vigente no Código de Processo Penal, permite às partes o exame primeiro e direto do acusado. Com efeito, o atual Código, quando se trata do interrogatório, estabelece a seguinte ordem de inquirição: primeiro, o juiz; após, as partes poderão formular pedidos de esclarecimentos, os quais serão analisados pelo magistrado segundo uma juízo de pertinência e relevância (artigo 188 do Código vigente). Ainda assim, as perguntas oriundas desses pleitos de esclarecimento serão formuladas pelo juiz.<sup>6</sup>

No Projeto (artigo 71), na primeira parte do interrogatório, a inquirição é conduzida pelo juiz. Na segunda fase do interrogatório, que versa sobre os fatos imputados ao acusado, as partes formularão primeiro e diretamente suas perguntas ao acusado, reservando-se o magistrado a perguntar complementarmente à atuação das partes. Aqui, justamente por conta da prioridade da atuação das partes na inquirição do acu-

penal. Entende-se por espontâneo o ato cuja motivação é interna ao agente, isto é, não há estímulo nem sugestão externa; a vontade decorre de fatores intrínsecos àquele que age desse modo. Já o ato voluntário, por sua vez, é aquele possivelmente (mas não necessariamente) derivado de provocação, estímulo, sugestão; enfim, é o fator externo que deflagra a vontade do agente.

<sup>6</sup> O regime legal do interrogatório, por óbvio, não se confunde com o regime legal de inquirição da vítima, das testemunhas e eventuais informantes no Código hoje vigente. A respeito do exame direto pelas partes em relação à prova testemunhal e à colheita das declarações da vítima e de eventuais informantes, note-se que o Projeto, em seu artigo 175, reproduz a novel disposição hoje veiculada no artigo 212 do Código vigente, com a redação que lhe foi fornecida pela Lei 11.690 de 2008, na esteira da concepção própria do sistema acusatório, segundo a qual a gestão da prova é outorgada às partes, as perguntas são formuladas aos depoentes diretamente pelas partes (cross examination). Após as perguntas pelas partes, o juiz formulará suas perguntas, o que bem aponta a natureza complementar da atividade probatória do magistrado.

sado, sobreleva-se uma vez a feição de meio de prova outorgada ao interrogatório.

O Projeto ainda minudencia as hipóteses autorizadoras da utilização de videoconferência, bem assim a realização de interrogatório de acusado que se encontre preso. Neste último caso, a regra orienta-se pela realização do interrogatório na sede do juízo; excepcionalmente, o ato poderá se realizar no estabelecimento prisional, desde que assegurada a segurança dos envolvidos e a publicidade do ato.

O Projeto, em boa hora e na toada das modificações operadas no direito processual brasileiro na década de 1990 e na corrente, consagra a regra procedimental que fixa a realização do interrogatório ao término da colheita da prova oral. Em seus procedimentos ordinário, sumário e sumaríssimo, o interrogatório realiza-se após a tomada das declarações da vítima, a inquirição das testemunhas, os esclarecimentos dos peritos, eventuais acareações e reconhecimentos de coisas e pessoas (artigos 265 e 296, respectivamente atinentes aos procedimentos ordinário e sumário e ao procedimento sumaríssimo).

O procedimento sumário, embora tome emprestado nomenclatura do Código vigente, assume nova roupagem. Formalmente, apresenta-se exatamente como o rito ordinário. Contudo, destinado a incidir nos casos em que o crime a ser apurado não veicule sanção máxima superior a 8 anos de pena privativa de liberdade, o procedimento sumário permite um acordo, entre o Ministério Público e o acusado, este sempre assistido por seu defensor, consistente na imediata aplicação da pena, desde que ocorra confissão, total ou parcial, dos fatos imputados ao acusado, bem assim que a pena seja aplicada no mínimo previsto no tipo secundário em que incurso o acusado.

Vê-se, pois, a clara opção da Comissão responsável pelo Projeto no sentido de rechaçar as críticas que afastem todo e qualquer incentivo à colaboração do acusado

com a solução processual do caso. Ao revés, por positivar regras claras atinentes às possibilidades de acordo e, por conseguinte, de discricionariedade regrada a respeito da disposição do conteúdo do processo, o Projeto faz opção por uma resposta penal célere, em favor da efetividade da tutela penal, processualmente econômica e derivada do exercício da ampla defesa e lúdima opção do acusado, que pode deixar de se submeter à custosa e degradante persecução penal, nos casos em que for confesso.

## 10. Conclusão

Em lugar da síntese pontual das ideias lançadas ao longo deste trabalho, opta-se pela sintética apresentação da contribuição mais relevante deduzida. O Projeto ora em discussão no Senado Federal pauta-se pela preocupação de modernidade, mas ao mesmo tempo de respeito a posições consolidadas não apenas no direito pátrio, mas também no direito comparado a respeito das linhas gerais do processo penal contemporâneo. Especificamente em relação ao interrogatório, a compreensão do instituto em pese a clareza dos preceitos veiculados pelo Projeto só se revela possível e hábil a respeitar toda a complexidade envolvida nessa temática à luz dos vetores interpretativos inculpidos no próprio Projeto. O labor legislativo, é bem verdade, revela-se sempre árduo e a missão de antecipar eventuais debates, polêmicas e desacertos revela-se tão impossível quanto impossível é a elaboração de um diploma legal que não veicule equívocos ou incoerências. Tal reflexão, longe de pactuar com soluções permeadas de inexpressividade, deriva muito mais do caráter humano e falho das legislações.

A rigor, as soluções dirigidas a uma persecução penal que atenda aos reclamos de efetividade da tutela penal e que se revele atenta às razões que justificam sua própria existência decorrerão mais da maturidade de seus intérpretes e operadores que da

genialidade do trabalho legislativo. Ainda assim, o Projeto ora em debate cumpre com êxito a sua função de, quando menos, instar debate urgente e por demais adiado no plano legislativo nacional; quando mais, apresentar-se como proposta adequada e bem sucedida na apresentação de um diploma legal que permita uma persecução penal em conformidade com os preceitos da Constituição e os reclamos da sociedade brasileira.

### Referências

- ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2009.
- \_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. *Lei das Contravenções Penais*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2009.
- \_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2009.
- \_\_\_\_\_. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.
- CAMMACK, Mark E.; GARLAND, Norman M. *Advanced Criminal Procedure: in a nutshell*. St. Paul, MN: West Group, Thomson, 2001.
- CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 4 ed. 2. reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 4 ed, v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- FERNANDES, Antonio Scarance. A mudança no tratamento do interrogatório. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 200, p. 19-20, jul. 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5 ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2001.
- HIGH COURT Case Summaries. *Criminal procedure: Keyed to Kamisar, LaFare, Israel, and King's Casebook on Criminal Procedure*. 11 ed. St. Paul, MN: Thomson; West, 2004.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo 1: Fundamentos. 2 ed. 4. reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Tradução de Paolo Capitanio. v. 1. São Paulo: Bookseller, 1996.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice*. v. 4. Torino: UTET, 1932.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 4 ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Empresa Nacional do Diário, 1857.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Tradução de Gabriela Córdoba; Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores Del Porto, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Política Criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 24 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

# Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal

Projeto nº 156/2009 do Senado Federal

Antonio Magalhães Gomes Filho

## Sumário

1. Observações introdutórias. 2. A iniciativa das provas no Projeto de Código de Processo Penal. 3. A disciplina da admissão das provas pelo juiz: a vedação das provas inadmissíveis. 4. Segue: o indeferimento das provas manifestamente impertinentes ou irrelevantes. 5. A vedação das provas ilícitas e seu arquivamento sigiloso em cartório. 6. Livre convencimento e legalidade da prova no Projeto. 7. Prova e contraditório no Projeto de Código de Processo Penal. 8. Livre convencimento e motivação. 9. A valoração dos indícios no Projeto 156/2009. 10. O valor relativo das declarações do coautor ou partícipe da mesma infração penal.

### *1. Observações introdutórias*

A disciplina da prova constitui o ponto central de qualquer sistema processual-penal, na medida em que reflete a orientação de fundo que presidiu as escolhas do legislador diante do dilema entre a busca da verdade e a proteção dos interesses da sociedade e do indivíduo na tarefa de acerto do fato apontado como delituoso.

Como é sabido, longe de ser operação técnica e neutra, a atividade probatória judicial está fortemente impregnada por fatores sociais, políticos e culturais, até porque o seu objetivo não é apenas o de estabelecer uma verdade circunscrita ao processo, mas um convencimento sobre os fatos que possa justificar a futura decisão perante a

Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão constituída pelo Senado Federal para elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Penal.

sociedade. Por isso, é fundamental que essa atividade esteja submetida a certas regras – lógicas, psicológicas, éticas e jurídicas –, cuja inobservância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual ele é realizado.

No mundo ocidental contemporâneo, os dois modelos históricos de processo penal conhecidos – *inquisitório* e *acusatório* – distinguem-se exatamente pelo tratamento que deram à atividade probatória: no primeiro, esta é orientada pela procura obsessiva de uma verdade absoluta, conduzida pelo juiz-inquisidor, que não encontrava limites e admitia até mesmo o recurso à tortura como meio legítimo de obtenção das provas; no segundo, prepondera a iniciativa das partes na tarefa de introdução das provas e seu objetivo é apuração de uma verdade própria das coisas humanas, que sem a pretensão de ser absoluta, não exclui uma probabilidade contrária, mas é escolhida por razões de caráter ético (GIULIANI, 1962, p. 657-8).

Não é difícil identificar, no CPP brasileiro de 1941, uma orientação visivelmente inquisitória, como assinalado na própria Exposição de Motivos de Francisco Campos: “se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à própria consciência”. Também era emblemática, nesse mesmo sentido, a advertência que era feita ao acusado no interrogatório – hoje revogada pela Lei 10.792/2003 –, de que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa (art. 185, na redação original).

É evidente que essa ideologia inquisitória e autoritária do estatuto processual vigente não mais se coaduna com os princípios e garantias afirmados pela Constituição de 1988 que, no seu conjunto e na sua essência, consagram as linhas fundamentais de um modelo acusatório, bastando lembrar a exclusividade do Ministério Público

para propositura da ação penal pública (art. 129, I), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), a previsão da advocacia e da defensoria pública como funções essenciais à função jurisdicional (art. 133 e 134) etc.

Também é importante registrar que por força do art. 5º, § 2º, da CF, às garantias expressas na Constituição estão incorporadas outras previstas nos tratados internacionais, dentre os quais, especialmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura ao acusado, dentre outros, o direito ao julgamento por um juiz independente e imparcial (art. 8º, 1), de assistência a defensor de sua escolha ou proporcionado pelo Estado (art. 8º, 2, letras d e e), do direito à prova (art. 8º, 2, f).

## 2. A iniciativa das provas no Projeto de Código de Processo Penal

É nessa linha que o Projeto n. 156/2009, do Senado Federal, para a edição de um novo Código de Processo Penal, ao declarar os princípios fundamentais que devem orientar a aplicação das leis punitivas, afirma desde logo que “o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa instrutória do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação” (art. 4º).

Mais adiante, ao estabelecer as disposições gerais sobre a prova, no art. 162 *caput*, a proposta legislativa em exame diz que “as provas serão propostas pelas partes”, acrescentando ainda no parágrafo único do mesmo artigo: “será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º”.

Pretende-se, portanto, superar o modelo do Código vigente, que mesmo com as alterações introduzidas pela Lei 11.690/2008, ainda admite a determinação de ofício de provas antecipadas pelo juiz, o que pode sugerir a atribuição de um poder de inves-



tigação (art. 156, I), e também a iniciativa probatória judicial no curso da instrução (art. 156, II). Limitam-se, pois, os poderes instrutórios do magistrado ao esclarecimento de dúvida surgida no momento da sentença, mesmo assim sem que isso possa converter-se em substituição da atividade própria do órgão da acusação.

Com relação à iniciativa judicial na fase de investigação, não há dúvida que a expressão vedação contida no Projeto é mais consentânea com o sistema de garantias consagrado pela Constituição, na medida em que é difícil imaginar que um juiz ativo na fase de investigação possa ser, ao mesmo tempo, um magistrado imparcial no momento da decisão. A tarefa de recolher elementos para a propositura da ação penal é, por natureza, parcial e deve ser realizada pelos órgãos oficiais incumbidos da persecução.

Lembrem-se aqui as discussões surgidas a propósito de previsão da Lei n. 9.034/95, que permitia ao juiz penal realizar pessoalmente diligências de colheita de dados sigilosos, em qualquer fase da persecução; com razão, observou Ada Pellegrini Grinover (1995) que, segundo a Constituição, os juízes têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual; essa posição, por sinal, foi adotada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN n. 1570-DF, em que ficou assentado que a referida previsão legislativa compromete o princípio da imparcialidade judicial e viola o devido processo legal (RTJ 192/838).

Também vale anotar, nesse tópico, que o Projeto n. 156 vai além, estabelecendo que a determinação de medidas de obtenção de provas pelo *juiz das garantias*, na fase de investigação, torna o magistrado impedido para funcionar na ação penal (art. 17), reforçando assim a ideia de que qualquer atuação judicial relacionada à investigação pode comprometer a imparcialidade.

No que diz respeito à limitação dos chamados poderes instrutórios do juiz ao momento da sentença, a proposta parece

ser excessivamente radical, pois não é razoável imaginar um juiz que se mantenha expectador totalmente passivo diante da atividade probatória das partes, deixando de esclarecer, no próprio momento da produção, as dúvidas e omissões que possam surgir a respeito das provas.

Nesse sentido, é importante observar que até mesmo no sistema *adversarial* anglo-americano, o declínio dos julgamentos pelo júri tem conduzido a uma progressiva concentração de poderes nas mãos do juiz. Este não é mais um simples árbitro da correção do comportamento das partes na introdução das provas, mas alguém que busca informações quando uma questão importante não ficou esclarecida. Como observa Damaska (2003, p. 194-195), a circunstância de ser pessoalmente responsável pela exatidão do acerto dos fatos induz o juiz a empenhar-se na atividade de produção das provas, alterando o clima *adversary* do debate.

Por isso, teria sido mais proveitoso e realista que o Projeto, ao invés de simplesmente suprimir a iniciativa judicial no curso da instrução, tivesse fixado *limites* a essa intervenção, especialmente pela exigência de *motivação*: a obrigatoriedade de apresentação das razões da utilização dos poderes instrutórios representaria, de um lado, forte estímulo à efetiva imparcialidade, impedindo escolhas subjetivas, pois é a exigência de explicitação do *iter* decisório que induz a que nele apenas sejam considerados dados objetivos. De outro, pode também a motivação constituir ponto de partida para a descoberta de eventuais motivos subjetivos, que tenham influenciado a intervenção judicial, evidenciando um possível pré-julgamento da causa (GOMES FILHO, 2001, p. 99).

### 3. A disciplina da admissão das provas pelo juiz: a vedação das provas inadmissíveis

Depois de estabelecer que a proposição das provas caberá às partes, o Projeto deter-

mina que “o juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes ou irrelevantes” (art. 163).

De nada valeria, com efeito, assegurar a iniciativa probatória dos sujeitos processuais se, ao mesmo tempo, a lei não fizesse referência taxativa e clara aos casos em que o juiz pode rejeitar as provas propostas. Como já observei em trabalho anterior, é no pronunciamento judicial relativo à admissão das provas que se encontra o *núcleo* do direito à prova; assim, somente através da disciplina legal das hipóteses de rejeição das provas, acompanhada da exigência de decisões expressas e motivadas, e adotadas após o debate contraditório, podem estar atendidas as garantias processuais (GOMES FILHO, 1997, p. 88).

A primeira situação referida pelo Projeto é o das provas *vedadas* pelo ordenamento, ou seja, aquelas provas que a Constituição ou a lei ordinária declaram *inadmissíveis* no processo.

A *admissibilidade* da prova constitui um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na decisão sobre os fatos.

Essa valoração prévia pode ter um fundamento *epistemológico*, excluindo provas que poderiam levar o julgador a uma conclusão inexata sobre os fatos, ou pode estar baseada em considerações estranhas à pesquisa da verdade, como ocorre em relação à inadmissibilidade de provas cuja obtenção importe em violação de outros direitos, especialmente aqueles de natureza fundamental, inscritos na Constituição. Assim, no primeiro caso, a vedação tem um caráter *processual*, ao passo que a segunda hipótese diz respeito à tutela do direito *material* (DAMASKA, 1973, p. 513).

Exemplos de vedações fundadas no interesse processual, no direito brasileiro,

são a confissão do acusado para prova da materialidade do delito (art. 158 do CPP atual), as restrições estabelecidas na lei civil quanto à prova do estado das pessoas (art. 155, parágrafo único, CPP), outras provas, a não ser a certidão de óbito, para prova da morte do acusado (art. 62, CPP).

A inadmissibilidade da prova para a proteção do direito material é, entre nós, estabelecida pelo próprio texto constitucional (art. 5º, LVI) e visa à tutela de valores estranhos à economia interna do processo, revelando que o objetivo de apuração da verdade processual deve conviver com os demais interesses dignos de proteção pela ordem jurídica. A prova judiciária, ponderou Paul Foriers, permite estabelecer uma coexistência entre o interesse da sociedade e o interesse da verdade; sem tal adequação, a atividade processual correria o risco de transformar-se em fator de desagregação social, ao invés de cumprir sua finalidade de pacificação de conflitos. Seria inconcebível, com efeito, que o Estado, para impor a pena, utilizasse métodos que não levam em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em consequência, a legitimação de todo o sistema punitivo (FORIERS, 1981, p. 329).

#### 4. *Segue: o indeferimento das provas manifestamente impertinentes ou irrelevantes*

Em segundo lugar, o art. 163 do Projeto prevê também o indeferimento das provas *manifestamente impertinentes ou irrelevantes*.

É que a exclusão de provas não deve ser feita apenas por critérios jurídicos (*admissibilidade*), mas também deve obedecer a exigências de ordem lógica: trata-se, então, de verificar se as provas que se pretende introduzir no processo são úteis ao julgamento ou, ao contrário, representam perda de tempo ou fator de confusão para o raciocínio do julgador.

No sistema anglo-americano, a seleção de provas que podem ser levadas ao conhecimento dos jurados sempre constituiu preocupação fundamental da *law of evidence*, que atribui decisiva importância ao critério de *relevancy*. Segundo a acatada definição de Stephen, a palavra *relevante* significa que dois fatos aos quais seja aplicada estão relacionados de tal forma que, de acordo com o curso natural dos eventos, um deles – analisado individualmente ou em relação a outros –, prova, ou torna provável, a passada, presente ou futura existência ou não existência do outro. O teste de relevância não constitui portanto matéria legal, mas questão de lógica e experiência comum; trata-se simplesmente de princípio que proíbe a recepção de dados que não sejam aptos a provar alguma coisa de interesse para o julgamento (STEPHEN, 2003, p. 165).

Na doutrina dos países da Europa continental, a vedação da prova irrelevante traduz-se antes como expressão do princípio de economia processual. Não teria sentido, com efeito, realizar atividades processuais tendentes à incorporação de elementos que de antemão já se revelam absolutamente desnecessários para a demonstração dos fatos (TARUFFO, 1970, p. 87-97; COMOGLIO, 1980, p. 194 e ss.).

Ao lado dessa justificação fundada na economia processual, a necessidade de seleção das provas que se pretende introduzir no processo pelo critério lógico, também deve atender, no Estado de direito democrático, à *função de garantia* ínsita da delimitação dos temas sobre os quais pode versar a prova: o conhecimento judicial implica exercício de poder e, exatamente por isso, não deve significar uma faculdade absoluta de intromissão em assuntos públicos ou privados estranhos aos fatos investigados (NOBILI, 1990, p. 390-391).

Por isso, no processo penal acusatório, a exata fixação do *thema probandum* constitui importante garantia de direitos, pelo que deve ser vedada a investigação sobre temas

que não tenham relação lógica com os fatos relacionados à imputação e à defesa, de forma a impedir que a atividade processual seja transformada em instrumento de uma verdadeira *devassa* na vida dos envolvidos, como era próprio do sistema inquisitório (PICÓ I JUNOY, 1996, p. 53-54).

Essa preocupação garantista orientou a nítida mudança ocorrida no processo penal italiano após a reforma de 1988: no código anterior, segundo o art. 299, incumbia ao juiz instrutor a realização de todos os atos necessários ao *accertamento della verità*, ao passo que na nova codificação são objeto de prova “os fatos que se referem à imputação, à punibilidade e à determinação da pena e da medida de segurança” (art. 187, 1), além dos fatos dos quais depende a aplicação de normas processuais (art. 187, 2) e inerentes à responsabilidade civil decorrente do delito (art. 187, 3).

Ao mesmo tempo, atento à natureza fundamental do direito à prova, o legislador italiano de 1988 introduziu disposição expressa segundo a qual é permitido ao juiz não admitir as provas requeridas pelas partes quando sejam “manifestamente supérfluas ou irrelevantes” (art. 190, 1, parte final). Ao sublinhar o caráter necessariamente “manifesto” da inutilidade da prova, que deve resultar *ictu oculi* a qualquer pessoa, o legislador pretender evitar que a força persuasiva de dados probatórios existentes possa induzir o juiz a negar a produção de outros elementos capazes de alterar um convencimento já formado ou em via de formação (CHIAVARIO, 1998, p. 80-82).

A disposição contida na parte final do art. 163 *caput* do Projeto 156/2009 reproduz, portanto, a fórmula italiana, sublinhando assim que o indeferimento das provas propostas pelas partes por motivos lógicos somente deve ocorrer em casos extremos, quando evidente a falta de conexão entre o fato a ser demonstrado pelo meio de prova requerido e o *thema probandum*. Fora daí, haverá injustificado



cerceamento do direito à prova da acusação ou da defesa.

É oportuno observar aqui que as noções de *impertinência* e *irrelevância*, embora muitas vezes utilizadas indistintamente – até porque a distinção é bastante sutil –, não se confundem: a primeira, mais precisa, aponta para a relação entre aquilo que pode ser demonstrado pela prova e qualquer dos fatos principais da causa, correspondendo à ideia de *materiality* da terminologia anglo-americana; o termo *relevância* é mais amplo, incluindo também a prova que verte sobre um fato secundário, cuja demonstração pode autorizar inferências sobre um fato principal; trata-se assim de conceito especialmente relacionado à prova indireta.

Na prática, a verificação dessa relação (direta ou indireta) entre a prova proposta e os fatos da causa é quase sempre problemática, porquanto supõe uma antecipação hipotética e provisória sobre o êxito de uma prova ainda não produzida; por isso, anota Picó I Juny (1996, p. 55), deve ser excluída do juízo de pertinência a ideia de sua eventual eficácia, pois ele prescinde de qualquer consideração a respeito da concreta possibilidade de que os fatos a provas sejam efetivamente demonstrados. Ou, como observa Taruffo (1984, p. 78), para a admissão da prova, é suficiente ser ela hipoteticamente idônea a trazer, direta ou indiretamente, elementos e conhecimento sobre os fatos que devem ser provados.

##### 5. A vedação das provas ilícitas e seu arquivamento sigiloso em cartório

Em seguida, no art. 164 *caput* e seu parágrafo único, trata o Projeto da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, em conformidade com o que já está previsto na Constituição Federal (art. 5º, LVI).

Nesse ponto, a preocupação da proposta foi justamente a de não se afastar da previsão constitucional, limitando-se a incluir referência expressa, no *caput*, à prova ilícita por derivação (provas obtidas, *direta ou*

*indiretamente*, por meios ilícitos) e, ainda, ao arquivamento sigiloso em cartório da prova declarada inadmissível (parágrafo único).

É que, na verdade, dentre as disposições introduzidas no texto do Código atual a respeito dessa matéria pela Lei 11.690/2008 algumas eram dispensáveis e outras capazes de gerar confusões e equívocos.

Como tive ocasião de ponderar em comentário à Lei 11.690/2008, a opção pelo tratamento legislativo de tema controverso e sujeito a variadas interpretações não pareceu ter sido a melhor, não só diante de certos equívocos e imprecisões do legislador, mas também porque, em muitos julgados, os tribunais estaduais, federais e superiores já vinham aplicando o preceito constitucional, sem que fosse necessária qualquer regulamentação legislativa (GOMES FILHO, 2008, p. 262).

Assim, ao fornecer uma definição legal do que se deve entender por provas ilícitas – “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” – o *caput* do atual art. 157 do CPP propicia equívocos, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. Na verdade, como sempre sublinharam doutrina e jurisprudência, o descumprimento da lei processual leva à  *nulidade* do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573 *caput* do CPP.

Outro grave equívoco da Lei 11.690/2008 consistiu em definir a exceção da chamada  *fonte independente*, consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte americana, afastando-se da ideia original, que supõe que o dado probatório possua duas origens, uma ilícita e outra lícita, podendo subsistir como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal.

Ora, na parte final do § 1º, do art. 157, a Lei 11.690/2008, ao empregar o verbo no condicional – “puderem ser obtidas” –, dá a entender que basta a simples  *possibilidade*

de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial. Não bastasse isso, no § 2º, o legislador pretendeu estabelecer um conceito normativo de *fonte independente* que subverte não só aquela ideia original, mas também coloca em risco a própria *finalidade* da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior.

Daí porque, ao dizer que “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”, a disposição atualmente vigente abre as portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita possa vir a ser convalidada. Com efeito, pelo que se depreende do texto, nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular, bastando que houvesse uma mera *possibilidade* disso. Trata-se, à evidência, de disposição que subverte o espírito da garantia constitucional do art. 5º, LVI.

Tudo isso justifica a proposital omissão do Projeto n. 156/2009 a respeito desse ponto controvertido, deixando que a jurisprudência – como aliás foi feito até hoje – dê os contornos da previsão constitucional.

Também inova o Projeto com relação ao tratamento que deve ser dado à prova declarada inadmissível, que no texto vigente, igualmente introduzido pela Lei 11.690/2008, deve ser *inutilizada* por decisão judicial (art. 157, § 3º). De forma mais adequada, a proposta sugere que seja ela *arquivada sigilosamente em cartório*.

É que, como também anotei em comentário à lei atual, a impossibilidade de utilização da prova pelo juiz, no processo (*rectius*, em determinado processo) não implica a necessidade de destruição física da prova ou, mais precisamente, do documento que a contém. É perfeitamente viável que a prova declarada ilícita num determinado processo possa vir a ser utili-

zada validamente em outro. Pense-se, como exemplo, da situação em que os autores da violação de direito, da qual resultou a prova ilícita, venham a ser processados pelo crime correspondente (tortura, violação de domicílio, interceptação telefônica ilegal etc.). Nesse caso, se inutilizada a prova, como manda a lei vigente, ficaria prejudicada a demonstração do próprio fato praticado para obtê-la. Não se pode descartar, ainda, a hipótese de usar uma prova ilícita *pro reo* em outro processo, como o de revisão criminal (GOMES FILHO, 2008, p. 270).

#### 6. Livre convencimento e legalidade da prova no Projeto

No art. 165 e seus dois parágrafos, o Projeto n. 156/2009 introduz importantes disposições a respeito da fase de avaliação das provas pelo juiz, estabelecendo algumas regras que objetivam aclarar o que se deve entender por *livre convencimento*. É que, com efeito, essa fórmula, longe de expressar uma diretriz clara e segura para a valoração das provas, costuma ser fonte de enganos de grave repercussão na atividade da persecução penal.

Isso pode ser explicado, em parte, pela forma equivocada de transposição da liberdade de convicção própria dos julgamentos confiados ao júri popular na Inglaterra – compensada pelo estabelecimento de rigorosas regras de seleção do material probatório próprias da *law of evidence* –, ao denominado *sistema misto* dos ordenamentos continentais, passando a ser confundida com uma verdadeira autorização para o arbítrio dos juízes na determinação dos fatos.

Como antítese do método da *prova legal*, em que o valor de cada prova era previamente estabelecido pelo legislador, o livre convencimento não pode ser confundido, no entanto, com permissão para uma valoração subjetiva e isenta de critérios e controles. Trata-se, ao contrário, de princípio de avaliação de provas que não exclui

regras de admissibilidade na formação do material probatório, nem a submissão aos postulados da lógica e da experiência na apreciação desse mesmo material.

No Estado democrático de direito, em que a imposição de sanções penais somente se legitima se fundada em provas capazes de superar a presunção de inocência do acusado, é inevitável que a atividade probatória seja informada pela obediência à *legalidade*. Nesse sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, proclama que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove *legalmente* sua culpa” (art. 8, n. 2).

As regras probatórias constituem, como observou Giovanni Conso (1970, p. 7-21), *normas de garantia* que decorrem dos preceitos constitucionais, assegurando o caráter racional e controlável da decisão sobre os fatos; afastam, assim, uma liberdade absoluta do juiz que poderia dar ensejo a julgamentos pessoais, ideológicos ou emotivos.

Sem que isso possa significar um retorno ao superado sistema da prova legal, o livre convencimento deve conviver com o indispensável respeito à legalidade probatória, que importa não só a disciplina da admissão e produção do material probatório, mas também deve incluir o estabelecimento de certos parâmetros legais à própria valoração, de forma a evitar julgamentos subjetivos e arbitrários sobre os fatos. Nesse último aspecto, é conveniente lembrar que no próprio sistema anglo-americano existem alguns limites legais para as inferências que devem ser feitas pelos jurados a partir das provas apresentadas, que são objeto de instruções dadas pelo juiz-presidente aos juízes leigos antes do julgamento (DAMASKA, 2003, p. 32-33).

### 7. Prova e contraditório no Projeto de Código de Processo Penal

É com essa inspiração e nesse sentido que o Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado

Federal, apresenta significativas alterações na disciplina da avaliação das provas.

Desde logo, na sua primeira parte, o art. 165 da referida proposta legislativa declara que “o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial...”. Circunscreve-se, pois, o material decisório à disposição do julgador aos dados objetivos que tiveram ingresso no processo com a participação e o controle das partes. São excluídas, em consequência, quaisquer informações outras a que possa eventualmente ter acesso o juiz, seja porque decorrem de seu conhecimento privado, seja porque obtidas em procedimentos prévios em que não esteja assegurado plenamente o contraditório.

O contraditório é, no dizer de Fazzalari, uma nota essencial ao próprio conceito de *processo* (FAZZALARI, 1989, p. 58). Só são provas, assim, no sentido processual, os dados objetivos de informação introduzidos em procedimento em que se assegure a participação daqueles em cuja esfera jurídica a decisão final produzirá efeitos.

Nesse ponto, o Projeto confirma a distinção entre *prova* e *elemento informativo da investigação* – que já foi feita pela Lei 11.690/2008, na nova redação do art. 155 do CPP atual –, tornando-a ainda mais explícita ao estabelecer, no seu art. 33, que “os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida necessária à formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem decretadas pelo juiz de garantias”.

Trata-se, com efeito, de conceitos que não se confundem, até porque constituem resultado de atividades que têm finalidades diversas: os *atos de prova* objetivam a introdução de dados probatórios no processo – necessariamente em contraditório –, que servem à formulação de um *juízo de certeza* próprio da sentença; os atos de investigação visam à obtenção de informações que levam

a um mero *juízo de probabilidade* idôneo a sustentar a *opinio delicti* do órgão da acusação ou fundamentar a adoção de medidas cautelares pelo juiz (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 227-228).

A proposta sublinha, assim, que o *livre convencimento* não autoriza uma irrestrita *liberdade de prova*, mas simplesmente a valoração de elementos que o legislador considera aptos à formação do convencimento do juiz, porque produzidos com a observância da garantia fundamental do contraditório.

### 8. Livre convencimento e motivação

Outra importante mudança de orientação constante do Projeto vem contemplada na parte final do mesmo art. 165: "... indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados".

O livre convencimento do juiz não exclui, é evidente, a obrigatoriedade de motivação de qualquer decisão judicial, assegurada entre nós pelo art. 93, IX, da Constituição. O Código de 1941, ao prever que na sentença o juiz indique singelamente "os motivos de fato" (art. 381, III), não atende completamente ao sentido daquela garantia essencial ao exercício da função jurisdicional, deixando pouco claro o conteúdo da exigência de justificação em relação ao juízo sobre os fatos.

A motivação não pode ser um *discurso aberto*, nem se resume na indicação de motivos que possam explicar a decisão (AMODIO, 1977, p. 206 e 217; ATIENZA, 2000, p. 31), mas consiste na explicitação de razões que justifiquem a solução encontrada num contexto intersubjetivo. Daí a necessidade de que o exercício da liberdade de convicção pelo juiz venha acompanhado de uma argumentação capaz de reproduzir o raciocínio decisório, de modo a possibilitar o seu efetivo controle pelas partes, pelos órgãos superiores e pelo público em geral.

A proposta legislativa, embora de forma mais concisa, reproduz nesse ponto a

reforma processual penal italiana, de 1988 (arts. 192, § 1º, e 546, § 1º, c), que buscou conciliar a liberdade de valoração com os imperativos de legalidade decorrentes do sistema constitucional de garantias.

Não se trata, portanto, de um retorno à prova legal, que significaria impor ao juiz uma decisão estabelecida *a priori* pelo legislador, mas de assegurar que a liberdade na apreciação das provas seja acompanhada pela enunciação dos elementos probatórios utilizados como base do raciocínio e também pela explícita rejeição daqueles considerados inidôneos -, bem como pela reprodução dos critérios de inferência que permitiram passar dos fatos constatados à afirmação sobre a real ocorrência das hipóteses fáticas afirmadas pelas partes.

### 9. A valoração dos indícios no Projeto 156/2009

Também é inspirada na legislação italiana de 1988 a disposição contida no art. 165, § 1º, do Projeto n. 156/2009, que estabelece: "A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes".

Na terminologia processual, a palavra *indício* é empregada com dois sentidos diversos, embora relacionados: o primeiro, ligado ao sistema da prova legal - em que o valor do indício não se igualava ao da prova fornecida diretamente por um testemunho ou documento -, significa prova dotada de menor eficácia persuasiva, não apta a estabelecer, por si só, a verdade sobre um fato; modernamente, por indício entende-se a *prova indireta* (ou *crítica*), em contraposição à *prova direta* (ou *histórica*), segundo uma distinção que não está relacionada à eficácia persuasiva, mas à relação entre o fato a ser provado no processo e o objeto da prova; enquanto com a prova direta é possível conhecer o fato que interessa ao processo por um único procedimento inferencial, mediante a prova indireta isso exige uma segunda inferência, o que explica, de certo

modo, a tendência de atribuir-se à última um menor valor persuasivo (GOMES FILHO, 2005, p. 311).

É justamente com atenção a esse déficit de persuasão – com evidente risco para a segurança das conclusões do procedimento probatório –, que a regra proposta pretende estabelecer certos limites ao indiscriminado uso de uma espécie de prova não totalmente confiável no plano lógico. Não se trata, em absoluto, de excluir a prova indiciária do processo penal, mas apenas estabelecer critérios mais seguros para o raciocínio decisório, que deve vir expresso na motivação.

Ao falar em *indícios*, no plural, o Projeto sublinha importante exigência da prova indiciária: de um único indício é até possível inferir um fato, mas a *certeza* sobre um fato investigado no processo penal só pode resultar de todo um conjunto de indícios, o que constitui requisito de sua eficácia probatória (MOURA, 1994, p. 89-91).

Mais do que isso, ao prescrever que os indícios sejam *graves, precisos e concordantes*, a disposição em exame estabelece condições para que a partir de provas indiretas se possa chegar à conclusão sobre a ocorrência do fato.

São *graves* os indícios *consistentes*, ou seja, resistentes a objeções quanto à sua relação lógica com o fato a ser demonstrado; para isso, é necessário que as inferências empregadas sejam realizadas com base em máximas de experiência de validade reconhecida.

Para que se atenda à exigência de *precisão*, é necessário que o fato constatado pela prova indireta tenha um sentido único e definido, autorizando uma única conclusão a respeito do fato que deve ser provado; ao contrário, são imprecisos – e portanto inidôneos – indícios vagos ou equívocos, que podem conduzir a uma interpretação diversa, igualmente verossímil, sobre o fato que constitui objeto da prova.

Exige-se, finalmente, a *concordância* entre os vários indícios, para indicar que todos

os elementos obtidos devem convergir para uma única reconstrução do fato a ser provado, o que não ocorrerá quando algum deles estiver em contraste com outro, ensejando dúvida sobre a correção da inferência realizada (Uberty, 1995, p. 92).

Tudo isso, é evidente, exige um maior empenho argumentativo do juiz para sustentar, na motivação, a correção das operações realizadas para chegar ao acerto da hipótese de fato discutida no processo.

#### 10. O valor relativo das declarações do coautor ou partícipe da mesma infração penal

Preocupou-se o Projeto, por último, com a questão da chamada do corréu, apresentando disposição legislativa nos seguintes termos: “as declarações do co-autor ou partícipe da mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova que atestem sua credibilidade” (art. 165, § 2º).

De modo semelhante às restrições fundadas em motivos lógicos que recomendam cautelas em relação à prova indiciária, pretendeu-se aqui estabelecer um limite ao livre convencimento do juiz que encontra justificção na duvidosa idoneidade das declarações prestadas por quem tem interesse direto no desfecho do processo.

Ao contrário da testemunha – que por definição é um terceiro desinteressado e presta o depoimento sob juramento de dizer a verdade, sujeitando-se inclusive às penas do falso testemunho –, o coautor ou partícipe dá sua versão sobre os fatos com um objetivo próprio e sem qualquer compromisso com a verdade. Assim, à natural credibilidade que se empresta à prova testemunhal substitui-se uma fundada desconfiança quando se trata de valorar as declarações do corréu.

Acrescente-se, ainda, que o incremento legislativo a institutos como a delação premiada, em que a incriminação feita por um acusado a outro traz efetivas vantagens



no plano penal, aponta para um sério risco de comprometimento da idoneidade dessa fonte de prova, que não pode, por si só, autorizar uma conclusão segura sobre a verdade dos fatos delatados.

Daí a proposta de que, nesse caso, a conclusão definitiva sobre o fato investigado somente seja possível se as declarações incriminatórias do coautor ou partícipe sejam congruentes com outros elementos de prova.

### Referências

- AMODIO, Ennio, *Motivazione della sentenza penale*, Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, 1977, v. 27, p. 181 ss.
- ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia: una introducción al derecho e al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000.
- CHIAVARIO, Mario, *Il diritto alla prova: una garanzia basilare... un concetto tormentato*. In: *Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 1998.
- COMOGLIO, Luigi Paolo, *Il principio di economia processuale*, Padova, Cedam, 1980.
- CONSO, Giovanni, *Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 25(1):7-21, 1970
- DAMASKA, Mirjan, *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*, *University of Pennsylvania law review*, 121:513, 1973.
- \_\_\_\_\_, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- FORIERS, Paul, *Considérations sur la preuve judiciaire*, in Perelman & Foriers (org.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo, RT, 1997.
- \_\_\_\_\_, *A motivação das decisões penais*, São Paulo, RT, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, in Yarshell e Moraes (org.), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, p. 303-18.
- \_\_\_\_\_, *Provas Lei 11.690, de 09.06.2008*, in Moura (org.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, RT, 2008, p. 246-297.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Que juiz inquisidor é esse?*, *Boletim do IBCCRIM*, n. 30, junho de 1995.
- LOPES JÚNIOR, Aury, *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, *A prova por indícios no processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1994.
- NOBILI, Massimo, *Commento [art. 187 do CPP italiano]*, in Chiavario (org.), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Utet, 1990, v. II.
- PICÓ I JUNY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996.
- STEPHEN, James Fitzjames, *Digest of the law of evidence*, 12a. ed., in Peter Murphy, *Evidence, proof and facts: a book of sources*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, Cedam, 1970.
- \_\_\_\_\_, *Il diritto alla prova nel processo civile*, *Rivista di diritto processuale*, 39:74-120, 1984.
- UBERTIS, Giulio, *La prova penale: profili giuridici e epistemologici*, Torino, UTET, 1995.





# O apoio da Biblioteconomia Jurídica à Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto de Código de Processo Penal

Edilenice Passos

## Sumário

1. Biblioteconomia Jurídica. 2. Bibliotecário Jurídico. 3. O apoio da Biblioteconomia Jurídica à Comissão de Juristas. 3.1. Organização e Manutenção do sítio na *internet* da Comissão de Juristas. 3.2. Pesquisas realizadas. 3.2.1. Levantamento das proposições legislativas em tramitação. 3.2.2. Comissões anteriores. 3.2.3. Links. 3.2.4. Outras pesquisas. 3.3. Disseminação da informação de forma pró-ativa. 4. Controle das sugestões enviadas. 5. Quadro comparativo. 6. À guisa de conclusão.

## 1. Biblioteconomia Jurídica

A biblioteconomia jurídica é a aplicação das teorias e técnicas biblioteconômicas à Ciência do Direito.

O primeiro grande marco do desenvolvimento da biblioteconomia jurídica no Brasil aconteceu em 1948, com a criação da Classificação Decimal de Direito (CDDir), pela bibliotecária Doris de Queiroz Carvalho. A CDDir surgiu da necessidade da Biblioteca do Ministério da Fazenda de classificar os livros jurídicos de seu acervo. As classificações até então existentes se mostravam inadequadas e insuficientes.

Em 1972, com a criação do Centro de Processamento de Dados do Senado Federal (PRODASEN), esta especialidade tomou fôlego, pois se deu início ao controle informatizado da legislação federal de hierarquia superior com a criação da base de dados NJUR. Era uma base de dados refe-

Edilenice Passos é Mestre em Biblioteconomia e Documentação pela Universidade de Brasília (UnB). Atualmente, está lotada na Secretaria de Informação e Documentação (SIDOC), do Senado Federal. É fundadora e moderadora da lista de discussão Infolegis: Bibliotecários Jurídicos Reunidos.

rencial, ou seja, não oferecia o texto integral das normas, mas conseguia controlar de forma muito eficiente os relacionamentos entre as normas, indicando suas alterações, revogações, republicações.

Na esteira desta base de dados surgiram outras, que arrolavam as referências bibliográficas das obras da coleção da Biblioteca do Senado, das matérias legislativas e, posteriormente, a jurisprudência dos tribunais superiores. “A junção de toda essa variada natureza de dados como parte de um só sistema informativo passou a ser designada de Sistema de Informações do Congresso Nacional (SICON)” (PRODA-SEN, 2003, p. 17).

Outro importante marco foi o advento da Internet, que possibilitou a criação de inúmeras bases de dados. Os tribunais passaram a oferecer a sua jurisprudência; os órgãos públicos tornaram disponíveis a legislação de hierarquia inferior; os Estados, Distrito Federal e os municípios colocaram à disposição do cidadão a legislação local.

## 2. Bibliotecário Jurídico

Peça fundamental dentro da biblioteconomia jurídica é o trabalho desenvolvido pelo bibliotecário jurídico, que tem sua formação forjada na universidade, mas também no exercício diário de suas funções.

As universidades brasileiras oferecem currículo genérico que permite ao graduado em biblioteconomia desenvolver atividades em qualquer tipo de unidade de informação, seja ela especializada, pública, escolar ou universitária. Na ausência de cursos de especialização em biblioteconomia jurídica, os bibliotecários, que atuam na área, foram adquirindo os conhecimentos e habilidades para atuar com competência neste nicho de mercado por meio de educação continuada, da participação em seminários e da experiência no trabalho diuturno. O bibliotecário jurídico possui conhecimentos básicos de direito, o que lhe permite atuar na recuperação da informação jurídica.

De acordo com a *American Association of Law Libraries*, os bibliotecários jurídicos são:

“Atentos às fontes de informação indiferente ao seu suporte; astutos juizes das vantagens e desvantagens de várias fontes de informação; capazes de organizar a informação para que possa ser localizada e utilizada independentemente do seu suporte; especialistas no uso de fontes jurídicas ou não.”

As funções exercidas pelo bibliotecário jurídico, no exercício de suas tarefas cotidianas, extrapolam as atividades de recuperação da informação como evidenciam Passos & Barros (2009, p. 108-109):

**FUNÇÃO SÓCIO-CULTURAL:** entender e apoiar a cultura e o contexto da Unidade de Informação e da Instituição.

**FUNÇÃO EDUCATIVA:** contribuir com a disseminação do conhecimento jurídico.

**FUNÇÃO TECNOLÓGICA:** capacidade de demonstrar as ferramentas e estratégias de busca ao usuário e ao cidadão.

**FUNÇÃO ÉTICA:** zelar pelo acesso irrestrito à informação jurídica sem imposição de barreiras.

**FUNÇÃO PSICO-PEDAGÓGICA:** lidar com a diversidade de usuários e da comunidade.

**FUNÇÃO PROMOÇÃO DA CIDADANIA:** ao lidar com divulgação da informação jurídica.”

## 3. O apoio da Biblioteconomia Jurídica à Comissão de Juristas

O apoio da biblioteconomia jurídica à Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto de Código de Processo Penal consistiu na organização e manutenção do sítio na Internet, realização de pesquisas bibliográficas e controle das sugestões enviadas pela sociedade brasileira.

### 3.1. Organização e manutenção do sítio na internet da Comissão de Juristas

A Internet tem sido utilizada com variados propósitos: diversão, rede social de contatos, divulgação de trabalhos jornalísticos e científicos, campanhas eleitorais, entre outros tantos. Seja qual for o propósito, a Internet se constitui em um meio barato e ágil para atingir milhares de interessados.

A Comissão de Juristas tinha como tarefa a elaboração de anteprojeto de Código de Processo Penal. Não era uma tarefa inédita, porque o Poder Executivo já havia instituído comissões similares com o mesmo propósito. O ineditismo consistia em ser a primeira comissão instituída pelo Poder Legislativo e em poder contar com um meio de divulgação como a Internet, possibilitando, assim, mostrar à sociedade o trabalho que estava sendo desenvolvido.

Assim, antes mesmo da instalação da Comissão de Juristas, teve início o desenvolvimento do seu sítio na Internet, concebido pela Agência Senado e mantido pela bibliotecária jurídica que assistia à Comissão. Tal sítio tinha dois objetivos principais: divulgar as atividades da Comissão de Juristas e reunir informações que pudessem embasar e facilitar seu trabalho.

Ficou decidido que o sítio seria dividido em oito partes: *Da comissão* – onde seriam encontrados o ato de criação, os atos de designação de seus membros e seus currículos resumidos, o regulamento, discursos proferidos na cerimônia de instalação; *Estudos e Pesquisas* – com a finalidade de divulgar textos preparados especialmente para embasar os trabalhos dos juristas, como a relação de proposições legislativas que foram apresentadas com o intuito de alterar o Código de Processo Penal vigente; *Bibliografia* – seleção e indicação de *hiperlinks* de textos atualizados disponíveis na *Web* que pudessem servir de embasamento ao trabalho dos juristas. Posteriormente, foi incluída, também, a bibliografia preparada pela Secretaria de Biblioteca do Senado Fe-

deral; *Links – hiperlinks* direcionando para informações de interesse da área processual penal; *Notícias – hiperlinks* de notícias veiculadas na imprensa sobre o trabalho da Comissão; *Fotos* – registro fotográfico das reuniões da Comissão; *Notas à Imprensa* – divulgação do resumo da ata de cada reunião da Comissão e a pauta para a próxima; *Contatos* – indicação de todas as formas de contatar a Comissão e oferecer sugestões para o desenvolvimento de seu trabalho.

Ao final dos trabalhos da Comissão, foi acrescentada uma nova parte com o propósito de divulgar o texto integral do anteprojeto.

### 3.2. Pesquisas realizadas

As primeiras pesquisas realizadas tiveram como propósito alimentar o sítio da Comissão. E, durante o funcionamento da Comissão de Juristas, foram realizadas pesquisas solicitadas por seus membros.

#### 3.2.1. Levantamento das proposições legislativas em tramitação

Foi necessário fazer um levantamento das proposições legislativas em tramitação no Senado Federal ou na Câmara dos Deputados. Foram incluídas apenas aquelas que propunham alteração e/ou revogação de dispositivos do Código de Processo Penal (CPP). Em casos excepcionais, foram incluídas proposições que não alteravam diretamente o Código de Processo Penal, mas que tratavam de matérias pertinentes. É o caso, por exemplo, dos projetos de lei que regulamentam o uso de algemas.

A pesquisa foi atualizada quatro vezes, sendo que a última vez ocorreu em novembro de 2008. Com base nesta última versão, é possível descrever que foram localizados 197 projetos de lei em tramitação nas duas Casas. Na verdade, o número real é um pouco menor, pois alguns projetos tramitam em ambas as Casas.

No Senado Federal estavam em tramitação 56 projetos de lei, sendo que o mais anti-

go datava de 1995. Dentre essas proposições, 15 são oriundas da Câmara dos Deputados (12 são de autoria de deputados, duas foram enviadas pelo Poder Executivo e a outra é de autoria da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Exploração Sexual) e 41 são de autoria de senadores ou de comissões do Senado. Desses 41 projetos de lei, dois são de autoria da Comissão Mista de Segurança Pública, um tem como autor a Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bingos e os outros 38 são de autoria de senadores. Dentre eles, destaca-se o Senador Demóstenes Torres, que tem dez projetos de lei em tramitação propondo alterações no CPP.

Na Câmara dos Deputados estavam em tramitação 141 projetos de lei. O mais antigo foi apresentado em 1989. Em relação à autoria, cinco foram apresentados pela Comissão de Legislação Participativa, dois pela Comissão Mista de Segurança Pública, um pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Exploração Sexual, um pela CPI do Sistema Carcerário, seis pelo Poder Executivo, quatorze por senadores e 112 por deputados.

### 3.2.2. Comissões anteriores

Para identificar as experiências do passado e homenagear as comissões anteriores, que também tiveram o propósito de alterar o Código de Processo Penal, foi realizada uma pesquisa sobre os seus trabalhos. Foi, então, preparado o artigo *Código de Processo Penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores*.

Este trabalho localizou seis comissões, no período de vigência do atual Código de Processo Penal, a saber: Comissão Hélio Tornaghi (1963), Comissão Frederico Marques (1970), Comissão Lauria Tucci (1983), Comissão Sálvio de Figueiredo (1992) e Comissão Ada Pellegrini (2000).

As três primeiras apresentaram anteprojeto completo de reforma do Código de Processo Penal. O texto de Hélio Tornaghi não chegou a ser encaminhado ao Poder Legislativo, mas os outros dois sim. Entretanto, foram retirados pelo Poder Executivo antes de completada a sua tramitação.

A Comissão Sálvio de Figueiredo, ao final dos trabalhos, apresentou dezesseis anteprojeto, publicados no Diário Oficial da União, de 25 de novembro de 1994, abordando os seguintes pontos: inquérito policial, procedimento ordinário, procedimentos sumário e sumaríssimo, suspensão condicional do processo, prova ilícita, prova pericial, prova testemunhal, defesa efetiva, citação edital e da suspensão do processo, intimação, prisão e outras medidas restritivas, fiança, prisão temporária, agravo, embargos e júri. Os dezesseis anteprojeto foram condensados em seis projetos de lei que foram apresentados na Câmara dos Deputados. Dos seis, apenas o PL 4.897, de 1995 – que altera normas com relação à citação por edital – foi transformado em norma jurídica (Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996). Os outros foram retirados pelo autor, o Poder Executivo.

A Comissão Ada Pellegrini decidiu propor uma reforma tópica, porque a reforma total “seria inexecutável operacionalmente. A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa do Parlamento, tudo milita contra a idéia de uma reforma global do Código de Processo Penal” (GRINOVER, 2000). Ao final, a Comissão apresentou sete anteprojeto sobre os seguintes temas: 1 – Investigação criminal; 2 – Procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; 3 – Provas; 4 – Interrogatório do acusado e defesa efetiva; 5 – Prisão, medidas cautelares e liberdade; 6 – Júri; 7 – Recursos e ações de impugnação.

Os sete anteprojeto foram encaminhados ao Congresso Nacional, sendo que quatro foram transformados em lei e os outros continuam em tramitação.

### 3.2.3. Links

Com o objetivo de embasar os trabalhos da Comissão e facilitar o acesso à literatura básica, foram selecionados *hiperlinks*

para os textos atualizados do Código de Processo Penal vigente, para os códigos de processo penal de países selecionados e para o Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América.

Para compor a bibliografia, foram selecionados artigos atualizados que tratassem de reforma processual penal. Além disso, foi sugerido à Secretaria de Biblioteca do Senado Federal que preparasse bibliografia sobre o assunto, com as referências bibliográficas de livros, capítulos de livros, artigos de periódicos e jornais.

### 3.2.4. Outras pesquisas

Os pedidos de pesquisas ocorreram durante todo o funcionamento da Comissão de Juristas. Em sua maioria, foram pedidos de pesquisas bibliográficas, legislativas, jurídicas e estatísticas. Também houve pedidos de elaboração de quadros comparativos.

Nas reuniões da Comissão de Juristas, a bibliotecária jurídica que prestava assessoria estava sempre munida de microcomputador com acesso à Internet e podia realizar pesquisas rápidas.

### 3.3. Disseminação da informação de forma pró-ativa

A disseminação seletiva da informação (DSI) consiste em selecionar material de acordo com o perfil, previamente definido, do usuário. O serviço de DSI é estratégico e antecipa-se ao pedido de informação por parte do usuário. Os canais de comunicação utilizados para disseminar a informação mudaram com a chegada das novas tecnologias de comunicação. Se, há alguns anos, os bibliotecários ofereciam cópia de sumários de periódicos, atualmente podem utilizar o correio eletrônico ou a página eletrônica da instituição.

No mundo moderno há excesso de oferta de informações. No caso específico da informação jurídica e legislativa, o universo é amplo. Apenas para se ter uma pálida ideia deste universo, destaca-se que,

recentemente, foi noticiado que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 20 anos de existência, decidiu quase três milhões de processos (STJ..., 2009). Da mesma forma, foi veiculado que o Supremo Tribunal Federal (STF) recebeu o *habeas corpus* de número 100.000. (SUPREMO..., 2009). Sendo assim, não é raro o usuário se perder no meio do caos documental. O bibliotecário jurídico deve exercer o papel de mediador entre as informações e as necessidades específicas de seus usuários. O mediador precisa ter conhecimentos profundos do interesse do usuário, estar atento às todas as fontes de informação, sejam elas digitais, virtuais ou impressas, e selecionar com precisão o material que pode interessá-los.

Neste caso, os usuários eram os juristas e seu interesse principal era a reforma processual penal. De forma pró-ativa, foram enviados, aos juristas, textos bibliográficos ou decisões judiciais recentes que versavam sobre Direito Processual Penal. Sempre que disponíveis, foram enviadas também notícias sobre a tramitação de proposições legislativas que pudessem ser de interesse.

### 4. Controle das sugestões enviadas

A consulta pública aos anteprojetos de lei é um expediente utilizado pelo Poder Executivo para apreciar e alterar suas proposições antes de encaminhá-las ao Congresso. Isso aconteceu, por exemplo, em 2001, com o projeto de lei de inovação, que propunha o incentivo à pesquisa e à inovação e criava mecanismos de gestão aplicáveis às instituições científicas e tecnológicas; e em 2004, com o projeto de lei de responsabilidade sanitária e com o projeto de lei da ANCINAV (Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual). Esse expediente foi utilizado também para receber sugestões para os anteprojetos redigidos por comissões instituídas pelo Poder Executivo, visando alterar o Código de Processo Penal.



No Poder Legislativo, essa estratégia não é utilizada com frequência. Há mais de 20 anos, o Poder Legislativo solicitou sugestões da sociedade brasileira para elaborar a nova Constituição. Foram distribuídos cinco milhões de formulários pelo Correio, em 1986 e 1987, e 72 mil pessoas atenderam ao convite, e enviaram suas sugestões para a Assembleia Nacional Constituinte. Essas sugestões foram compiladas e estão armazenadas no banco de dados SAIC, disponível no sítio do Senado Federal. Representavam os sonhos, os medos e a esperança dos brasileiros daquela época.

Mais uma vez, o Poder Legislativo utilizou esta estratégia. Divulgou de todas as formas possíveis – imprensa falada e escrita, veículos institucionais, Internet – que esse canal de comunicação entre a população brasileira e os membros da Comissão de Juristas estava disponível. As sugestões começaram a chegar no dia anterior à instalação da Comissão e continuaram a ser enviadas mesmo após a conclusão do anteprojeto.

Não havia um formulário padrão para a remessa de sugestões, o cidadão não precisava se qualificar ou identificar. Mas, muitos se qualificaram como juízes, advogados atuantes no Direito Penal ou Processual Penal, delegados, policiais, escrivães, oficiais de justiça, militares.

Até o dia 22 de abril de 2009, quando o anteprojeto foi entregue ao Senador José Sarney, Presidente do Senado Federal, foram recebidas, no total, 543 sugestões, enviadas por 245 pessoas. Em geral, cada cidadão enviava uma ou duas sugestões, mas oito se destacaram por enviarem mais de dez sugestões, sendo que um deles chegou a enviar 31 sugestões.

Dentre as 245 pessoas que participaram do processo, 234 eram pessoas físicas, 10 pessoas jurídicas e uma não pôde ser identificada. Dentre as pessoas físicas, 212 eram homens, 21 mulheres e uma pessoa não pôde ser identificada.

As sugestões podiam ser encaminhadas por correio eletrônico, pela Empresa de

Correios e Telégrafos ou por telefone. O meio eletrônico foi o mais utilizado, pois 535 sugestões chegaram por *email* e apenas oito por carta.

Pelo conteúdo das mensagens e cartas é possível inferir que muitos não têm conhecimento jurídico, pois enviaram sugestões que, na verdade, seriam alterações à Constituição da República de 1988; em alguns casos, referiam-se a modificações de cláusulas pétreas como, por exemplo, sugerindo a pena de morte ou prisão perpétua; outros confundiam o Código de Processo Penal com o Código Penal; e, outros, ainda, queriam modificar o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), a Lei de Juizados Especiais ou a Lei que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Houve sugestões para alterações em leis que nem mesmo resvalam no processo penal, como foi a que se referia à extinção da revogação implícita das normas jurídicas.

Algumas propostas se destacam por serem curiosas. Propõem a suspensão da cidadania daqueles que fugirem; a suspensão dos direitos humanos para aqueles que cometerem crimes contra a vida; que todo advogado que solicitar e todo juiz que conceder *habeas corpus* a criminoso reincidente, devem ser enquadrados como coautores nos próximos crimes desses indivíduos; a pena em regime fechado, acorrentado e sem direito à visita para aqueles que cometerem crimes contra a vida; a concessão de direitos humanos apenas àqueles que respeitassem as leis.

Certos temas se sobressaem pela frequência com que aparecem, conforme pode ser observado no quadro abaixo:

Quadro 1: Tema das sugestões

<i>Tema</i>	<i>Frequência</i>
Inquérito policial	36
Penas	26
Penitenciárias	24
Recursos	24

<i>Tema</i>	<i>Frequência</i>
Prisão cautelar	19
Presos (privilégios, trabalho)	16
Confissão	15
Prisão especial	15
Prazos	14
Provas	12
Citação e intimação	11
Fiança	10
Juiz e Juiz de garantias	10
Perícia	8
Ministério Público	7
Pronúncia	6
Denúncia	5
Crimes cometidos por funcionários públicos	5
Busca e apreensão	4
Escrivão	4
<i>Plea bargain</i>	4
Videoconferência	4

### 5. Quadro Comparativo

Após a conclusão do anteprojeto, foi requisitada a elaboração de quadro comparativo entre o seu texto e o Código de Processo Penal vigente, com o objetivo de subsidiar os trabalhos da Comissão Especial constituída para analisar o PLS 156, de 2009.

### 6. À guisa de conclusão

O apoio da biblioteconomia jurídica à Comissão de Juristas focou-se na organização de sítio na Internet que pudesse reunir informações úteis à reforma de processo penal, pesquisas sobre demandas, disse-

minação de informação de forma pró-ativa e controle das sugestões enviadas pelos cidadãos e entidades.

A biblioteconomia jurídica está preparada para apoiar os operadores de direito no desenvolvimento diário de seu trabalho, pois conta com profissionais capacitados para lidar com fontes de informação jurídica, sejam elas tradicionais ou não, poupando tempo de seus usuários e oferecendo pesquisas mais profundas sob diversos ângulos.

### Referências

AMERICAN ASSOCIATION OF LAW LIBRARIES. Finding your way in the information age: the many roles of law librarians. Chicago: LEXIS-NEXIS, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Anteprojeto de lei de reforma do Código de Processo Penal: entregues ao Ministro da Justiça em 6 de dezembro de 2000. [2000]. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/outubro/2610/LEGISLA%C3%87%C3%83O/L01.htm>>.

MARQUES, Hugo. Cartas da esperança. IstoÉ, n. 1980, p. 44-46, out. 2007.

PASSOS, Edilenice; BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. Fontes de informação para pesquisa em Direito. Brasília : Briquet de Lemos, 2009.

PIERANGELLI, José Henrique. Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru : Jalovi, 1983.

SISTEMA de informação jurídica: um projeto estratégico. In: PRODASEN: Centro de Informática e Processamento de Dados do Senado Federal: 30 anos :1972/2002. Brasília: Senado Federal, 2003.

STJ: o tribunal de 3 milhões de processos. 20 jul. 2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92890](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92890)>. Acesso em: 22 jul. 2009.

SUPREMO recebe Habeas Corpus de número 100.000. 17 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110945&caixaBusca=N>>. Acesso em: 22 jul. 2009.





# O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas

Ela Wiecko Volkmer de Castilho e  
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

## Sumário

Introdução. 1. O Projeto e a regra de competência da Justiça Federal para julgamento de indígena. 2. As lacunas do Projeto. 3. O paradigma da pluriétnicidade. 4. A capacidade civil do indígena. 5. A imputabilidade penal do indígena. 6. Obstáculos à igualdade étnica no processo penal. 7. As normas processuais da proposta do Estatuto dos Povos Indígenas. Conclusão.

## Introdução

Este artigo se ocupa do art. 95, § 1º, inserido no Título VI do Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que regula a matéria de competência. O art. 95, *caput* e o seu § 2º esclarecem o que se deve entender por infrações penais em detrimento dos interesses da União, autarquias, empresas públicas, bem como em detrimento dos serviços federais. O §1º, objeto específico de nossa atenção, dispõe que “inclui-se na competência jurisdicional federal a infração penal que tenha por fundamento a disputa sobre direitos indígenas, ou quando praticada pelo índio”.

Ela Wiecko Volkmer de Castilho é Subprocuradora-Geral da República, Professora da Universidade de Brasília, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa é Procuradora Regional da República, Mestre e Doutora em Direito Processual Penal pela USP.

O Projeto de Lei em exame vem em boa hora. O atual Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, é anterior ao fim da Segunda Guerra e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização

das Nações Unidas em 1948. A lembrança da antiguidade da lei mostra que o modelo de persecução penal nela estabelecido está mais do que ultrapassado.

Embora o Código de Processo Penal tenha sido alterado mais de trinta vezes e a Constituição de 1988 tenha conferido novo enfoque a muitos dos seus dispositivos, concretizando o contraditório no desenrolar procedimental, é importante a edição de novo regramento.

O estatuto processual que regulamenta a forma como o poder de punir é exercido – em todas as etapas de apuração da infração penal e de sua autoria – revela o comprometimento do Estado Democrático de Direito com a prestação jurisdicional. O processo penal, hoje, é regulamentado em diversas leis, nem sempre coerentes e harmônicas. Há lei para situações de crime organizado, para interceptações telefônicas, para crimes hediondos e assemelhados, para infrações penais relacionadas a drogas, todas elas independentes do Código de Processo Penal, mas que precisam estar adequadas às regras gerais previstas no art. 5º da Constituição, que estabelece, com precisão, direitos e garantias individuais, entre eles o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV).

Com a edição de novo estatuto, ter-se-á um único modelo de persecução penal, pensado e estruturado para ser aplicado quando praticadas condutas definidas como crime pela lei penal. A segurança jurídica será maior, na medida em que se conhecerá, previamente, qual a função de cada agente da persecução no processo e quais atos constritivos poderá realizar. O poder de perseguir, que existe em função do poder de punir, deve ser preciso e limitado pela lei. Um Código de Processo Penal coerente e atualizado com as transformações da sociedade é imprescindível ao Estado brasileiro.

O Brasil teve, já, alguns anteprojetos de código de processo penal que, embora tenham sido importantes e ainda proporcionem estudos em processo penal, não se

transformaram em leis. Vale recordar os Anteprojetos Hélio Tornaghi (1963), Frederico Marques (1975), o Projeto de Reforma nº 1655 (1983). Outras Comissões foram constituídas para a reforma no decorrer dos anos, comissões essas que elaboraram anteprojetos de lei específicos e separados para situações e momentos processuais diversos.

No contexto histórico, é extremamente relevante que a última comissão, presidida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, e na qual foi relator o Procurador Regional da República Eugênio Pacelli de Oliveira, tenha concluído modelo único de persecução penal delineado no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.

### *1. O Projeto e a regra de competência da Justiça Federal para julgamento de indígena*

É a primeira vez que um Código de Processo Penal no Brasil faz menção expressa a indígenas<sup>1</sup>. Embora o Projeto não traga qualquer outra disposição que regule de forma diferenciada, por exemplo, a citação do indígena acusado, a intimação e a inquirição do indígena testemunha ou vítima, o estabelecimento de regra de competência é muito importante.

O Projeto de Código de Processo Penal traz, nas regras de competência, dispositivo direcionado às comunidades indígenas:

“Art. 95. Considera-se praticada em detrimento dos interesses da União, autarquias e empresas públicas, além das hipóteses expressamente previstas em lei, a infração penal lesiva a bens ou recursos que, por lei ou por contrato, estejam sob administração,

---

<sup>1</sup> No texto será utilizado preferencialmente o termo indígena, conforme opção expressa pela Comissão Nacional de Política Indigenista que redigiu a proposta do Estatuto dos Povos Indígenas, encaminhado pelo Governo, em agosto de 2009, ao Congresso Nacional para ser apreciado com o PL nº 2057/91.

gestão ou fiscalização destas entidades.

§ 1º Inclui-se na competência jurisdicional federal a infração penal que tenha por fundamento a disputa sobre direitos indígenas, ou quando praticada pelo índio.

§ 2º Considera-se praticada em detrimento dos serviços federais, a infração penal dirigida diretamente contra o regular exercício de atividade administrativa da União, autarquias e empresas públicas federais”.<sup>2</sup>

O dispositivo não permitirá dúvida alguma. Sempre que indígena aparecer como investigado ou acusado em persecução penal, a competência para apuração oficial da verdade, processo e julgamento será da Justiça Federal. A Súmula 140 do Superior Tribunal de Justiça, que afirma caber à “Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”, não terá, portanto, qualquer aplicação. Não será necessário, para fixação da competência federal, verificar ofensa a interesses da coletividade indígena. Vale ressaltar que os precedentes dessa súmula se referem a julgamentos proferidos sob a vigência da Constituição anterior, a qual não possuía regra semelhante ao atual art. 109, XI da CF 88.

O dispositivo está adequado à Constituição, que estabelece, no art. 231: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

A competência para a persecução em infração penal praticada pelo indígena deve

estar com a União porque ela já detém a competência para julgamento das disputas sobre direitos indígenas (art. 109, XI). Todo ato praticado pelo indígena definido em lei como crime merece ser apurado sob regras concentradas em garantir respeito aos direitos indígenas. Isso porque a própria Constituição reconhece aos índios organizações, costumes, línguas e tradições próprias. Não poderá o indígena ser julgado em contexto afastado de suas tradições e de seus costumes. A Justiça Federal, designada pela Constituição para julgar os conflitos indígenas, está preparada, ou deve estar, e estará cada vez mais, para julgar condutas cometidas por membro de comunidade indígena definida em lei como crime.

Observa Manoel Castilho (2003, p. 11) que, quando se trata dos direitos indígenas, “ressalvado o interesse da União, a competência se define tão só pela existência de disputa sobre eles e esta é uma circunstância decisiva”. Afirma que “a jurisprudência tem sido generosa na definição de *causa* e de *crime* para os efeitos da definição da competência de jurisdição, mas não tem sido suficientemente cuidadosa em assentar o conteúdo preciso do conceito de disputa”. Entende que a expressão abrange direitos ou interesses indígenas, que devem ser entendidos na perspectiva do art. 231 da CF, em toda a sua extensão, não se restringindo a conflitos que envolvam pretensões sobre terras.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 419.528/PR, Relator para o acórdão o Min. Cezar Peluso, assentou, por maioria, que os direitos indígenas mencionados nos arts. 109, XI e 231 são aqueles coletivos relativos à organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre terras. O que ainda não tem sido visto com clareza é que não há como dissociar a conduta praticada por indígena ou contra indígenas da dimensão necessariamente coletiva da organização social dos povos e comunidades indígenas.

<sup>2</sup> A proposta da Comissão Nacional de Política Indigenista traz diversas normas de caráter processual penal, entre elas a seguinte, sobre a competência jurisdicional: Aos juízes federais compete julgar a disputa sobre direitos indígenas, assim considerada, na esfera criminal, as ações em que o indígena figure como autor ou réu.

## 2. As lacunas do Projeto

O Projeto de Código de Processo Penal poderia ter avançado mais. Poderia ter incorporado ao estatuto processual penal regras que garantissem, ao indígena acusado, intérprete em interrogatórios e audiências, regras que estabelecessem formas específicas para a prisão cautelar, como estabelece, aliás, atualmente, o Estatuto do Índio (Lei nº 6001/73, arts. 56 e 57)<sup>3</sup>. O Projeto de Lei poderia conter regras que garantissem a obrigatoriedade de produção de estudos antropológicos que examinassem a conduta praticada sob enfoque de costumes e tradições.

A proposta do Estatuto dos Povos Indígenas, encaminhada em agosto de 2009 pelo Ministro da Justiça Tarso Genro à Câmara dos Deputados, fruto de discussão ampla na Comissão Nacional de Política Indigenista, incorpora todas essas disposições à persecução penal. O Projeto de Código de Processo Penal poderia ter aproveitado a oportunidade de reunir, em um mesmo documento, disposições respeitantes a diversas peculiaridades da persecução penal se tivesse incorporado, no texto, dispositivos semelhantes que serão, ao longo deste artigo, explicitados.

A consolidação de regras protetivas das tradições e costumes indígenas no processo penal contribuiria para o respeito aos direitos culturais das etnias e teriam a função de realizar o devido processo legal em sua inteireza e plenitude, garantindo-

<sup>3</sup> É importante transcrever, no contexto, os dispositivos do Estatuto do Índio em vigor: Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. Parágrafo Único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado. Art.57. Será tolerada aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

se ao acusado que sua verdade aparecesse no desenrolar procedimental com oportunidade de ser reconhecida na sentença. As regras teriam dupla função: respeito às culturas indígenas e realização do devido processo legal.

## 3. O paradigma da pluriethnicidade

Johnson (1997, p. 100) explica que etnicidade é “um conceito que se refere a uma cultura e estilo de vida comuns, especialmente da forma refletida na linguagem, maneiras de agir, formas institucionais religiosas e de outros tipos, na cultura material, como roupas e alimento, e produtos culturais como música, literatura e arte.” A etnicidade está associada ao conceito de identidade étnica/identidade cultural. O conjunto de pessoas que têm em comum a etnicidade é frequentemente denominado de grupo étnico.

Visando contextualizar a necessidade de o Código de Processo Penal a ser editado alcançar os objetivos da Constituição da República de 1988 impõe-se, ainda que breve, a exposição sobre o paradigma da pluriethnicidade nela adotado e as consequências dele nos temas da capacidade civil do indígena, bem como de sua imputabilidade penal. Após, serão apontadas várias situações em que a lei processual penal, formada no padrão étnico eurocêntrico, viola o exercício da identidade étnica/cultural dos indígenas ao não prever regramentos específicos para os indígenas nas diversas posições em que podem assumir no processo. Nesse sentido ver-se-á que a lei configura um obstáculo à igualdade reconhecida pela Constituição aos diversos grupos étnicos formadores da identidade nacional. Daí, a necessidade de refletir sobre a edição de normas que propiciem respeito à identidade e à igualdade étnica.

A Constituição de 1988 garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais, sem enunciar quais são (art. 215), falha que é superada pela aplicação dos instrumentos internacionais incorporados à legislação

interna, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na forma do art. 5º, §2º. O seu conceito de cultura abrange as manifestações das “culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art. 215, §1º), como tais consideradas as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e outros espaços; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216). A proteção dos direitos culturais dos povos indígenas é objeto de regulamentação específica (Capítulo VIII).

Por isso se diz que a Constituição de 1988 configurou a República Federativa do Brasil como um Estado nacional pluriétnico e multicultural. Explica Duprat (2007, p. 9) que “a princípio resultado de exercício hermenêutico, tal compreensão, na atualidade, está reforçada por vários documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, merecendo destaque a Convenção 169, da OIT, a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, ambas já integrantes do ordenamento jurídico interno, e, mais recentemente, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas”.

Nesse contexto, entende-se que “a identidade cultural de um grupo não é estática e tem constituição heterogênea. A identidade é fluida e tem um processo de reconstrução e revalorização dinâmico, resultado de contínuas discussões internas ou de contatos e influência de outras culturas” (CHIRIBOGA, 2006, p. 45) O que não se admite é a assimilação forçada de outra cultura.

Essa perspectiva diverge do chamado paradigma assimilacionista ou integracionista, representado normativamente pela Convenção nº 107 da OIT, e corresponde ao paradigma da diversidade cultural e

da pluriétnicidade, que foi incorporado na Constituição Brasileira antes mesmo da Convenção nº 169, da OIT, que, no plano internacional, o estabelece como norma.

Os direitos culturais ainda formam um campo heterogêneo que carece de desenvolvimento teórico e sobretudo prático, no sentido de que os conteúdos que já foram detalhados precisam ser levados às últimas consequências. Assim, o direito de cada grupo humano a produzir cultura e a viver conforme essa cultura, denominado direito à identidade cultural, exige o repensar de todas as intervenções estatais. Isso ficará um pouco mais evidenciado nos itens seguintes.

#### 4. A capacidade civil do indígena

De acordo com o Código Civil de 2000, “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial” (par. ún. do art. 4º). A legislação especial em vigor é a Lei nº 6.001, de 19.12.73, editada no contexto da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1/69. Essa lei faz uma classificação dos índios conforme seu grau de contato com a sociedade nacional, distinguindo-os em isolados, em vias de integração e integrados. Os primeiros e os segundos têm uma restrição em sua capacidade civil, devendo ser assistidos pelo órgão indigenista. Entretanto, essa classificação é incompatível com a Constituição Federal de 1988. Enquanto não for editada uma nova lei, deve-se interpretar no sentido de que os indígenas sujeitam-se às mesmas regras sobre capacidade civil aplicáveis aos demais cidadãos. A tutela exercida pelo órgão indigenista não tem mais o sentido de representação, de direito privado, mas de assistência, no âmbito do direito público.

#### 5. A imputabilidade penal do indígena

Renomados manuais de Direito Penal ainda dão como exemplo de desenvolvimento mental incompleto e retardado os



“silvícolas não-integrados” ou “silvícolas inadaptados”. Por isso, inimputáveis, consoante a norma do art. 26 do CP (PRADO, 2002, p. 350; BITENCOURT, 2008, p. 359).

Esse entendimento fazia sentido na vigência do paradigma assimilacionista que se encontra expresso na Lei nº 6.001, já citada. De acordo com a teoria constitucional, as disposições de uma lei quando incompatíveis com a Constituição promulgada posteriormente perdem sua força cogente. Contudo, na prática administrativa e jurisprudencial, as distinções feitas pela Lei nº 6001 com o fim integracionista continuam a ser aplicadas. Assim, nos processos em que o indígena é autor de infração penal, costuma-se fazer um juízo inicial do grau de interação para declarar se é imputável ou não.

No paradigma da pluriétnicidade o grau maior de integração do indígena à sociedade nacional não o descaracteriza como indígena, tampouco exclui a imputabilidade penal. “Os índios têm o direito de permanecerem como índios, mesmo que saiam de seus territórios ou percam parte de suas características étnicas” (VILLARES, 2009, p. 63). É a consequência do reconhecimento de que não há uma escala de desenvolvimento de grupos étnicos. Eles apenas são diferentes.

A inimputabilidade dos indígenas segue as regras gerais aplicáveis a todas as pessoas maiores de 18 anos. Todavia, é possível excluir a culpabilidade pelo reconhecimento do erro de proibição ou da inexigibilidade de conduta diversa. Villares (2009, p. 301) reporta a doutrina penal latino-americana que desenvolve o conceito de “erro culturalmente condicionado, que se aplica à não compreensão do índio sobre a ilicitude de suas ações em relação ao sistema de punição da sociedade não-índia”. Ressalta que Eugenio Raúl Zaffaroni identifica três formas desse conceito: erro de compreensão, consciência dissidente e justificação putativa.

Na primeira forma há uma dificuldade inata para a compreensão da proibição nor-

mativa. A pessoa pode conhecer a norma, mas razões culturais impedem que ela aja de modo diverso. Na segunda, a pessoa tem conhecimento da proibição e da ausência de permissão legal, mas não se lhe pode exigir sua interiorização. Na justificação putativa um indígena vê o não-índio como inimigo, o que justifica atitudes contrárias ao direito que antecipam a ação inimiga.

## 6. *Obstáculos à igualdade étnica no processo penal*

Em nosso país a lei processual penal é aplicada a integrantes de minorias étnicas sem atenção às diferenças culturais. Análise feita por Castilho (2005) acerca da aplicação da lei processual civil pode ser transposta para a lei processual penal.

Veamos, por exemplo, o Capítulo V do Título IV do Código de Processo Civil (arts. 139-153), que trata dos auxiliares de justiça. O art. 139 prevê como auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.

Quando um integrante de comunidade indígena comparece em juízo para depor como parte ou como testemunha e não se expressa na língua portuguesa, o juiz considera necessário nomear um intérprete. Todavia, para compreender o contexto cultural do depoente ou da demanda, quando posta em favor ou contra indígenas, individual ou coletivamente, é necessário o auxílio de alguém que conheça a organização sociopolítica e cultural do grupo étnico. Em geral, será um(a) antropólogo(a)/a com especialização naquele grupo étnico. A ausência de profissional capaz de estabelecer o diálogo intercultural faz com que o sistema judicial ignore a diversidade cultural e aplique o direito sempre do ponto de vista étnico/cultural dominante.

Esse profissional a quem ora denominamos de “tradutor cultural” não se confunde



com o intérprete, pois este tem a função de tirar dúvidas no entendimento de documento redigido em língua estrangeira ou de verter em português as declarações das partes e das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional (art. 151, I e II). Também não se confunde com o perito, que auxilia o juiz a esclarecer a prova do fato que dependa de conhecimento técnico ou científico (art. 145).

Quando o litígio diz respeito à ocupação no modo tradicional indígena o juiz se vale de antropólogo que, no caso, atuará como perito porque a prova do fato (ocupação indígena) depende de conhecimento antropológico. Quando houver dúvida sobre a imputabilidade do indígena, o juiz deve se valer de exame médico-legal psiquiatra. Mas há outras situações em que a prova do fato não demanda perícia, mas a aplicação justa do direito depende de uma visão intercultural e multicultural.

A necessidade da figura do tradutor cultural advém do fato de que a Constituição assegura às minorias étnicas o exercício de seus direitos sem que, para tanto, sejam obrigadas a assimilar os valores e instrumentos propiciados pela “comunhão nacional”, denominação do todo homogêneo que pretende ver em si inseridas as partes dissidentes, apropriando-lhes os elementos diferenciadores.

Se a eles é outorgado o direito de manter suas formas próprias de existência, o relacionamento com esses grupos, de modo a garantir seu direito à identidade, pressupõe a compreensão e respeito de suas formas de conhecer e relacionar-se com o mundo. Deve-se, assim, revelar o espaço ontológico do “outro”, do diferente, antes destituído de qualquer conteúdo porque subsumido ao universal.

Se os juízes utilizam técnicos sempre que necessário para espantar dúvidas que fogem do seu conhecimento jurídico, o mesmo raciocínio não pode ser ignorado na avaliação da diversidade cultural, garantida pela Constituição Federal.

Qual a repercussão que tem o fato objeto do processo para um grupo étnico ou para seus componentes? Afeta suas crenças, tradições e costumes? Qual o seu significado religioso, cultural e social para um determinado grupo étnico? Ou para o próprio indivíduo? Há algum elemento inerente à sua cultura e à sua dinâmica cultural que possa ter causado ou contribuído para o evento? A diversidade cultural, costumes, tradições, crenças, línguas e organização social restam afetadas nas situações descritas? Esses questionamentos, entre outros, tornam evidentemente necessária a análise da complexidade do ambiente sociocultural para ter clareza em tais respostas.

Para compreender o contexto cultural do grupo ou do indivíduo que o integra, deve ser implementada uma tradução, feita necessariamente pela mediação antropológica, que torna o outro inteligível. A ausência de profissional capaz de estabelecer o diálogo intercultural faz com que o sistema judicial ignore a diversidade e aplique o direito sempre do ponto de vista étnico dominante. Do ponto de vista formal trabalhos já realizados nesse sentido. Na falta de maior debate, têm sido denominados de laudos periciais. Preferimos as expressões parecer ou estudo antropológico.

Os juízes costumam pedir perícia antropológica, laudo antropológico ou exame antropológico com vistas a determinar o grau de aculturação de um indígena, de sua integração na sociedade, de sua socialização ou ainda de sua imputabilidade<sup>4</sup>.

Maria Fernanda Paranhos (2003) comenta que essa abordagem pressupõe a falsa imagem do índio genérico, no qual todos têm a mesma cultura, língua, religião, hábitos e relações jurídicas. De outra parte, restringe-se a verificar em que medida os indígenas, com a sua existência atual, podem ser enquadrados na categoria índio

<sup>4</sup>Já comentamos acerca desse equívoco, decorrente do entendimento de que indígenas que não sabem se expressar na língua portuguesa ou que vivem isolados possuem desenvolvimento mental incompleto.

que, apesar de gerada no período colonial pelos administradores portugueses e espanhóis, com finalidades políticas de diferenciar o aliado do inimigo para dominar e administrar, continua presente no senso comum classificando-os como primitivos, selvagens, silvícolas, integrantes de culturas autênticas, exóticas e rudimentares. A autora salienta que a identidade étnica de um grupo indígena é resultado da autoidentificação e da identificação pela sociedade envolvente. Portanto, a análise antropológica há de se debruçar sobre o processo de construção da identidade em sociedades indígenas em contato com: a sociedade nacional e os contextos em que ela é evocada, como elaboram suas unidades e como constroem suas diferenças. Ainda, conforme Paranhos, o contato sociocultural não pode ser visto apenas pelo ângulo da sociedade dominante, deve ser visto com toda a complexidade de uma realidade sociológica que envolve as instituições sociais, forças e interesses (...) A etnografia, em situações de conflitos socioculturais, focaliza o campo de relações no qual vários segmentos sociais disputam entre si interesses, sejam eles sociais, ambientais ou simbólicos.

Salienta a autora ser fundamental o levantamento dos grupos em contato, assim como a investigação de todo o processo de enfrentamento, oposição, dominação, submissão, resistência que ocorre simultaneamente no plano simbólico e no plano das relações sociais. Os estudos, além da análise da conjuntura política, social e cultural na qual o conflito se insere, devem identificar e analisar a assimetria de poder existente entre os atores para entendermos melhor o tipo de relações que estabelecem entre si. A identificação dos atores inclui não só a percepção dos distintos interesses, mas também as diferentes percepções e racionalidades dentro do conflito. Os objetos em disputa normalmente são reconhecidos por todos os atores. A tarefa então é mostrar, além da dinâmica social, as diversas leituras e compreensões que os atores têm

desses objetos, para que seus valores sejam reconhecidos e os princípios constitucionais do respeito à diferença colocados em prática. É uma dimensão complexa. O fato de ser profano ou sagrado para participantes distintos determina de imediato uma valorização em diferentes planos do objeto. Por exemplo, o conflito em torno do acesso à terra reveste-se de elementos materiais evidentes, mas também de elementos simbólicos de maior significação social. Por outro lado, a luta por igualdade de direitos ou pelo reconhecimento de determinadas identidades gira em torno de elementos simbólicos, mas normalmente implica resultados materiais expressivos.<sup>5</sup>

Diante do que foi exposto, resulta evidente que o tradutor cultural deveria ser chamado em todos os processos que envolvam integrantes de minorias étnicas para auxiliar na compreensão do modo de fazer, viver e criar desses grupos, bem como de sua interação com a sociedade envolvente. Por sua vez, o procedimento processual deveria proporcionar condições para uma posição de igualdade.

As regras do Código de Processo Civil, porém, sobre depoimento pessoal (arts. 342 a 347), confissão (arts. 348 a 354) e prova testemunhal (arts. 407-419) ignoram particularidades nas relações interétnicas e, especialmente, numa relação de poder. De igual modo, as regras do Código de Processo Penal vigente e do Projeto em exame.

É oportuno reportar aos estudos realizados na Austrália a respeito dos problemas que os povos aborígenes enfrentam no sistema legal daquele país. A discriminação é manifesta (atitudes anti-aborígenes dos policiais ou dos juizes de paz) ou sutil (por ex., se um aborígene descansar próximo a

<sup>5</sup> Registra Duprat (2007, p. 18) que a mulher yanomami, quando sente que é chegada a hora do parto, vão sozinha para local ermo na floresta, fica de cócoras, e a criança cai ao chão. Nessa hora, ela decide se a pega ao colo ou se a deixa ali. Se a coloca nos braços, dá-se, nesse momento, o nascimento. Se a abandona, não houve, na concepção do grupo, infanticídio, pela singela razão de que a vida não se iniciou.

um bar, deduz-se que ele esteja bêbado, que já tenha assimilado costumes brancos e tenha sido processado). Há uma outra discriminação que é construída no sistema legal, nos casos em que o comportamento social e habitual do aborígene está em conflito com aspectos do modo de vida europeu, codificado nas leis. Exemplificando, em seu comportamento normal, os aborígenes recorrem a um conjunto específico de práticas e estratégias para estabelecer uma interação ocasional com os europeus de forma segura e bem sucedida; no entanto, alguns aspectos desta prática são inadequados para uma boa defesa. Liberman (1981) relata que os aborígenes descobriram que o método mais fácil de lidar com os povos brancos é concordar com tudo que eles desejam em depois, continuarem a fazer as coisas a seu modo. Nos tribunais, ao formular perguntas, em regra, o homem branco receberá respostas, calculadas para evitar problemas ou para satisfazer o desejo de quem interroga.

As conclusões de sociólogos e antropólogos australianos sobre os problemas de comunicação interétnica na administração da justiça, configurando discriminação, extrapolam a situação específica, vez que há muitas semelhanças nas estratégias de sobrevivência de todas as populações tradicionais do mundo.

Vale invocar, ainda que não tenha efeito vinculante, a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas, aprovada em 13 de setembro de 2007 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Seu art. 13, item 2, determina que os Estados adotem medidas eficazes para assegurar que os Povos Indígenas possam entender e fazer-se entender nas atuações políticas, jurídicas e administrativas, proporcionando-lhes, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados (FRANCO, 2008, p. 47).

Portanto, é conveniente a inclusão de uma regra no CPC aplicável subsidiariamente ao CPP, ou no próprio CPP, que obrigue o juiz a requisitar o auxílio de tradutor

cultural para colher o depoimento pessoal e testemunhal e a avaliar a suposta confissão, a fim de salvaguardar no processo civil e penal o direito cultural de identidade étnica. Esse auxiliar do juízo não se confunde com o intérprete, obrigatório para o caso de o acusado ou depoente não se expressar no idioma português, nem com o perito chamado para verificar a materialidade da infração ou a imputabilidade do agente.

A carência de tradução cultural, que se constata nos processos penais contra indígenas, tem suscitado requerimentos de perícia antropológica, que, à míngua de previsão legal e ao argumento da desnecessidade no caso concreto, sistematicamente vêm sendo indeferidos. Para Villares (2009, p. 302), o laudo antropológico-cultural deveria ser obrigatório porque só ele poderá demonstrar no caso concreto a inserção de um valor cultural numa pessoa criada em uma sociedade diversa. Avalia que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que entende desnecessária a perícia antropológica, chega a dotar uma presunção de responsabilidade ao índio que fala o idioma nacional ou possui diploma escolar (idem, p. 303)<sup>6</sup>. Assevera que o índio pode mostrar-se externamente apto a todos os atos da vida, mas, internamente, sem o entendimento perfeito do caráter ilícito da conduta, ou mesmo, entendendo a ilicitude, não podendo agir diferente por sua cultura assim o exigir (ibidem, p. 309).

Portanto, seria bem-vinda uma disposição no Projeto de Lei 156 estabelecendo a obrigatoriedade de parecer/estudo antropológico nos inquéritos policiais, termos circunstanciados e ações penais em que o acusado se autodeclarar indígena.

<sup>6</sup> Exceção à regra é o julgamento pelo STF do RHC 84308/MA, relator o Min. Sepúlveda Pertence, que afirmou: A falta de determinação da perícia, quando exigível à vista das circunstâncias do caso concreto, constitui nulidade da instrução criminal, não coberta pela preclusão, se a ausência de requerimento para sua realização somente pode ser atribuída ao Ministério Público, a quem cabia o ônus de demonstrar a legitimidade ad causam dos pacientes.

## 7. As normas processuais da proposta do Estatuto dos Povos Indígenas

Volta à tramitação o Projeto de Lei nº 2057/91, agora com proposta encaminhada pelo governo para o Estatuto dos Povos Indígenas que pode, se transformado em lei, substituir o Estatuto do Índio. Esta proposta contém disposições processuais adequadas à proteção do indígena em processo penal. É que o processo penal, para que a igualdade entre indígenas e não indígenas seja respeitada, deve acontecer sob garantias específicas de preservação da identidade cultural do acusado. Transcrevemos dispositivos do proposto Estatuto dos Povos Indígenas que podem ser incorporados, também, com as adaptações necessárias, ao Código de Processo Penal:

“Art. 227. Serão respeitadas as resoluções de conflitos das comunidades indígenas realizadas entre seus membros e de acordo com seus usos, costumes e tradições, inclusive se resultarem em sanções ou absolvições.

Art. 228. Aos juízes federais compete julgar a disputa sobre direitos indígenas, assim considerada, na esfera criminal, as ações em que o indígena figure como autor ou réu.

Art. Durante o procedimento criminal instaurado para apurar condutas praticadas pelo indígena, o juiz deverá considerar suas peculiaridades culturais e o respeito a seus usos e costumes.

§1º As peculiaridades culturais do réu e a observância de seus usos e costumes deverão ser aferidas mediante a realização de perícia antropológica.

§2º É direito do indígena ter a presença de representante do órgão indigenista federal, quando preso em flagrante, para a lavratura do auto respectivo, e nos demais casos, a sua comunicação expressa.

§3º Recebida a denúncia, o juiz deverá determinar a realização da perícia antropológica.

Art. 229. Durante a realização de audiência, é direito do indígena ser assistido por intérprete quando não falar ou compreender plenamente a língua nacional oficial.

Parágrafo único. O intérprete poderá ser indicado pelas partes ou nomeado pela autoridade judicial.

Art. 230. A ação penal, nos crimes praticados por indígenas contra indígenas, será pública condicionada a representação do ofendido.

Art. 231. O juiz poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando o agente foi indígena.

Art. 232. O juiz, ao fixar a pena por infração cometida por indígena, além de observar o disposto no art. 68 do Decreto-lei 2848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, deverá considerar a sanção aplicável pela comunidade indígena, podendo, inclusive, deixar de aplicar pena quando considerar que aquela foi suficiente para a reprovação do delito.

Art. 233. Condenado o indígena por infração penal o juiz considerará, na aplicação da pena, as peculiaridades culturais do réu e as circunstâncias do cometimento do crime.

§1º As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas sempre que possível, em regime aberto, na terra indígena ou no local de funcionamento da unidade administrativa do órgão indigenista federal mais próxima do domicílio do condenado.

§2º Se o juiz fixar o regime inicial fechado, o indígena deverá cumprir a pena em estabelecimento distinto dos não-indígenas, em respeito aos seus usos e costumes.

§3º O juiz deverá adequar a pena restritiva de direito aplicada ao indígena à sua realidade e à cultura de sua comunidade indígena.

Art. 234. É isento de pena o indígena que pratica o fato em função dos valores culturais de seu povo.

Art. 235. A Procuradoria Geral Federal prestará a assistência jurídica criminal ao indígena ou comunidades.

Art. 236. A Procuradoria Geral Federal criará câmara de coordenação e especialização da matéria indígena, de modo a formar e manter em seus quadros Procuradores Federais especialistas no assunto.

Parágrafo Único: A câmara de coordenação de que trata o *caput* poderá convidar advogados indígenas ou especialistas para acompanhar os seus trabalhos.

Art. 237. Aplicam-se os prazos em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, nas ações cíveis, e em dobro, para todos os atos, nas ações penais, quando envolverem interesses indígenas, individual ou coletivo, sejam os indígenas defendidos por advogado público ou constituído.

Parágrafo Único. Será pessoal a intimação nas ações a que se refere o *caput*."

Os dispositivos transcritos nada mais fazem que garantir que o devido processo penal seja concretizado nos aspectos substancial e formal. Explica Martins da Costa (2001, p. 60-61): "O ordenamento jurídico brasileiro exige que também o legislador observe a igualdade na formulação do Direito. A igualdade na formulação é atendida quando as discriminações eleitas pela lei são razoáveis e estabelecem meios e fins correspondentes e harmonizados com o sentido de justiça". Por sua vez, Tucci e Cruz e Tucci (1996, p. 19) esclarecem que o devido processo penal traduz-se nas garantias de (i) acesso à justiça penal; (ii) juiz natural; (iii) plenitude de defesa; (iv) publicidade dos atos processuais; (v) motivação dos atos decisórios; (vi) fixação de prazo razoável de duração do processo.

### Conclusão

O indígena, pertencendo a cultura diversa, embora julgado como todos os cidadãos,

já que é ele, também, cidadão, deve ter a oportunidade de que a sua verdade apareça no processo em contexto adequado à sua cultura. Sua defesa, para que seja concreta, e para que produza os mesmos efeitos que a defesa de acusados não indígenas, deve estar garantida por regras específicas, entre as quais a presença de intérprete, quando necessário, em todos os atos processuais, a presença de representante do órgão indigenista federal no momento em que lavrado auto de prisão em flagrante, o prazo em dobro para manifestação, e o parecer/estudo antropológico que contextualize a conduta no contato interétnico. Só assim o devido processo legal poderá acontecer. Em um primeiro momento, a lei deve prever situações específicas que garantam ao acusado indígena na persecução igualdade relacionada aos demais cidadãos acusados. Em segundo momento, as garantias previstas na lei serão concretizadas no processo, dando lugar ao devido processo legal em seu aspecto formal. Só assim a exigência constitucional do devido processo legal será cumprida, realizando-se a igualdade de todos no processo penal.

### Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Processo civil e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas (coord.) *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006.

CASTILHO, Manoel Lauro V. de. A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas. Revista da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: AJUFERGS, n. 1, p. 11-31, 2003.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. In: revista internacional de direitos humanos, ano 3, n. 5, 2006, p. 43-70, [ed. em português].

DUPRAT, Deborah. O direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.) *Pareceres jurídicos: direito dos povos e comunidades tradicionais*. Manaus: UEA.

FRANCO, Fernanda (Org.). Um olhar indígena sobre a Declaração das Nações Unidas. Brasília: APOINME: COIAB: CIR: Warã, 2008.

JOHNSON, Allan G. Dicionário de sociologia: guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LIBERMAN, Kenneth. Compreendendo os aborígenes nos tribunais de justiça da Austrália. Tradução de Kênia Itacaramby. *Human organization*, v. 40, n. 3. p. 247-255, 1981. *Society for Applied Anthropology*.

MARTINS DA COSTA, Paula Bajer Fernandes. Igualdade no direito processual penal brasileiro. São Paulo: RT, 2001.

PARANHOS, Maria Fernanda. A interação dos diferentes grupos sociais e a manutenção da diversidade

étnica. Nota Técnica n. 166 P. Brasília: Ministério Público Federal 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2003.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. Vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120. v. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito e povos indígenas. Curitiba: Juruá, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério. Devido processo penal e alguns de seus mais importantes corolários. Devido processo legal e tutela constitucional, RT: 1996.

<http://w.w.w.funai.gov.br>

<http://w.w.w.stf.jus.br>



# O processo penal como dialética da incerteza

Eugênio Pacelli de Oliveira

## Sumário

I. Configurações gerais do processo penal: introdução ao problema. I-a) o conceito de parte e o processo; I-b) capacidade postulatória e a fase de investigação; II. a potencialização da ampla defesa e a não-culpabilidade: a opção garantista.

Justificada por uma pluralidade de outras razões – já veremos algumas delas –, esta Edição se apresenta como um desdobramento, igualmente histórico, da louvável iniciativa do Senado da República, no sentido de instituir uma Comissão de Juristas para a elaboração de um anteprojeto de “Novo” Código de Processo Penal brasileiro. Abstraídas quaisquer considerações acerca de possíveis desacertos e ou insuficiências na sua constituição (da Comissão), a feitura de uma nova codificação da legislação processual penal no Brasil há que ser reverenciada. Quando nada, para que se realize um esforço de atualização e de compilação da multifacetária legislação nacional. Perdido no tempo e no espaço de suas regulações, nosso processo penal, do ponto de vista da unidade e da sistematização de normas de permanente aplicação, agoniza. Conflitos de competência no âmbito da Justiça denominada comum – Justiça Federal e Justiça Estadual – amontoam-se no Superior Tribunal de Justiça; o excesso de tipificação penal, irracional até mesmo nas escolhas de proteção, faz amontoar investigações e inquéritos nas polícias e no

Eugênio Pacelli de Oliveira é Mestre e Doutor em Direito pela UFMG – Procurador Regional da República no Distrito Federal e Relator-Geral da Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal para a elaboração de Anteprojeto de Novo CPP.

Ministério Público; e porque impossível o escoamento de tanta demanda, amontoam-se processos na Justiça Criminal.

Certamente, não se assenta aqui a ingenuidade de se supor a possibilidade de solução de problemas estruturais unicamente por intermédio da legislação processual penal. Leis que cuidam de procedimentos e de processo não ampliam o quadro da magistratura, do Ministério Público, da Polícia, e, mais que isso, não solucionam os inúmeros e crescentes problemas sociais que invariavelmente deságuam na criminalidade. Sabe-se de tudo isso. Nada obstante, há muito que se fazer, sobretudo em relação aos problemas mais visíveis, a interferir na qualidade e na efetividade da persecução penal.

O texto que se segue não pretende ser uma “interpretação justificadora” das opções eventualmente feitas pela Comissão, de que resultou o atual PLS 156, ora em tramitação do Senado. Nosso propósito é declinar um projeto de compreensão (para a aplicação) de um modelo processual que guarde as características fundamentais traçadas pelo constituinte de 1988. Não se trata de mera especulação teórica; obramos sobre o sistema positivo nacional, submetendo o atual CPP às determinações constitucionais, ainda que com objeções *de lege ferenda*, cuidando também de apontar em que ponto ou em que pontos o PLS 156 se alinharia com as nossas pretensões hermenêuticas ou de postulação de sentido para as normas.

De se ver, contudo, que a leitura que vai adiante é, por enquanto, um ensaio. Ou, talvez, um esboço de ensaio, a ser melhor e mais profundamente desenvolvido em cada um de seus tópicos e de suas tematizações. De qualquer modo, a ocasião não poderia ser mais propícia.

### *I. Configurações gerais do processo penal: introdução ao problema*

1. Ainda sem adentrar o movediço campo da possibilidade de adequação das

categorias essenciais do processo penal a uma teoria geral do processo, da qual se esperaria uma certa universalização dos saberes acerca do processo judicial, independentemente da natureza do respectivo objeto – conflitos trabalhistas, cíveis, tributários, penais etc –, parece irrenunciável o esclarecimento de alguns conceitos fundamentais.

Nesse passo, a estrutura dialética do processo, em perspectiva mais aristotélica (dialética), via da qual a contraditoriedade das relações humanas é inerente ao “ser das coisas”, estará presente em qualquer questão submetida ao Judiciário. Aliás, também o Direito, no pós-positivismo, se caracteriza pela dialeticidade. A partir, então, de um *pedido*, que aparece por meio da *ação* de alguém, inicia-se o conhecimento acerca do objeto *daquela* pretensão (o autor que pretende submeter o interesse do réu ao seu). Aquele *em face de quem se pede* deverá, então, ser ouvido, em *contraditório*. E por uma série de motivos, que vão desde a *incerteza* quanto a pertinência, veracidade e existência concreta do conjunto de elementos fáticos e jurídicos que sustentariam a pretensão levada pelo autor ao Judiciário, até a definição e delimitação dos direitos subjetivos que eventualmente estejam em oposição – contradição de pretensões –, passando pela necessidade de observância do princípio da *igualdade*, pressuposto de legitimidade da arbitragem do conflito, na medida em que a *imparcialidade* (do árbitro ou daquele que *decide*) dependerá, objetivamente<sup>1</sup>, da *paridade simétrica* da posição processual dos envolvidos.

De modo que não se pode falar em processo judicial algum sem a observância do *contraditório* e da *igualdade* (paridade) de posições entre aquele que pede e aquele em face de quem se pede. Daí, também, o conceito de *parte*, facilmente obtido da equação *pretensão (de algo) x negação ou recusa* a ela,

<sup>1</sup>Por objetividade entenda-se aqui a equidistância concreta do juiz ou árbitro em relação ao conteúdo, fático e jurídico, que lhe submetido à apreciação.

explicitando posições parciais quanto à atividade desenvolvida no processo. Desnecessário dizer que a ausência de resistência ao pedido por parte do réu não desqualifica a *contradição* de direitos ou de interesses que justificaram a propositura da ação. Não houvesse ela, seria o autor *carecedor da ação*, segundo ideia geral do processo.

Parece, então, fora de maiores indagações, o significado e a utilidade dos conceitos de *parte*, de *contraditório*, de *igualdade processual*, de *pretensão*, *pedido* etc.

2. No processo penal, contudo, há, à saída, uma questão a ser resolvida, para fins de adaptação e adequação – ou não – às categorias da teoria geral do processo. Praticada uma infração de natureza penal, o autor da respectiva ação (penal) veicularia que tipo de pretensão? Seria possível afirmar-se a presença de algum *direito subjetivo* em disputa, e cuja titularidade, para fins de exercício, seria ao final afirmada em Juízo?

Nos passos de Tornaghi (1987, p. 247 e ss.), consolida-se a distinção entre interesse *material* e interesse *processual*. O primeiro diria respeito ao conteúdo da decisão, enquanto o segundo se referiria à *necessidade* da via judicial. *Utilidade* e *adequação* também são elementos que frequentemente são manejados para a caracterização do interesse processual. (GRINOVER, 202, p. 93)

O que nos interessa aqui é o interesse *material*, bem como a delimitação do conceito de *pretensão*.

No ponto, merece registro a *mea culpa* feita por Carnelutti (1971), em manifestação em que reconheceu o equívoco de seu entendimento anterior, via do qual afirmava ser possível adaptar-se o conceito de *pretensão*, como exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio, ao âmbito do processo penal. Ouçamo-lo: "...o Ministério Público, que está investido no magistério punitivo, não tem motivo e nem possibilidade de exigir o seu exercício (de sujeição de alguém à pena)... e menos ainda do imputado; em segundo

lugar porque, admitindo-se mesmo que o castigo do culpado satisfaz um interesse da sociedade, personificada no Estado, tal satisfação não está a cargo do imputado, o qual até pelo contrário, enquanto culpado tem um interesse, solidário com o Estado, em ser castigado".

Não nos arriscamos a acompanhar o entendimento do ilustre jurista peninsular, segundo o qual o imputado teria um interesse solidário com o Estado, em receber o castigo<sup>2</sup>. É bem de ver que aludida percepção da pena não é novidade. Por isso, refutamos também, e no ponto, a leitura que faz Salgado (1996) da filosofia de Hegel, no sentido de que o réu teria um *direito à pena*.<sup>3</sup> O que se impõe coercitivamente a alguém, independentemente de sua vontade – aliás, *contrariamente* a ela, de modo geral – não pode ser classificado como *direito*. Em Hegel, o direito que surge com a aplicação da pena é o de o apenado ser reinserido na sociedade; se ele não pudesse voltar a ela (sociedade) não se trataria de pena pública, mas de ruptura com o autor da infração, tendo como consequência a perda do *status* de sujeito e/ou pessoa de direitos. Jakobs (2009) também já chegou a esta conclusão em seu problemático *Direito Penal do Inimigo*, com a distinção de que, embora se dê, ali, ao inimigo, o tratamento de *não-pessoa* (de direitos, é claro!) – mas ainda sim, indivíduo – não se chega a renunciar à pena pública.

A nosso aviso, o processo penal não se compadece com o conceito de pretensão elaborado pela teoria geral do processo. A iniciar-se pela concepção do interesse material. Obviamente, estamos a nos referir ao processo penal condenatório.

Se o processo *não-penal* guarda maior afinidade com a ideia de conflito de interesses, geralmente inseridos no contexto de uma *disputa* entre direitos subjetivos,

<sup>2</sup> No mesmo sentido, Tucci (2002, p. 36) faz a mesma objeção à conclusão final de Carnelutti.

<sup>3</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça em Hegel. São Paulo: Loyola, 1996.

nada disso ocorre no processo de natureza penal. Aliás, somente quando o processo civil trata do chamado *interesse público* (incapacidade, estado de pessoa etc), no qual se adota uma perspectiva procedimental *para além da iniciativa das partes*, é que ele poderá se aproximar do processo penal. E, ainda assim, muito timidamente.

Com efeito, não nos parece adequado e nem possível enxergar na imposição de uma pena pública o reconhecimento e a afirmação de *um direito subjetivo*, a ser satisfeito à custa do dever alheio. O acusado não mantém, em relação a quem quer que seja, o dever jurídico de se submeter à pena. A pena é-lhe imposta coercitivamente, tendo por fundamento, não uma relação de direito – individual, coletiva ou difusa –, mas a responsabilidade pessoal pela prática de um fato definido como crime. Direito subjetivo e dever jurídico, tal como o conhecemos na concepção clássica, não podem ter por objeto a inflicção de um mal, ainda que sua utilização esteja legitimada no ordenamento.

Em relação à vítima, por exemplo, pode-se vislumbrar uma responsabilidade de natureza civil, no campo da teoria das obrigações. Na esteira de Carnelutti 91971, p. 37),

“... No se puede demostrar de outra manera, si se quiere razonar com rigor, la inidoneidad del ofendido para desplegar actividad de parte em cuanto al castigo y aí a los fines penales. Em verdad, la posición del ofendido es la de quien pide uma atribución a sí, y precisamente uma atribución de HABER... Tal posición es antitética a la que se refiere al castigo, la cual se resuelve em una atribución no al ofendido, sino al ofensor, y em tema de SER, no em tema de TENER.”

Tudo isso parece claro quando se discute a questão do ponto de vista do Direito Penal, quaisquer que sejam as justificativas reclamadas para a pena pública. Mas parece-nos também necessário que tais con-

siderações componham o ambiente teórico do processo penal, sem o que o manejo e o recurso aos conceitos da teoria geral do processo, sistematicamente utilizados na legislação, na jurisprudência e na doutrina, não se sustentarão.

#### *1 - a) o conceito de parte e o processo*

3. Quando se fala, então, em *parte*, é preciso saber se estamos a falar unicamente daquele que pede algo em Juízo – e do outro, em face de quem se pede – ou se também incluiremos no conceito a vinculação prévia ao objeto do processo (*interesse material*). Em processo civil sequer há esta necessidade, na medida em que a atuação das partes é sempre *parcial*, no sentido de se buscar a satisfação de um interesse (bem de vida) à custa do réu. As modificações de posição no curso do processo, relativamente ao seu conteúdo, terão consequências imediatas, determinando a sua extinção (do processo, com resolução do mérito – art. 269, II, III e V, CPC, por força de manifestação de vontade dos interessados).

Na ação penal *privada* até ocorre algo semelhante, exigindo a legislação que o autor-vítima se vincule necessariamente ao objeto do processo, sob pena de preempção (art. 60, I, II e III, CPP). Não nos deteremos sobre a ação penal privada. Para nós, aliás, este é um modelo injustificável, no âmbito de um processo condenatório, orientado pelo princípio da intervenção mínima. Não vemos razão alguma para a sua manutenção no processo penal brasileiro. Nesse passo, recentemente, a Lei 12.015, de 7 agosto de 2009, reduziu drasticamente, e ainda mais, o espectro da referida ação penal (privada), tornando pública, condicionada à representação, a persecução para os crimes contra a liberdade sexual (art. 213 e seguintes, CP), ressalvadas as hipóteses de ação incondicionada. O PLS 156 foi além e fez evaporar a aludida ação penal, substituindo-a pela ação pública, condicionada à representação, modelo mais adequado à satisfação do interesse público. Ao mesmo tempo,

preservou a intervenção da vítima, a seu juízo de conveniência e oportunidade, seja para o ingresso no processo para fins civis, seja para a proteção quanto ao sigilo do fato. Já veremos como isso se deu.

Não é o que ocorre, como se sabe, com a ação penal pública. Nosso processo penal em vigor optou pela regra da *obligatoriedade* da ação, titularizada em mãos do Ministério Público. Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, bem como formulado juízo positivo quanto à presença de crime, *deve* o *parquet* propor a ação, não podendo dela desistir (art. 42, CPP).

O PLS 156 mantém esta tradição, alterando, contudo, a legitimidade para o controle de arquivamento das investigações (PLS 156 – art. 38). Teria sido a melhor escolha?

4. O problema não é de pouca monta.

A escolha por um modelo de ação penal *discricionária*, tal como adotado nos Estados Unidos, por exemplo, exige uma configuração de Estado com algumas peculiaridades. Ora, qualquer exercício do poder público deve se submeter a algum tipo de controle, seja ela a atividade parlamentar, executiva ou aquela responsável pelo incremento de políticas de interesse público, como se dá com a persecução penal. É dizer, se o Ministério Público, responsável por ela (persecução), pudesse agir discricionariamente, isto é, com liberdade de escolha sobre *prioridades*, e, enfim, sobre a própria política de proteção penal (afinal, se se pode *escolher* o processo, escolhe-se, em consequência, a razão de melhor tutela – bem jurídico!), não deveria ele se submeter a alguma instância de controle, pública ou privada? De ver-se que nos EUA o controle da atuação do Ministério Público, incluindo o *plea bargaining* (transação e acordos sobre o crime e sobre a pena), é realizado, *a posteriori* (é claro!), pelo eleitorado, na escolha do Procurador-Geral, que, a seu turno, determina, hierarquicamente, a atuação dos demais.

Não é evidentemente o que dispõe a nossa Constituição da República.

O Ministério Público brasileiro não é eleito. E mais. Sequer o Procurador-Geral da República, no âmbito do MP Federal, e os Procuradores-Gerais dos Estados, indicado (o primeiro) e escolhido (o segundo) pela Chefia do Executivo – esse, sim, eleito – detém qualquer poder hierárquico sobre os demais membros. O princípio constitucional da independência funcional assegura liberdade de ação aos órgãos do *parquet* (art. 127), ressalvadas as hipóteses de revisão de que é exemplo o disposto no art. 28 do CPP. Exemplo, aliás, que indica uma das únicas formas de controle da atuação do Ministério Público no processo penal, na fase de postulação. Controle *devido*, mas inteiramente *inadequado*. O juiz não deveria se manifestar sobre juízo negativo do Ministério Público, até porque na referida manifestação – de discordância com o arquivamento requerido pelo MP – há manifesta apreciação prévia e indevida do material probatório, como que antecipando avaliações de mérito, sem a instauração do contraditório.

O PLS 156, no ponto, modifica inteiramente o cenário. O arquivamento submete-se ainda a controle, mas não mais em mãos do juiz, e sim da vítima (art. 38-PLS 156). Na verdade, o controle até pode ser qualificado como *hierárquico*, na medida em que a decisão final acerca da postulação fica no âmbito do próprio *parquet*, como, aliás, ocorre no atual art. 28, CPP. No entanto, a *provocação* do juízo revisional sai agora (PLS 156) das mãos do magistrado para o juízo de conveniência (e pacificação) da vítima, que já detém legitimação ativa para a ação penal subsidiária, no caso de inércia do MP (art. 5, LIX).

São duas, portanto, as formas de controle da atuação do *parquet* no processo penal: a) o do *arquivamento* (art. 28, CPP), e b) da observância dos prazos para manifestação, após o encerramento do inquérito, permitindo-se à vítima o exercício da ação penal subsidiária (art. 29, CPP, e art. 5, LIX, CF).

Sendo assim, perfeitamente compreensível a opção pela adoção do princípio da



*obrigatoriedade* da ação penal, devendo o MP se orientar pela regra da *objetividade* ou *legalidade*. Não só por estas razões (de controle), mas, sobretudo, em razão da configuração constitucional do nosso *parquet*, vocacionado institucionalmente para a atuação *custos legis*, isto é, para a atuação dirigida à reta aplicação da lei penal, cabendo a ele zelar pela ordem jurídica e não pelos interesses acusatórios ou *de parte acusadora*. Por isso, justificado o art. 395 do CPP, reproduzido no PLS 156 (art.409) a ditar a possibilidade de o juiz proferir sentença condenatória, ainda que tenha o MP se manifestado pela absolvição. Naturalmente, não se incorporou a parte relativa à possibilidade de o juiz reconhecer agravantes ou causas de aumento não alegadas na acusação.

Assentada, então, a posição *custos legis* do Ministério Público, o processo penal brasileiro passa a não depender de uma concreta configuração do modelo acusatório para permitir o julgamento da causa, independentemente da manifestação ministerial pela absolvição. É que, obrigado à ação, a modificação posterior quanto ao conteúdo do processo (condenação ou absolvição, ao final) não se submete mais a nenhum controle, por parte de quem quer que seja. Assim, se o objeto do processo, em uma ação penal obrigatória, *não é disponível*, parece-nos incompatível admitir-se a extinção dele (extinção também da punibilidade???) por força da manifestação ministerial pela absolvição. Aquele que, inicialmente, seria *obrigado*, poderia *desobrigar-se* em alegações finais. Essa a questão: se não se adota o princípio *dispositivo* e sim o da *obrigatoriedade*, não se pode afastar a apreciação da causa pelo juiz.

No ponto, veja-se lição de Jorge Figueiredo Dias (2004, p. 195): "...Da mesma forma que, acabamos de ver, não vale em processo penal o princípio da discussão (processo como duelo de partes), em qualquer de suas manifestações mais importantes, também ali não há lugar para o princípio *dispositivo*. Isto é, como já se sugeriu, consequência da fundamental *indisponibilidade do objecto* pro-

cessual penal e conduz à impossibilidade de *desistência* da acusação pública, de acordos eficazes entre a acusação e a defesa e de limitações postas ao tribunal *na apreciação jurídica* do caso submetido a julgamento. (...) Pode o MP ter pedido a absolvição do arguido eo tribunal condená-lo - como pode a defesa, considerando provado o crime, pedir apenas a condenação em uma pena leve e o tribunal absover o arguido".

#### *I-b) capacidade postulatória e a fase de investigação*

5. Embora seja de toda conveniência a coordenação da atividade investigativa pelo órgão responsável pela acusação, até mesmo com atribuição para determinar todos os caminhos a serem ali percorridos, o fato é que a Constituição da República não foi sensível a esta recomendação, adotada, de resto, em inúmeros ordenamento.

A polícia "judiciária" - a expressão é equívoca e de todo incorreta - recebeu suas atribuições investigativas no próprio texto constitucional (art. 144, CF), o que, à falta de uma explicitação do significado da norma relativa ao *controle externo da atividade policial* reservado ao Ministério Público (art. 129, VII, CF) e de uma efetiva tomada de posição, autoriza a compreensão no sentido de que a autoridade policial teria uma certa autonomia investigativa, no sentido apenas de poder adotar as diligências que lhe pareçam pertinentes à elucidação do caso, não lhe sendo permitido, porém, desatender às requisições ministeriais.

Nesse passo, tem a polícia atribuição para representar ao juízo criminal, para fins de obtenção de ordem judicial para as prisões cautelares, para as interceptações de comunicações, para a busca e apreensão domiciliar e, enfim, para o tangenciamento das inviolabilidades pessoais. E, isso, independentemente da concordância ou não do Ministério Público. Essa, ainda que não implique sequer uma *razoável* escolha, parece ter sido uma opção constitucional, quaisquer que tenham sido as respectivas



justificações (tradição do processo penal de 1941, interesses corporativistas etc.).

De modo que, a despeito de não se poder afirmar que a polícia investigativa tenha qualquer capacidade postulatória afinal ela não *postula*, mas *representa* a fase de investigação no processo penal não tem as mesmas cores e conotações do *processo cautelar*, que exigiria a *legitimidade de parte* para a postulação de providências acautelatórias junto à jurisdição.

Com efeito, quando se representa (a polícia) pretensão de *prisão cautelar*, não se instaura ali um típico *processo cautelar*, submetido aos rigores das condições da ação e dos pressupostos processuais. Trata-se certamente de uma medida com feições *cautelares* ou *acauteladoras* de algo, anterior ao exercício da ação, mas realizada no âmbito de um procedimento regularmente previsto em lei, por órgão a tanto legítima, também no foro constitucional.

## II – A potencialização da ampla defesa e a não-culpabilidade: a opção garantista

6. O modelo mais adequado ao processo penal, sob a perspectiva de um Estado de Direito, no qual se reconhece e se direciona a base fundamental da organização política para a realização dos direitos fundamentais, há que ter, segundo nos parece, estrutura *garantista*, na melhor acepção do termo e da teoria que elaborou Luigi Ferrajoli (2002), em obra já bem conhecida do público brasileiro, a partir da tradução para o português do portentoso tratado intitulado *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*.

Nela, o ilustre jusfilósofo italiano dissecou a ampla movimentação teórica que permeou a evolução da filosofia do Direito Penal (e do Processo Penal) ao longo dos últimos séculos, detendo-se em minuciosas investigações acerca do papel da filosofia política (do Estado) na conformação dos direitos humanos. O resultado é a estruturação de um sistema de direitos no âmbito de um Estado também (e por isso mesmo)

de Direito, a ser reconhecido como SG, com a seguinte axiomatização: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine judicio*; A8 *Nullum judicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione* e A10 *Nulla probatio sine defensione*.

Malgrado toda a riqueza do mencionado tratado, nos deteremos aqui unicamente na conexão garantista com o princípio da não-culpabilidade, nos seus aspectos tipicamente processuais.

7. Segundo nos parece, o princípio da não-culpabilidade (ou inocência) encontra sua mais radical fundamentação na *incerteza*, enquanto ponto de partida. Praticado um fato lesivo e com aparência de tipicidade penal, cumpre ao Estado promover a descoberta de sua autoria e também adequá-lo a um modelo sancionatório regularmente previsto em lei. Mas, e isso é decisivo, deve-se partir da *incerteza* e não da *possibilidade de certeza*, a ser aferida pelas conclusões da autoridade investigate ou daquela com atribuição para a postulação junto à jurisdição.

Naturalmente, ao Judiciário não se autoriza o *non liquet*; ao contrário, espera-se dele uma avaliação conclusiva acerca da matéria probatória e de direito que lhe é submetida. Até porque, como assentamos em *apresentação* à obra coletiva acerca do *garantismo*, ... a antítese levantada pelo garantismo residiria, aqui, na *legalidade x decisionismo*, de modo a reduzir o papel criativo do juiz na construção do sentido das normas penais (vedação da analogia *in malam partem* etc.), mas também, no particular, a consolidar a ideia de potencialização da ampla defesa, para fins de conhecimento mais exauriente das questões de fato e de direito. Ferrajoli alerta para o fato de que, sendo a decisão judicial um ato de autoridade, seria necessário exigir que o juiz fundasse o seu convencimento na ampla pesquisa sobre os fatos, de tal modo que, quanto maior fosse

este (conhecimento) menor seria o manejo daquele (autoridade). Nova antítese: *saber x poder*. (FISHER et al, 2009 no prelo)

A incerteza quanto ao fato e quanto ao direito aplicável não é prerrogativa do conhecimento jurídico. Ao contrário. Lê-se em quase toda teoria do conhecimento pós-iluminista a nota da falibilidade dos eventuais acertos. Não que se deva renunciar à certeza nas ciências, mas acentuar a prudência quanto aos seus resultados.<sup>4</sup>

O conhecimento *processual* obedece a regras específicas para a produção de certeza (judicial). E muitas delas são demasiado frágeis, como ocorre, por exemplo, com a prova testemunhal, em cuja *representação* do fato o tempo interfere inexoravelmente, sem falar nos riscos de intimidação, de tomada de consciência etc. A reserva de insuficiência do conhecimento, portanto, se não impede a possibilidade de sua produção, recomenda, no mínimo, cautela quanto aos seus resultados prévios.

Posta a acusação, deve-se *duvidar* dela. Não por razões associadas às peculiaridades do caso, mas como *método* de exploração na formação do convencimento judicial. A estrutura dialética do processo – já assentada definitivamente – deve iniciar-se não pela acusação, mas pela sua negação. O que deve ser potencializado é a contradição e não a afirmação. Sempre será possível justificar a absolvição de um efetivamente *culpado*; já a condenação de um *concretamente inocente* não. O custo social é impagável.

Por isso, a opção do PLS 156 é eminentemente garantista, sem qualquer perda, porém, da efetividade da persecução penal.

---

<sup>4</sup> Registre-se, ainda que sem adesão completa às teses de Popper (2008), as precisas observações do mestre vienesense: O exame crítico das nossas conjecturas tem importância decisiva: põe em evidência nossos erros e nos leva a compreender as dificuldades do problema que pretendemos solucionar. É assim que nos familiarizamos com os problemas e podemos propor soluções mais maduras: por si mesma, a refutação de uma teoria constitui sempre um passo que nos aproxima da verdade. Dessa forma, aprendemos com os erros.

Veja-se, por exemplo, que a principiologia adotada como orientação hermenêutica do Novo Código acentua que A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal (art. 5, PLS 156).

Na mesma linha, no âmbito dos recursos, o disposto no art. 459 (PLS 156), a afirmar que “No recurso exclusivo da acusação, poderá o tribunal conhecer de matéria que, de qualquer modo, favoreça o acusado”. Também o art. 449: “O recurso da defesa devolve integralmente o conhecimento da matéria ao tribunal”. E, por fim, o disposto no art. 510 (PLS 156): “O recorrente poderá sustentar oralmente suas razões, cabendo ao recorrido se manifestar no mesmo prazo. No caso de recurso da defesa, poderá ela se manifestar novamente, após o Ministério Público”.

Todas essas disposições, acrescidas daquelas atinentes aos embargos infringentes, cabível apenas em favor da defesa (art. 478 PLS 156), buscam potencializar ao máximo a ampla defesa, sem causar qualquer prejuízo à função persecutória. Aliás, tais medidas justificam-se até mesmo na ordem processual atual – de 1941 –, na medida em que há previsão legal de ação de revisão criminal *unicamente para a defesa*, vedada a revisão *pro societate*.

Apenas uma leitura essencialmente *privatista* do processo penal, ou, quando nada, associada ao princípio *dispositivo*, que deixa o resultado do processo em mãos e à sorte dos contendores, poderá reclamar de violação ao princípio da igualdade. Afinal, pode-se indagar, porque isso (e aquilo) é permitido à defesa e não o é para a acusação?

Igualdade de partes – vimos, já – ou é inerente ao ambiente do processo *dispositivo*, pouco importando se o resultado obtido decorreu da insuficiência defensiva, ou resume-se apenas ao seu aspecto *formal*. Evidentemente, deve a acusação ter o mesmo prazo para se manifestar no processo;

deve, igualmente, poder se manifestar sempre em contraditório; deve poder recorrer; deve poder produzir prova – e sem a ajuda do juiz – e, enfim, deve exercer livremente toda atividade que legitima os interesses acusatórios. Uma inquietação: porque há *ampla defesa* e não *ampla acusação*?

Mas, do ponto de vista do conteúdo do processo, deve-se submeter à dúvida, sempre, as conclusões em favor da condenação, na exata medida em que a sentença penal condenatória não implicará nenhum exercício de direito subjetivo a quem quer que seja. Muito pior: poderá implicar a privação da liberdade de alguém – responsabilizado por seu comportamento lesivo – com inegáveis e irrecuperáveis consequências sociais, dado que, sabe-se, a pena pública é suportada pelo réu, mas repercute intensamente na circunferência de suas relações.

Em síntese: no processo penal, na condenação – sobretudo – não há vencedor e vencido. Somos todos perdedores, a começar pela vítima.

### Referências

CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1971.

DELMAS-MARTY, Mireille (Coord.). *Processo penales de europa* (Alemanha, Inglaterra Y País de Gales, Bélgica, Francia, Itália). Zaragoza: Editorial Edijus, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Reimpressão. Coimbra Editora, 2004

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas et al. *Garantismo integral*. Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, no prelo.

GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico*. 5. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SCHLUCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Revisión de la traducción: Ináki Esparza Leibar e Andréa Pchadel Gargallo. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



# O Código, as cautelares e o juiz das garantias

Fabiano Augusto Martins Silveira

## Sumário

1. O Código. 1.1. Tempos difíceis. 1.2. O bolo e suas fatias. 2. As cautelares. 2.1. A noção básica de cautelaridade. 2.2. Diversificação das estratégias cautelares. 2.3. Reformulações no instituto da prisão preventiva. 3. O juiz das garantias.

## 1. O Código

### 1.1. Tempos difíceis

A questão do sentido que um código é capaz de despertar nos dias de hoje tem sido suscitada com bastante frequência.<sup>1</sup> Os códigos, ou melhor, a ideia de código estaria passando por seus piores dias? Muitas coisas mudaram desde o grande movimento das codificações europeias do final do século XVIII, quando o código foi aclamado como instrumento da engenharia jurídica a serviço dos ideais iluministas; e mudaram nem sempre a favor do projeto codicístico.

Aquilo que o código soube transmitir como nenhuma outra peça legislativa, isto é, a pretensão de máxima organização e unidade da matéria tratada, teve de enfrentar um duro teste de realidade: o incrível dinamismo das sociedades contemporâneas, cada vez mais complexas do ponto de

Fabiano Augusto Martins Silveira é Mestre e Doutor em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro da Comissão Redatora do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, transformado no PLS nº 156, de 2009. Consultor Legislativo do Senado Federal.

<sup>1</sup> Cf., por outros, HESPANHA, 2001, *passim*; SAINZ MORENO, 2004, p. 135-136; FERRANTE, 2006, *passim*.

vista das relações jurídico-sociais. Por que complexas? Um, porque nunca se viu tamanha trama de interações sociais, sustentadas por “redes de redes de redes”, para tomar de empréstimo a expressão de Emilio Lamo de Espinosa (2001, p. 13)<sup>2</sup>. Dois, porque grupos os mais heterogêneos alcançaram níveis impressionantes de organização e de expressão de sua diversidade. Três, porque movimentos antagônicos são forçados a conviver estranhamente no mesmo espaço social, como, por exemplo, impulsos de modernização e de progresso econômico com o discurso da defesa do meio ambiente. Interconexão, pluralidade e contradição seriam, portanto, palavras-chaves dos nossos tempos. Esse cenário deu lugar a uma crescente demanda por diversificação dos mecanismos de tutela jurídica, que fez dos códigos, digamos assim, barquinhos de papel em mar revolto.

Há dois fenômenos que ajudam a entender a crise (ou renovação) por que passa a ideia de código, aos quais faremos um brevíssimo aceno. De um lado, os códigos perderam *poder simbólico* para as constituições, que mostraram eficiência muito superior no momento de catalisar a guinada para o Estado social. As constituições conquistaram, assim, extraordinária projeção política e passaram a ser vistas como documentos indutores de transformações sociais, enquanto os códigos estacionavam no marco do Estado liberal, guardando a imagem que os acompanha até os dias de hoje, qual seja, a de texto refinadamente técnico e distante do cidadão comum.

Ao destronar os códigos, as constituições também impuseram um deslocamento do centro de gravidade do discurso jurídico, da exegese legal para a hermenêutica constitucional. Hoje percebemos claramente essa mudança, seja em relação à dogmática penal, com o avanço da con-

cepção constitucionalmente orientada do modelo de ilícito, que logo reivindicou a dignidade constitucional dos bens jurídico-penais, seja quanto à doutrina processual, ao proclamar, precisamente com o apoio do texto constitucional de 1988, a estrutura acusatória do processo penal brasileiro e outros tantos princípios e garantias simplesmente desconhecidos do Código de 1941. Em suma, o suporte textual de referência, tão caro para as construções doutrinárias, deslocou-se para o diploma de maior prestígio e hierarquia.

De outro lado, os códigos perderam *poder executivo* para a legislação especial, que atraiu as reivindicações setoriais de pluralismo para o interior da disciplina jurídica. Aqui, talvez, o processo tenha sido ainda mais corrosivo para os códigos, ao travarem a luta no seu próprio quintal. Em suma, a convivência dos códigos com as leis especiais parece ser muito mais problemática, pois estas trouxeram mobilidade e flexibilidade no tratamento de muitas matérias, duas características pouco simpáticas ao paradigma unitário do código, sobretudo na área da penalidade. A legislação especial ora derogava a disciplina codicística por meio de cláusulas de exceção<sup>3</sup>, ora inovava os procedimentos ou mecanismos de cautela judicial<sup>4</sup>, criando, em todo o caso, um novo nicho para os legisladores.

<sup>3</sup> Por exemplo, no caso do afastamento da regra do art. 366 do atual CPP, conforme determina o art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 – *Lei de Lavagem de Dinheiro*, como também nas regras especiais relativas à inafiançabilidade dos crimes de porte e disparo ilegal de arma de fogo, nos termos dos arts. 14, parágrafo único, e 15, parágrafo único, da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2006 – *Estatuto do Desarmamento*, depois questionados no Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112-1/DF.

<sup>4</sup> Pense-se, agora, nas disposições relativas à busca e apreensão nos crimes contra a propriedade industrial, conforme estabelece o art. 200 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 – *Lei da Propriedade Industrial*, nas medidas cautelares previstas no art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – *Lei Maria da Penha*, e ainda no procedimento de alienação cautelar consagrado



O encolhimento do papel do Código – comprimido, por um lado, pela Constituição, e por outro, pela legislação extravagante – pode desaguar em duas situações bastante desconfortáveis. Uma delas é a excessiva constitucionalização do discurso processual penal, no sentido de que as regras do jogo passam a ser definidas recorrentemente pelos tribunais, e não pelo parlamento. Tudo bem quando concordamos com o que vem da jurisprudência, mas e quando não? Quais são as garantias? Um código enfraquecido perde, assim, a função de verticalizar os princípios constitucionais, ou seja, de fazer a mediação entre as direções normativas da Constituição e as diversas práticas institucionais no setor da justiça criminal.

Outra situação de desconforto é o avanço desgovernado da legislação especial, com sérios prejuízos para a compreensão sistêmica das regras do processo penal. Como as leis especiais são, por natureza, irreverentes em relação ao diploma central, a leitura e inteligibilidade da matéria pode ficar prejudicada conforme seja a qualidade técnica dos produtos legislativos. Não que um Código esteja em condições de atrair todas as matérias de interesse processual. Isso seria tão ilusório quanto inconveniente. Mas ao mesmo tempo o Código não deve abdicar o seu lugar central na disciplina jurídica, posição essa que pode amortecer e organizar a variedade dos subsistemas jurídicos provenientes da legislação especial.

### 1.2. *O bolo e suas fatias*

Ao lado dos dois fenômenos acima descritos (a Constituição e as leis especiais), há um terceiro fator que rivaliza e, num certo sentido, mina a ideia de código. Referimo-nos ao acúmulo de reformas parciais em detrimento da construção de um novo diploma.

Concluídos os trabalhos da Comissão redatora do anteprojeto de reforma do Có-

digo de Processo Penal (CPP), entregue ao Presidente do Senado Federal no final de abril deste ano, seria mais do que oportuno comparar essas duas estratégias diversas de reforma da matéria processual penal. Isto é, de um lado, as reformas parciais empreendidas pelas leis de junho de 2008; de outro, um novo Código. Enquanto não tínhamos em mãos um anteprojeto de Código (depois transformado no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009), essa comparação parecia ser um exercício muito distante. Mas agora que o temos, e sem entrar no mérito da qualidade do texto apresentado, o contraponto pode ser feito de forma muito mais objetiva e estimulante para os diversos atores sociais e institucionais interessados.

Em primeiro lugar, as duas técnicas confrontadas não são uma a antítese da outra. Que um código, ao longo do tempo, seja reformado por sucessivas leis parece um fenômeno muito natural do processo legislativo. Uma casa, cedo ou tarde, deve passar por reformas, e os moradores têm plena consciência disso. Portanto, não há nada de estranho no fato de que o Código venha a sofrer reformas de conteúdo mais ou menos extensas. É do jogo. É também um sinal de vitalidade do próprio diploma. Bem ou mal, nos seus 67 anos de existência, o Decreto-Lei nº 3.689, de 1941, sofreu 44 alterações.

O problema é quando a estrutura já não suporta o peso de tantos retoques, culminando em disputas de sentido ou confusão normativa. O diploma torna-se um texto tumultuado e complexo, no sentido de que nele passam a conviver lógicas rivais. O desconforto surge, pois, quando precisamos de um novo Código e, no seu lugar, vêm reformas parceladas. Ou quando as condições históricas jogam a favor de uma mudança completa de cenário e não sabemos aproveitá-las, ao contrário de diversos países sul-americanos (Argentina, Chile, Venezuela, Peru e Colômbia) e europeus (Itália, Portugal e França). Nessas circunstâncias, talvez não seja exagerado dizer que

no art. 62, § 4º, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – *Lei de Drogas*.

as reformas pontuais proporcionam um amargo retrogosto.

Fique claro. Não vislumbramos nenhuma relação de superioridade de uma técnica legislativa sobre a outra. Em determinadas situações, um novo Código pode inclusive ser uma visita desagradável, como ocorreu, por exemplo, com o Código Penal de 1969, que não conseguiu vencer o período de *vacatio legis*. Tínhamos ali um novo diploma, mas não o queríamos, ou não suficientemente.

O que precisa ser dito, então, sem velhos maniqueísmos, é que, no momento presente, um novo Código de Processo Penal parece ser um instrumento muito mais inclinado à aproximação com o paradigma constitucional pós-88. Aproximação de fundo e definitiva. Reconciliação que não pode ser mais adiada, nem deixada a cargo, unicamente, da jurisprudência.

Se é verdade, assim, que a legislação processual penal ordinária necessita urgentemente de um banho de Constituição, uma reforma integral seria a solução mais indicada. Do contrário, é como pôr remendo novo em roupa velha.

As leis de junho de 2008, com todos os méritos e críticas que podemos democraticamente lhes dirigir, foram recepcionadas por uma arquitetura em que predominam traços inquisitoriais. Por essa precisa razão, o brilho das alterações será sempre ofuscado pelo plano de fundo. Obviamente que a conversão para o modelo de tipo acusatório trará outras questões e desafios, a começar pelo fato de que não existe apenas um modelo acusatório na mesa de negociações. A Constituição oferece a fonte de inspiração, outra coisa é pôr o desenho no papel.

Seguramente, o projeto do Senado não postula um modelo acusatório puro, a tolher toda e qualquer iniciativa do juiz. Sim, é verdade, o giro não foi pequeno. Mas também não chega a 180 graus, na medida em que reserva ao magistrado um papel complementar no esclarecimento das provas produzidas e total liberdade

para adoção de medidas cautelares na fase processual. Por outro lado, a figura do juiz das garantias e as restrições em tema de investigação foram pensadas, acima de tudo, como forma de valorizar o que há de mais nobre na atividade do julgador e de onde ele retira o título de legitimidade de sua função, isto é, a imparcialidade.

Um novo Código, ademais, favoreceria não só uma mudança na compreensão sistêmica do modelo de dedução da pretensão punitiva estatal, com definição mais estável dos papéis entre os sujeitos do processo. Facilitaria, ainda, avanços sensíveis em termos de garantias individuais, como o direito de o preso ser assistido por advogado ou defensor público no momento do interrogatório policial, o cuidado de proteger as pessoas do conflito (autor, vítima e testemunhas) contra exposições abusivas aos meios de comunicação, e a preocupação de evitar prisões cautelares excessivamente prolongadas, para citar apenas três pontos. Nesse sentido, um novo Código, desprendido do passivo ideológico do Decreto-Lei nº 3.689, de 1941, teria muito mais facilidades para encontrar de frente as garantias democráticas da Constituição de 1988.

De outra parte, é comum ouvirmos que as reformas pontuais optaram não pela solução ideal, mas pela solução possível. Teriam vantagens de velocidade no percurso legislativo, quando comparadas a um projeto de Código. De fato, em face de tantas disputas institucionais, divergências localizadas poderiam bloquear a reforma do Código como um todo, ou retardá-la a perder de vista. Lembremo-nos, por exemplo, que o *iter* legislativo do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002) consumiu longos 27 anos. Em suma, discutir ponto a ponto seria, por essa ótica, uma estratégia com melhores perspectivas de êxito.

Creemos, contudo, que esse atalho tem os seus custos, os quais certamente não foram ignorados pela Comissão de juristas criada pelo Ministério da Justiça em 2001, coordenada pela respeitada Professora Ada

Pellegrini Grinover, cujos trabalhos resultaram na apresentação de sete proposições legislativas, das quais três foram transformadas em leis (11.689, 11.690 e 11.719, de 2008), embora com sensíveis alterações no parlamento. À época, teria prevalecido uma avaliação pragmática. Apostar todas as fichas no Código poderia ser uma jogada altamente arriscada.<sup>5</sup> Vale recordar que, naquele início de década, vivíamos um período de desilusão por conta de fracassadas tentativas de reforma da Parte Especial do Código Penal.<sup>6</sup> E também não dispúnhamos de uma jurisprudência tão amigável como a de hoje.

Foi justamente nesse meio tempo que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento sobre o caráter cautelar da prisão preventiva, declarou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.034, de 1995, e do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 1990, afastou a execução provisória da sentença condenatória recorrível, assim como editou súmulas regulando o uso de algemas e o acesso de advogados aos autos do inquérito policial, sem falar no crescente prestígio conferido ao princípio da insignificância em matéria penal. Convenhamos que essa literatura do tribunal faz toda a diferença na hora de pavimentar o caminho para um novo Código.

---

<sup>5</sup> De acordo com Ada Pellegrini Grinover (2001): "A reforma total teria a seu favor a completa harmonia do novo sistema. Mas seria inexecutável operacionalmente. A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa do Parlamento, tudo milita contra a idéia de uma reforma global do Código de Processo Penal. Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantenham a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais inteiros, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros".

<sup>6</sup> Referimo-nos aos trabalhos de quatro comissões criadas com a finalidade de reforma do diploma material: *Comissão Lins e Silva* (1992-1994); *Comissão Assis Toledo* (1995); *Comissão Cernicchiaro* (1997-1998); e o *Grupo de Trabalho Especial* (1999-2000).

Em que pesem as ponderações que nos levam, sem dúvida, a compreender a opção pelas reformas parciais feita naquele momento, não subscrevemos, sem reservas, a afirmação comum de que o Código é uma alternativa pouco atraente do ponto de vista pragmático. Na verdade, determinadas alterações só são viáveis se, e somente se, um novo diploma for aprovado. Quando tudo está em discussão, os atores institucionais tendem a avaliar suas posições no conjunto das novidades trazidas, e não uma a uma. Ou seja, perde-se aqui, ganha-se um tanto mais ali. Se os pontos fossem discutidos individualmente, a polarização extrema dos interesses poderia gerar reações antirreformistas por parte de juízes, policiais, promotores ou advogados. Queremos dizer é que algumas mudanças, sobretudo as mais sensíveis, podem ser facilitadas quando se tem em mente rearrumar todo o plano de atuação das instituições que participam do sistema de justiça criminal.

Além disso, há outro ponto a favor de um novo Código. É verdade que, em processo penal, a maioria das mudanças legislativas passarão por filtros e disputas corporativas, seja um projeto de novo Código, sejam modificações pontuais. Esse fato não é necessariamente negativo. Tensões interinstitucionais no sistema de justiça criminal podem arrefecer o ímpeto de um ou outro órgão, ao estilo de um autêntico mecanismo de freios e contrapesos. Em suma, consideramos natural aceitar que as instituições dirijam legitimamente seus pleitos reformistas ao parlamento. Desqualificar essa pretensão seria desqualificar a própria essência do processo político-decisório. Até porque tais organizações (e as entidades associativas que as cercam) têm prerrogativas a zelar e, na mesma medida, responsabilidades na reforma do processo penal.

Tudo se complica quando a lógica corporativa monopoliza e estrangula o debate. É aí que, a nosso ver, os protestos por um novo Código, quando bem articulados,

podem atrair o interesse de outros atores sociais (organizações não-governamentais, movimentos pró-direitos humanos, associações em defesa das vítimas, universidades, mídias, etc.), servindo, quem sabe, como uma espécie de moderador do apetite corporativo. O Executivo federal também teria relevante papel como articulador desse conjunto não uniforme de interesses.

Em síntese, a palavra “có-di-go”, com toda aura e fascínio que a envolvem, pode despertar forças que uma reforma localizada jamais seria capaz de mover. Evidentemente, para que isso ocorra, o projeto de novo Código deve desvencilhar-se daquela imagem a que fizemos referência, de texto puramente técnico e alheio ao cidadão médio, fruto apenas da inteligência de um pequeno e esclarecido círculo de juristas.

## 2. As cautelares

### 2.1. A noção básica de cautelaridade

Dizíamos, há pouco, que um novo Código pode favorecer a aproximação com o texto constitucional de 1988, de maneira a reconciliar a lei ordinária com as garantias ali previstas, com ênfase na conversão para o modelo acusatório. E acrescentamos, agora, que um novo diploma também poderia trazer ganhos de eficiência e celeridade na resposta do Estado, desde o momento pré-processual até a fase dos recursos. Esses dois conhecidos e legítimos objetivos (consolidação das garantias processuais e busca por efetividade da resposta estatal) não são necessariamente conflitantes. Em nossa opinião, nenhum outro tema revela tão bem como as medidas cautelares a possibilidade de uma síntese ou convergência entre os dois citados objetivos.

O tema das cautelares pode, ainda, agregar ao plano de reforma do Código um objetivo social de grande peso. Estamos falando da redução do número de presos provisórios no Brasil. Essa cifra cresceu consideravelmente nos últimos anos e, se prestarmos atenção, representa cerca de

40% do número total de presos.<sup>7</sup> Sem tocar o dedo nessa ferida, duvidamos muito que o novo CPP venha a cumprir bem a sua missão. Isto é, sem enfrentar a arraigada cultura de prisão promovida e sustentada em boa parte pelo atual Código, os esforços de reforma terão um desfecho muito aquém de suas possibilidades.

Mas, afinal, o que a proposta do Senado traz de novo nessa tão promissora matéria? Em primeiro lugar, buscando inspiração em outras legislações e também no Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, o projeto de Código sedimenta a noção básica de *cautelaridade*, segundo a qual são ilegítimas quaisquer restrições prematuras nos direitos fundamentais do acusado, a menos que exista um motivo razoável do qual dependa a efetividade da tutela jurisdicional. Segue daí, por exemplo, o veto à prisão provisória como forma de antecipação da pena ou que tenha fundamento exclusivo na gravidade do delito. Nessa linha, se o objetivo das cautelares é assegurar condições para a efetividade do pronunciamento judicial, não faz nenhum sentido tolerar que a medida de cautela seja mais grave e incisiva do que a condenação propriamente dita. O projeto de Código, enfim, dedica todo um capítulo à fixação dos contornos e desdobramentos lógicos da ideia de acautelamento.

<sup>7</sup> Em 2008, do total de 440.013 pessoas encarceradas no Brasil, 130.745 eram presos provisórios (29,7%). Neste último universo não foram contabilizados, porém, os 58.901 presos na polícia, cuja maior porção, como se sabe, não possui condenação com trânsito em julgado. Além do mais, os dados do Ministério Público são uma fotografia de momento, ou seja, não medem o fluxo dinâmico de entradas e saídas do sistema penal. Considerando a natureza da prisão cautelar, é certo que os presos provisórios têm mais mobilidade do que os presos com condenação definitiva. Logo, no período de um ano, o conjunto de pessoas que passaram provisoriamente pelos estabelecimentos penais é muito maior do que 130.745 (mais o acréscimo da maior fatia dos presos na polícia). Isso permitiria elevar, tanto em termos absolutos quanto relativos, a relação preso provisório *versus* preso definitivo. Tudo considerado, seria possível afirmar, com razoável margem de segurança, que o número de presos provisórios no Brasil gira em torno de 40% do número total de presos.

No mesmo passo, a prisão em flagrante, para que perdure, deve ser convertida em preventiva à luz das razões de ordem pública, econômica, garantia de aplicação da lei penal ou conveniência da instrução. Ou seja, perde o caráter de medida autossuficiente, em prol, mais uma vez, da noção de cautelaridade, que não aceita justificações *a priori* no tocante às cautelares do processo penal. Aqui repousa uma das mais claras distinções em relação ao atual modelo, que trata o flagrante com toda reverência e ares de verdade absoluta, como se o juiz estivesse dispensado de verificar a necessidade de manter o preso sob custódia, transferindo para a defesa técnica o ônus da argumentação em contrário na ocasião do pedido de liberdade provisória.

Atentemo-nos para o fato de que, ao reivindicar a noção básica de cautelaridade, o projeto de Código não faz mais do que premiar a jurisprudência dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, que vem revendo, por meio de uma longa e pedagógica série de julgados, o modo de argumentar dos juízes no momento de decretação da prisão preventiva, para afastar, por exemplo, decisões fundadas exclusivamente no clamor público, na gravidade do crime, na fuga do distrito da culpa, no montante do dano, etc.<sup>8</sup> Como consta da exposição de motivos, o projeto esforçou-se para dar “consistência sistemática” à linguagem que nascia nos tribunais.

Na base do sistema judicial, todavia, sempre houve resistências – as quais não nos arriscaríamos a qualificar como isoladas – na aplicação concreta do entendimento do Supremo Tribunal Federal, como que sinalizando para a existência de um hiato entre judiciário de cúpula e judiciário de base. Só isso seria capaz de explicar a impressionante elevação do número de presos provisórios no exato momento em que aquela jurisprudência mais restritiva

<sup>8</sup> Sobre a evolução da jurisprudência do STF em matéria cautelar, chegando até a prisão para extradição, cf. ESTELLITA, 2008, p. 7-13.

ganhava corpo, o que não deixa de ser um paradoxo. As razões desse hiato são inúmeras e, na raiz, remetem ao problema da cultura de prisão no Brasil.

Por outro lado, ponderamos que a primeira instância é a que se encontra mais próxima do calor dos fatos e, por isso mesmo, mais exposta às pressões dos sujeitos do conflito (vítima, familiares, terceiros solidários, etc.), bem como aos meios de comunicação locais. Se considerarmos a pobreza de alternativas cautelares no atual Código, não surpreende que, entre prender e soltar, praticamente as duas únicas opções do magistrado, a primeira seja vista, não raro, como uma resposta necessária à sociedade, por meio da qual o juiz também afirma a sua autoridade.

## 2.2. Diversificação das estratégias cautelares

Importa mesmo registrar é que correríamos um alto risco se os princípios que fixam a noção de cautelaridade não estivessem acompanhados de estratégias de ampliação e diversificação do rol das medidas cautelares. O hiato que há pouco apontamos simplesmente permaneceria. A proibição a formas automáticas de prisão provisória soaria puramente retórica se o juiz não encontrasse soluções outras entre o máximo e mínimo, isto é, respostas intermediárias entre o cárcere e a liberdade. E o projeto de Código recheou o processo penal de novas medidas cautelares, que vão do recolhimento domiciliar e monitoramento eletrônico à suspensão de atividade de pessoa jurídica.<sup>9</sup>

É óbvio que isso não explica tudo sobre a preferência nacional pela prisão. Além dos aspectos culturais envolvidos, há pelo menos um outro fator que responderia pelo excesso de presos provisórios. Vamos

<sup>9</sup> A tentativa de diversificar as estratégias cautelares no processo penal brasileiro nasce com o Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, com diferenças em relação ao PLS nº 156, de 2009, seja no número, seja no formato das medidas eleitas.



chamá-lo de *atomização do processo cautelar*. Em que sentido? Como cada juiz é uma instância de poder autônoma, os casos levados a julgamento tendem a assumir uma dimensão muito maior quando analisados de forma isolada. Um furto qualificado, por exemplo, visto com lupa nos seus mínimos detalhes objetivos e subjetivos, poderia indicar talvez a decretação da prisão preventiva. Diversamente, quando o exame se amplia e leva em conta não só aquele fato específico, mas a repercussão para o sistema de justiça criminal resultante do encarceramento provisório de todos os acusados de furto qualificado em circunstâncias semelhantes, é certo concluir que a prisão provisória seria temperada pelo dever de gestão da política carcerária. Assim, na falta de critérios mais gerais e amplamente discutidos entre os próprios juizes, prevalecem visões atomizadas, que costumam terminar na restrição da liberdade. Para se ter uma ideia, calcula-se em mais de 674.800 o número de mandados de prisão não cumpridos no Brasil, segundo informações do INFOSEG.

De outra parte, se o novo rol de cautelares vingar, nada assegura que estaremos imunes ao uso excessivo das referidas medidas. Não há como eliminar totalmente o risco de que a liberdade *tout court* passe a ser uma experiência rara no processo penal, ante tão numerosas e sedutoras cautelares. Considere-se, mais, que o projeto adotou a ideia de livre intercâmbio cautelar (arts. 548, § 4º, 596 e 598).

Para minimizar esse possível efeito colateral, o PLS nº 156, de 2009, também fixa regime temporal de duração das medidas cautelares pessoais, mais rígido, inclusive, do que o previsto para a prisão preventiva (art. 593). Além do mais, impõe ao magistrado fundamentar a sua escolha em parâmetros de necessidade, adequação e vedação de excesso (art. 517, parágrafo único). E, por fim, um detalhe não insignificante, vincula as cautelares ao princípio de estrita legalidade (art. 514), de modo a

preferir invencionices ou o subterfúgio às chamadas cautelares inominadas.

A essa altura, sentimo-nos tentados a comparar a estratégia de diversificação cautelar (seguida, aliás, por muitos países, entre os quais Itália, Chile, França e Portugal) com a mesma tendência, na área do direito penal material, de antecipação da tutela. Com efeito, migramos do paradigma dos crimes de lesão a bens jurídicos individuais para o dos crimes de perigo a bens coletivos<sup>10</sup>, da mesma forma como estamos migrando, agora, do modelo único da prisão como instrumento cautelar para as *n* formas de intervenção antecipada sobre a esfera de direitos fundamentais do acusado. Nos dois casos, percebe-se clara impaciência do legislador, seja quanto a esperar o momento de consumação ou exaurimento do evento delitivo, seja para aguardar os efeitos definitivos da sentença penal condenatória transitada em julgado, tendo em vista o incremento dos mecanismos de restrição dos direitos fundamentais no curso do processo.

Resta saber, por outro lado, se o princípio da proporcionalidade servirá, no dia-a-dia da prática judicial, como referencial na escolha e aplicação concreta das cautelares. Parece-nos que o projeto de Código deposita imensa responsabilidade nos ombros do aludido princípio, que enfrentará, portanto, se aprovado o PLS nº 156, de 2009, a sua prova de fogo no campo do processo penal.<sup>11</sup>

A despeito de todas essas dúvidas e inquietações no que diz respeito ao aumento dos poderes de cautela do juiz penal, estamos persuadidos de que o caminho da diversificação é o único capaz de assegurar,

<sup>10</sup> Para o argumento, cf. PALAZZO, 1992, p. 460-461.

<sup>11</sup> José Maria Asencio Mellado (2008, p. 123-124) classifica a proporcionalidade como requisito essencial de legitimidade das limitações de direitos no curso do processo penal, a depender da existência de uma imputação concreta, da idoneidade e indispensabilidade da medida, da proporcionalidade meio-fim e da expressa motivação da decisão limitativa.



de maneira sustentável, a redução do número de presos provisórios no País.

### 2.3. Reformulações no instituto da prisão preventiva

A par da estratégia de diversificação do universo cautelar, estratégia essa que atinge a prisão de forma indireta, desviando o olhar do juiz para outras alternativas, o PLS nº 156, de 2009, propõe reformulações no próprio instituto da prisão preventiva, com o cuidado primário de evitar a sua banalização.

A primeira delas foi fixar um patamar abaixo do qual a prisão preventiva não teria lugar. Visivelmente, o objetivo é evitar o encarceramento provisório no tocante a crimes de menor gravidade. Então, qual o critério a seguir? O projeto de Código apoiou-se no paralelismo com o art. 44 do Código Penal, que disciplina a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na hipótese em que a pena aplicada não seja superior a 4 anos e o crime não tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça.<sup>12</sup> Ora, o raciocínio é simples. Se lá adiante, no momento da sentença, a lei admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista o *quantum* da pena aplicada, com muito mais razão deveria vedar a prisão preventiva a casos em que a pena cominada (cominada!) seja igual ou inferior a 4 anos, ressalvadas as hipóteses de violência ou grave ameaça à pessoa.

Daí se entende, na esteira desse argumento *a fortiori*, a proposta constante do art. 545, II, do PLS nº 156, de 2009. Nada além do que um encontro de contas entre as leis penal e processual penal. Coerência,

<sup>12</sup> O Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, na sua formulação original, trouxe a mesma restrição, também fixando um piso para a prisão preventiva nos crimes com pena máxima superior a 4 anos, sem excepcionar, porém, as hipóteses de violência ou grave ameaça. No Senado, manteve-se o mesmo critério, ressalvando os casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

ainda mais se consideramos que a prisão preventiva equivale, em termos reais, ao cumprimento da pena em regime fechado, previsto para condenados a pena igual ou superior a 8 anos, salvo no caso de reincidência (art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal).

Em suma, firma-se definitivamente a ideia de que a prisão preventiva deve-se guardar para crimes graves. Trata-se de afirmação até certo ponto óbvia, embora nem sempre confirmada na rotina da justiça criminal. Bem-vinda, assim, a fixação de um limite objetivo, inclusive referendado pela lógica do Código Penal, atendendo a algo que sempre foi reclamado pela doutrina, isto é, a sintonia entre o processo e o direito penal.

Há tempo, contudo, para leves aperfeiçoamentos no que se refere à prisão para assegurar a aplicação da lei penal, sobretudo quando o processo fica suspenso porque o réu, citado por edital, não ofereceu resposta escrita nem constituiu advogado. O limite de 4 anos, ou qualquer outro que se discuta, maior ou menor, deveria excepcionar expressamente tal hipótese, que é de garantia última da jurisdição. Com efeito, o juiz avaliará se há mesmo necessidade da preventiva no caso concreto, mas a possibilidade de decretação fica resguardada. De se observar que, na situação aqui lembradas, o PLS facultou ao juiz lançar mão da prisão preventiva (arts. 147), faltando, tão-somente, harmonizar essa possibilidade com a regra geral do art. 545, II.

A despeito da nova configuração proposta para o instituto da prisão preventiva, acompanhada de outros requisitos negativos (art. 545, I, III e IV), o tema mais delicado nessa matéria é, inquestionavelmente, o dos prazos máximos de duração da medida. Parece haver consenso de que o modelo jurisprudencial de contagem cumulativa dos prazos legais até o fim da instrução criminal, que resultou no número holístico de 81 dias (antes das reformas de junho de 2008), não foi capaz de conter excessos na duração da prisão preventiva.

A matemática do referido modelo chegou a ser chancelada pelo art. 8º da Lei nº 9.034, de 1995.

Ocorre que a jurisprudência criou tantas válvulas de escape que o mecanismo acabou perdendo credibilidade. Ora se invocava a complexidade da causa, ora o elevado número de réus, ora se atribuía a culpa pelo atraso à defesa, ora se falava nas peculiaridades do caso concreto, etc. O excesso de prazo ganhou, assim, as características de uma substância gasosa.

O desafio passa a ser encontrar prazos mais factíveis e que, ao mesmo tempo, vinculem todos os operadores do sistema de justiça criminal. A ideia seria estender os prazos em relação ao atual modelo, tornando-os obrigatórios, sem espaço para fórmulas escapistas. Além do que, o novo modelo deveria prever todas as fases processuais, já que o atual focaliza a investigação e a instrução judicial, deixando as etapas posteriores sem nenhum regramento.

Outro ponto relevante seria dividir a responsabilidade pelo cumprimento dos prazos entre as diversas instâncias judiciais, para evitar acusações ou desculpas sem fim. Isso descartaria a proposta de um prazo global. Sendo assim, melhor fracionar os prazos e associá-los a eventos processuais específicos. Teríamos, pois, intervalos de prazos sob responsabilidade das instâncias ordinária (primeiro e segundo graus) e extraordinária (STJ e STF).

Finalmente, surge a questão de se prever uma faixa única de prazos para todas as infrações penais ou de dividi-la conforme parâmetros de gravidade objetiva do crime praticado. Embora não se trate de razão cautelar suficiente para a decretação da preventiva, como reitera acertadamente a jurisprudência brasileira, nem por isso a gravidade do crime deve ser proscribita do horizonte legal das cautelares. Em se tratando de tema tão difícil de ser explicado para o público leigo, o purismo poderia redundar em falta de legitimidade social da proposta, se é que os tribunais não

inventariam novas estratégias de fuga. A “gravidade do delito” seria expulsa do texto da lei, mas logo voltaria camuflada de solução jurisprudencial.

No processo cautelar, a forma de acomodar legitimamente a ideia de gravidade do crime é, segundo nos parece, a criação de um *plus* no tempo máximo de duração da medida, como já ocorre em relação à prisão temporária nos crimes hediondos (art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072, de 1990) e também em outros países que controlam os prazos da prisão cautelar, como França e Itália.

Consideradas essas premissas, o projeto de Código armou uma planilha dividida em três etapas: a) 180 dias de duração se a preventiva é decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível (art. 546, I); b) mais 180 dias se é decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível ou por decisão do tribunal no uso de sua competência recursal (art. 546, II e § 1º); c) outros 180 dias se a defesa interpuser os recursos especial e/ou extraordinário (art. 546, § 2º). A prisão chegaria ao máximo de 540 dias. Essa proposta vale para os crimes com pena cominada inferior a 12 anos. Se a pena for superior, acrescentam-se 60 dias a cada uma das mencionadas etapas (art. 546, § 3º), no que resultam 720 dias. Saímos, pois, daquela complicada matemática de soma de cada um dos prazos dos atos processuais.

Temos de lembrar que a construção de um modelo que implique mais rigor no controle da duração da prisão preventiva atende, em primeiro lugar, à exigência de que a medida não se desvirtue em antecipação da pena. É, pois, uma questão de identidade. Se é cautelar, não é pena, e se é pena, não é cautelar. Acima de qualquer argumento retórico, essa distinção se verifica na prática, ou melhor, em número de dias. Não há como refutar o fato de que quanto mais a preventiva avança no tempo, mais assume os traços e trejeitos de pena efetiva. Tanto é que o projeto de Código acolhe a possibilidade de gozo prematuro dos benefícios

da Lei de Execução Penal (art. 536), tese já conhecida da jurisprudência brasileira.

Por outro lado, quando se trabalha com o controle efetivo dos prazos, como propõe o art. 546 do PLS nº 156, de 2009, devemos estar preparados para situações nas quais, a despeito da necessidade de prorrogação da preventiva, a medida deve cessar ante uma opção concreta de política legislativa. Sem dúvida, é um custo. Mas um custo eventual e pequeno se comparado ao caótico quadro da prisão provisória no Brasil. No término do prazo, não é demais lembrar que o juiz pode aplicar outra cautelar (art. 548, § 4º).

A opção de política legislativa de que falávamos é fruto da fantasia ou capricho do legislador? Negativo. Se a prisão preventiva não estiver subordinada a um teto de duração, seria impossível acertar as coordenadas do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LVIII, da CF), onde repousa o fundamento constitucional do modelo que se quer implantar, muito diferente da peça de ficção em que se tornaram os tais 81 dias. Aprovada a proposta, a lei dirá, para que todos ouçam, que os processos judiciais envolvendo réu preso são absolutamente prioritários.

Óbvio que, no curso do processo legislativo, são esperados ajustes nos prazos previstos no art. 546. De fato, encontrar a fração ideal não é tarefa muito simples. Para alguns, os prazos são demasiado extensos, enquanto que, para outros, são escandalosamente curtos. Quem se debruça sobre o tema logo percebe que é impossível agradar ao mesmo tempo Danton e Robespierre. Por outro lado, concordamos que algumas situações poderiam ter recebido tratamento diferenciado, como, por exemplo, os crimes de competência do tribunal do júri, tendo em vista as especificidades do trâmite processual bipartido. Quanto aos processos com elevado número de réus, convém ter em conta que o projeto de Código faculta a sua separação (art. 108).

Seja como for, ajuste aqui outro ali, o mais importante é compreender a estrutura

do modelo, que nos parece acertado no que há de principal: seriedade no controle dos prazos da prisão preventiva, corresponsabilidade entre as instâncias de decisão nas várias etapas processuais e faixas escalonadas de tempo conforme a gravidade do delito.

O modelo estaria incompleto, todavia, se não enfrentasse um dos mais renitentes inimigos do processo cautelar: o esquecimento. Uma vez decretada a prisão preventiva, é como se o réu fosse condenado ao esquecimento, como se os motivos autorizadores se perpetuassem, como se a obra do juiz estivesse finalizada, e não é assim. Talvez estejamos pintando o problema em cores fortes, mas o certo é que se ocorressem revisões periódicas, muito provavelmente assistiríamos à redução do número de prisões cautelares.

Estamos persuadidos de que o mecanismo jurídico adequado para atravessar o rio do esquecimento é o reexame obrigatório da decisão pela autoridade judicial, nos intervalos de tempo pré-fixados em lei. O PLS nº 156, de 2009, institui esse saudável expediente (já adotado no Chile), prevenindo o reexame a cada 90 dias, com vistas a avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da prisão preventiva (art. 550).<sup>13</sup> Em adendo, mas tão importante quanto, o PLS estabelece o quadro mínimo de fundamentação das decisões judiciais em matéria cautelar (art. 520).

Outra novidade trazida pelo projeto de Código é a possibilidade de, logo de saída, o juiz fixar o prazo da prisão preventiva, contanto que observe os limites máximos. É a prisão por prazo certo de duração de que trata o art. 549 do PLS. Ao que se

<sup>13</sup> Em data recente, o Conselho Nacional de Justiça editou resolução que impõe aos juízes o encaminhamento de relatórios trimestrais às Corregedorias Gerais de Justiça “com demonstração do número das prisões em flagrante, temporárias e preventivas, indicando o nome do preso, o número do processo, a data e a natureza da prisão, unidade prisional, a data e o conteúdo do último movimento processual” (art. 1º da Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009).

imagina, pode vir a ser uma interessante ferramenta, sobretudo quando a preventiva for decretada por conveniência da instrução criminal ou em razão de um fato específico considerado transitório. É curioso que a jurisprudência não tenha concebido esse artifício. Afinal, se hoje o juiz pode mais, isto é, decretar a preventiva por prazo indeterminado, natural que também possa menos.

Tendo o projeto de Código se esforçado em construir tantas estratégias para colocar a prisão provisória nos trilhos da racionalidade, por que não atacou o que para muitos é o cerne do imbróglio, vale dizer, os conceitos previstos no art. 312 do atual CPP? Note-se que tais conceitos simplesmente foram trasladados para o art. 544 do PLS.

Sim, é uma boa pergunta. A começar pelo conceito de ordem pública, alvo de numerosas críticas na doutrina pela incerteza de seus limites. Nesse sentido, é bem provável que o projeto de Código tenha frustrado boa parte da crítica especializada.

Mesmo compartilhando essas preocupações, temos de ponderar que a tentativa de definir o conceito de ordem pública tem lá os seus riscos. Em primeiro lugar, qualquer proposta de definição fatalmente recorrerá a outros termos mais ou menos abertos. Dessa forma, transferiríamos o problema para outras expressões, com chances de cair em labirintos linguísticos ou de andar em círculos. Daríamos um passo à frente para ficar, quem sabe, no mesmo lugar.

Um segundo aspecto, e aqui mora o perigo, é que uma nova definição pode significar um retrocesso autoritário, seja repaginando a noção de periculosidade, que tantos estragos fez sob a ótica do positivismo criminológico, seja se inclinando a um funcionalismo radical, na direção de um processo penal do inimigo, que encoraja a luta da sociedade contra o acusado.<sup>14</sup> Nada

<sup>14</sup> Sobre o conceito de processo penal do inimigo e seus reflexos na legislação brasileira, cf. MALAN, 2006, p. 235-244.

garante, pois, que o resultado legislativo das tentativas de precisar o conceito de ordem pública não seja pior do que a definição genérica. Até porque, pelo menos até aqui, a jurisprudência tem-se portado bem ao interpretar a dicção do art. 312 do atual CPP.

Não bastassem essas observações um tanto pessimistas, seria oportuno lembrar, uma vez mais, que o PLS faz uma chamada explícita ao princípio da proporcionalidade (art. 517, parágrafo único), como evidente retaguarda do quadro legal de fundamentação da prisão preventiva.

Em suma, ou muito nos enganamos ou os mais graves problemas do instituto da prisão preventiva no direito brasileiro não estão exatamente relacionados a uma crise dos fundamentos determinantes. Até onde conseguimos ver, o nó está: *a*) na pobreza de alternativas cautelares, *b*) na predominância de visões atomizadas do processo cautelar, *c*) na falta de sintonia entre as leis penal e processual penal, *d*) na fragilidade do sistema de controle dos prazos máximos de duração, e *e*) na ausência de rotinas de reexame das decisões.

### 3. O juiz das garantias

Chegamos ao juiz das garantias. Trata-se de uma ousada costura do projeto de Código. Referimo-nos à regra de impedimento segundo a qual o magistrado que tiver exercido a função de juiz das garantias não poderá funcionar no processo (art. 17). Hoje, como se sabe, a regra de competência vai no sentido contrário, isto é, o juiz que participou da investigação torna-se prevenido nos termos dos arts. 75, parágrafo único, e 83 do atual CPP. Portanto, uma mudança da água para o vinho.

Podemos afirmar, com segurança, que a separação entre as funções judiciais atinentes à investigação e ao processo é uma tendência bem consolidada na experiência internacional. Basta evocar, como exemplos, o *giudice per le indagini preliminari* na

Itália, o juiz da instrução em Portugal e o *juez de garantía* no Chile.<sup>15</sup> Em todos esses casos, guardadas as especificidades de cada ordenamento jurídico, procedeu-se à especialização das funções do juiz que é chamado a intervir na investigação, como forma de distingui-lo do juiz que assume a responsabilidade pela fase processual.

O mesmo sucede com a proposta em debate. A nova figura atenderia a dois objetivos centrais. Primeiro, a previsão de um juiz que atue exclusivamente na investigação pode proporcionar as vantagens esperadas de todo e qualquer processo de especialização. Uma rotina específica de trabalho tende a gerar, com o tempo, *expertise*, eficiência e agilidade. Sem dúvida, foi isso o que moveu a criação de varas de inquéritos policiais em algumas capitais brasileiras, como São Paulo, Belo Horizonte e Curitiba. Nesse sentido, estaria correto dizer que o juiz das garantias é uma aposta orientada aos resultados.

A especialização inerente à nova figura judicial que se quer implementar tem em mira um segundo objetivo, qual seja assegurar que o juiz do processo tenha plena liberdade crítica em relação aos trabalhos da fase investigativa. Rompem-se, assim, vínculos ou laços de qualquer ordem em relação à etapa precedente.

É fácil acompanhar o raciocínio. Não tendo emitido juízo sobre a oportunidade e conveniência de diligências que invadem direitos fundamentais do investigado, tampouco sobre pedidos cautelares, o magistrado entra no processo sem o peso de ter decidido a favor ou contra uma das partes. Não leva consigo o passivo da fase pré-processual. Não tem compromisso pessoal com o que se passou. Não colaborou na identificação das fontes de prova. Não manteve o flagrante nem decretou a prisão preventiva. Não impôs o sequestro de bens. Não autorizou a interceptação de conversas

telefônicas nem a infiltração de agentes, etc. etc. Quer dizer, em nenhum momento compartilhou a perspectiva dos órgãos de persecução penal.

A vinda do juiz das garantias ao cenário processual brasileiro joga a favor, pois, do princípio de imparcialidade. O juiz do processo não responderá pela legalidade ou qualidade dos elementos informativos colhidos na investigação. Ao contrário. Como as suas impressões digitais não foram deixadas no inquérito, é razoável supor que estará em melhores condições de avaliar crítica e imparcialmente o trabalho desenvolvido naquela fase.

A separação física entre juiz da investigação e juiz do processo é resultado de um percurso evolutivo que tem início, historicamente, na descentralização das funções de julgar e acusar. Juiz e Ministério Público descolaram-se um do outro. Esse rito de passagem – traumático em alguns países, como na Itália de hoje – foi decisivo para o debacle do paradigma inquisitorial.<sup>16</sup> Agora, o juiz do processo quer descolar-se do juiz da investigação. Chegamos, então, a um nível de maior refinamento do processo penal acusatório, cuja estrutura aponta, por um lado, para a distinção dos papéis do juiz e do Ministério Público, e por outro, para a diferenciação interna do órgão judicial. Nos dois casos, fala mais alto o ideal de imparcialidade, sempre perseguido, dificilmente alcançado.<sup>17</sup>

Com efeito, sempre se tentou construir mecanismos que conduzam ao julgamento

<sup>16</sup> Sobre a dicotomia “acusatório/inquisitório” nos planos teórico e histórico, conferir, por outros, FERRAJOLI, 2002, p. 574-583.

<sup>17</sup> Há um conto de Friedrich Dürrenmatt (2003, p. 29-30) muito sarcástico em relação à crença na imparcialidade dos tribunais. O advogado disse a Traps: “Tome nota, jovem amigo, inocência ou não, o que decide é a tática! Querer declarar-se inocente perante o nosso tribunal é arriscar o pescoço, para dizer o mínimo; pelo contrário, o mais inteligente a fazer é ir logo se culpando por um crime. (...) O caminho da culpa para a inocência pode até ser difícil, mas também não é impossível”.

<sup>15</sup> Cf. o art. 34, 2-bis, do CPP italiano; o art. 17 do CPP português; e o art. 70 do CPP chileno.



imparcial.<sup>18</sup> Contudo, a figura do juiz das garantias não permite deduzir, por falta de suporte lógico, a nulidade das sentenças proferidas por juízes que, no modelo legal vigente, tenham participado da investigação. Também não há nenhuma garantia de que o juiz do processo, só porque tomou conhecimento do fato em momento posterior, decidirá com imparcialidade o caso concreto. Do mesmo modo, sofisma quem concluir que o juiz das garantias está desobrigado do referido dever. Entenda-se bem. O que a lei faz, ou melhor, o que o projeto de Código pretende fazer, quanto a um requisito essencial de validade da decisão judicial, o princípio de imparcialidade, é oferecer condições que facilitem a sua observância. É o máximo que se consegue.

O curioso é que, no que diz respeito à instrução processual, a lei reclama a identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do atual CPP, com redação determinada pela Lei nº 11.719, de 2008), para que o julgamento não se torne um ato tão impessoal. Por ter presidido a instrução, tendo-se aproximado das provas no calor do contraditório e da ampla defesa, aquele juiz, e não um outro, reúne melhores condições de sentenciar, considerando a familiaridade mantida com o acervo probatório. Quanto à investigação, procedimento administrativo unilateral, a experiência recomenda o inverso, isto é, que o juiz do processo guarde uma distância regulamentar de segurança. O interessante é ver que, nos dois casos, encontramos provas de que a pessoa do magistrado não é vista com indiferença pela lei processual penal, considerado o histórico das atividades que desempenhou.

Feitas essas observações preliminares, é hora de discutir qual o raio de ação do juiz das garantias. Essa questão não pode ser respondida sem recorrermos ao art. 4º

<sup>18</sup> Relembrem-se os princípios do juiz natural, do duplo grau de jurisdição e do *in dubio pro reo* (ser imparcial, no estado de dúvida, é declarar a inocência do acusado), sem falar nas numerosas regras de impedimento e suspeição que vinculam os magistrados.

do PLS, no qual se condensou a fórmula do princípio acusatório: “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”.

Logo, começaríamos dizendo que o juiz das garantias não é um juiz investigador. No desenho do projeto de Código, previu-se exatamente o oposto. Ele não age de ofício. Não requisita a abertura do inquérito policial, como também não solicita diligências investigativas. Ele é, antes, o responsável pelo controle da legalidade da investigação, nunca o gerente das tarefas policiais. Daí que os autos do inquérito não chegam a suas mãos, salvo nas hipóteses em que os direitos fundamentais do investigado devam sofrer restrições. Caso contrário, o que se tem é a simples comunicação da abertura do inquérito à instância judicial, já que a tramitação unirá polícia e Ministério Público por uma via de mão dupla.

Em resumo, o juiz das garantias envolve-se na trama investigativa. Afinal, é o destinatário de todos os pedidos de diligências que interfiram na esfera de direitos do investigado, além de decidir sobre as medidas cautelares. A diferença é que ele não impulsiona o inquérito. O que lhe cabe é zelar pela regularidade da investigação, sobretudo quando se franqueiam direitos fundamentais. Ao juiz das garantias podem recorrer tanto a polícia e o Ministério Público, de um lado, como o investigado, do outro, de maneira que a investigação não saia das margens legais. Juiz de salvaguardas. Peça-chave no modelo acusatório em construção.

Em matéria cautelar, vale lembrar que o juiz das garantias também só agiria mediante provocação. Todavia, uma vez decretada a prisão ou outra medida cautelar pessoal, ele poderá, independentemente de pedido dos órgãos de persecução penal ou do investigado, substituí-la por outra que entenda mais adequada às exigências cautelares do caso concreto. Abre-se tal



possibilidade não apenas na hipótese de descumprimento da medida anteriormente imposta, mas sempre que, tendo em vista novas circunstâncias e motivações, avalie que a substituição é oportuna (art. 513, parágrafo único). Em nossa percepção, essa ressalva traz um temperamento adequado ao sistema acusatório.

Se, como ficou assentado, o juiz das garantias tem a ver com a investigação, qual o preciso momento em que cessa a sua competência? Na maioria dos ordenamentos jurídicos pesquisados, a competência vai até o exame da acusação formal. A admissibilidade da acusação seria, pois, o *gran finale* da atuação do juiz que se volta exclusivamente para a fase pré-processual. Depois entraria em cena o juiz do processo com as suas atribuições ordinárias.

O PLS seguiu outro caminho, por entender que, na tradição brasileira, seria difícil prolongar a competência do juiz das garantias até o recebimento da denúncia, subtraindo do juiz do processo o exame de plausibilidade da peça inicial, tendo em vista, inclusive, a recente introdução do instrumento da resposta escrita (art. 396 do atual CPP, com redação ditada pela Lei nº 11.719, de 2008). Uma alteração desse porte poderia agregar complexidade à proposta, que deve vencer, primeiro, o teste de ser compreendida e apoiada nos seus aspectos principais.

Com a mesma preocupação de facilitar a compreensão da nova figura do juiz das garantias, o projeto de Código optou por enumerar as suas competências legais, com o cuidado de prever a cláusula do inciso XIV do art. 15 (“outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo”). Na verdade, nem seria necessário entrar em tantos detalhes se confrontarmos o *caput* 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, [...]”) com a regra de competência do

*caput* do art. 16 (“A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com a propositura da ação penal”).

Noutros termos, qualquer matéria que reclame intervenção judicial na fase de investigação seria da competência do juiz das garantias. Com a propositura da ação penal, ele se despede, passando o bastão para o juiz do processo, que decidirá as questões pendentes e reexaminará, se for o caso, a necessidade das cautelares em curso. A distribuição da ação penal será, portanto, o divisor de águas.

Com esses comentários, não pretendíamos mais do que trazer à discussão alguns aspectos da nova figura judicial, que até aqui tem sido recebida com bons olhos. Coloca-se, todavia, já nesse momento inicial do debate, uma objeção de ordem prática ao juiz das garantias. Não se trata, portanto, de uma oposição conceitual à proposta em si. Esta, como dissemos, tem suscitado até reações positivas, se é que não estamos mal informados.

Argumenta-se, com efeito, que a proposta passará por grandes percalços na sua implementação, dada a extensão do território nacional e as suas diversas realidades regionais. Indo ao ponto, como aplicar a regra de impedimento nas comarcas com apenas um juiz? De fato, é complicado. Tanto é que o projeto de Código tenta mostrar uma solução: “Nas Comarcas onde houver apenas um juiz, as normas de organização judiciária disciplinarão formas de substituição, de modo que seja observada a regra de impedimento prevista no art. 17” (art. 678). Nesse sentido, caberia a cada unidade da Federação desatar o seu próprio nó, quer nomeando juízes substitutos ou auxiliares, quer prevendo um juiz das garantias itinerante, quer atraindo as funções de garantia para o juiz da comarca mais próxima, quer combinando essas e outras alternativas. O que o projeto de Código não quis, está claro, foi transigir com a regra de impedimento, certamente por julgar temerária a aplicação

de dois diplomas no mesmo País e, por conseguinte, a quebra do sistema.

Enfim, o problema existe. Em alguns Estados ele é mais grave, noutros menos, mas não há como negá-lo. No Amazonas, por exemplo, conforme levantamento preliminar não oficial, 41 das 59 comarcas têm apenas um juiz, sem considerar a eventual presença de substitutos; no Rio de Janeiro, a mesma relação é de 12 para 96, o que, convenhamos, não chega a ser um drama; em Minas Gerais, a questão volta a se agravar, pois temos 185 comarcas com um único juiz no universo de 295; no Ceará, do total de 134 comarcas, 57 contam com apenas um magistrado. Esses números dão contornos mais precisos ao problema, convindo lembrar, porém, que as comarcas ou circunscrições têm pesos muito variados em termos de população e volume de demanda.

Sendo previsível que a escassez de recursos humanos no Poder Judiciário opõe barreiras à execução da proposta, a pergunta é se devemos renunciar ao salto de qualidade que representa o juiz das garantias, simplesmente qualificando o projeto de inexecutável e ponto final. Receamos que essa postura tende a ser assumida por aqueles que, sem dizê-lo frontalmente, não se sentem entusiasmados nem convencidos da necessidade de mudança. Daí que o debate pode tomar um caminho sinuoso, onde posições contrárias ou céticas em relação ao juiz das garantias se escondem no argumento da inviabilidade material, sem aprofundá-lo.

De outro lado, o difícil é aceitar que o contexto das pequenas comarcas impeça que a proposta seja colocada em prática, por exemplo, na cidade de São Paulo, quando imaginamos a distância astronômica de números (de inquéritos, processos, presos, etc.) entre as duas realidades. A exceção viraria regra e a regra, exceção. Isso em plena era da tecnologia, em que o mundo comprime assustadoramente as relações espaço-tempo.

Assim, tão esdrúxulo quanto ignorar as dificuldades de aplicação da regra de

impedimento do art. 17 nas pequenas comarcas seria fechar os olhos para o outro lado da moeda, isto é, que a proposta é perfeitamente viável e madura para as comarcas que respondem pelo grosso da produção judiciária e litigiosidade do País. Talvez a saída seja uma regra de transição que ofereça tempo às situações de maior complexidade e que nos permita, ao mesmo tempo, vencer a inércia.

Mas não antecipemos conclusões nem alimentemos impasses num tema que tem ainda uma longa jornada pela frente. Se podemos dizer algo é que o Judiciário terá um papel político sensível no formato final da proposta. Essa foi premissa básica que levou ao desenho do art. 678 do projeto de Código. Que apareçam outras soluções para destravar o debate. Sem o juiz das garantias (ou qualquer outro nome ou forma que se dê à especialização de funções e separação física entre o juiz da investigação e o juiz do processo), temos a impressão de que o Código já nasceria empoeirado, como que enclausurado no século XX.

### Referências

ASENCIO MELLADO, José Maria. *Derecho procesal penal*. 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

DÜRRENMATT, Friedrich. *A pane, o túnel, o cão*. São Paulo: Códex, 2003.

ESPINOSA, Emilio Lamo de. De bruces con la posmodernidad. Ignorancia, poder y comunicación en la sociedad del riesgo. *Política Exterior*, v. 15, n. 80, p. 11-20, mar. /abr. 2001.

ESTELLITA, Heloisa. Liberdade e prisão cautelar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós-Constituição de 1988. *Direito Público*, ano 5, n. 24, p. 7-13, nov. /dez 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione; teoria del garantismo penale*. 7 ed. Roma: Laterza, 2002.

FERRANTE, Riccardo. *Codificazione e cultura giuridica*. Turim: Giappichelli, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *A reforma do processo penal-II*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 15 jan. 2001.

HESPANHA, Antonio Manuel. Código y complejidad. *Justiça & História*, v. 1, n. 1 e 2, p. 329-349, 2001.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, p. 223-259, mar. /abr. 2006.

PALAZZO, Francesco. I confini della tutela penale: selezioni dei beni e criteri di criminalizzazione. *Ri-*

*vista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão, n. 2, p. 453-482, 1992.

SAINZ MORENO, Fernando. El legislador racional y la predecibilidad de la conducta humana. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurélio; PAU PEDRÓN, Antonio (Diretores). *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*. Madrid: Civitas, 2004.



# Sobre o Projeto de Código de Processo Penal

Geraldo Prado

## Sumário

1. Introdução. 2. Da Gramática e da Semântica do projeto. 3. Das escolhas: juiz natural, julgamento sumário e *habeas corpus*. 4. Considerações finais.

### 1. Introdução

Há muito a comunidade jurídica ansiava por um novo Código de Processo Penal. Por motivos bem conhecidos, o estatuto de 1941 não dava mais conta das demandas destes tempos de sociedade de massas, industrializada e de conhecimento e informação. Mais até, para os brasileiros, a emergência de um novo paradigma processual penal era reclamada por conta das raízes históricas autoritárias do diploma em vigor, ainda que atenuadas por modificações parciais, que lhe afetam sobremodo o sistema e, principalmente, a racionalidade.

A iniciativa, pois, de constituir uma Comissão de Juristas e encarregá-la de elaborar o anteprojeto, oferecido ao crivo da sociedade por intermédio do Senado Federal, deve ser elogiada.

Obra humana que é e, em especial, resultado de um labor coletivo cuja distribuição de tarefas, para resolução em tempo limitado, nem sempre condiz com o desejo de consecução de um “todo” harmônico, o projeto pode e deve ser aperfeiçoado. A exigir isso, pondera-se aqui outro motivo significativo: a riqueza da Comissão haveria

Geraldo Prado é Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Doutor em Direito pela UGF, Professor-adjunto de Direito Processual Penal da UFRJ e do Curso de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da UNESA. Atualmente, também é pós-doutorando em História e Teoria das Ideias na Universidade de Coimbra.

Este trabalho sumaria as posições do autor sobre o Projeto de reforma do Código de Processo Penal (PLS 156/09), apresentadas em audiência pública da Comissão do Senado, no Rio de Janeiro, em 15 de junho de 2009.

de decorrer de seu caráter plural. É assim nas democracias. As variadas concepções ideológicas, no entanto, não devem ser ignoradas, até porque refletem disputas que estão no cerne das diferenças entre escolas que pretendem atribuir ao processo penal, em caráter hegemônico, funções distintas: tutela dos direitos fundamentais *versus* efetividade da repressão penal.

Por certo que em ambos os casos a retórica é a da harmonia – e a exposição de motivos do projeto testemunha este esforço conciliatório. Mas quem com sinceridade se dedica ao estudo das práticas jurídicas que conformam o Sistema de Justiça Criminal sabe que a realidade é bem outra. E por isso alguma desarmonia seria de se esperar do projeto, confiantes seus autores de que o Congresso haverá de lapidar a obra ou, na pior hipótese, remeter ao futuro incerto a tomada de decisão que é, em perspectiva democrática, tarefa indelegável e impositergável.

Sem ter participado de forma direta da escritura do projeto, a crítica que se oferece ao leitor resulta mais confortável para quem a expressa, pois que livre das tensões e pressões do momento político de construção desta tarefa coletiva.

Isso não demite o crítico de ter consciência das dificuldades reais e de dar os parabéns aos que, em prol do Estado de Direito, deram conta dessa missão.

Ficam, portanto, as observações que se seguem como contribuição para aperfeiçoamento do trabalho, sempre cientes e e respeitosas do mencionado contexto.

## 2. Da Gramática e da Semântica do projeto<sup>1</sup>

O atual Código de Processo Penal sobrevive bastante modificado após mais de seis décadas. Instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, o referido

<sup>1</sup> Os artigos citados, sem qualquer outra referência, são sempre do projeto de Código de Processo Penal (PLS 156/09).

estatuto é obra de cultores do direito penal (PRADO, 2006, p. 171) e o estágio embrionário dos estudos de processo penal explica em parte a precária consistência sistêmica do Código.

Ao longo do tempo esta deficiência foi enfrentada, porém de forma limitada. Assim, era natural esperar da Comissão mais encontros do que desencontros na eleição e emprego da linguagem técnica em um projeto da envergadura do novo Código de Processo Penal.

E não se trata, somente, de definir algum consenso de significados. Os acertos semânticos haveriam de traduzir-se em regras para o uso da linguagem própria do direito processual penal. Sabe-se muito bem que as práticas autoritárias escondem-se com habilidade nas falsas (ou indevidas) polissemias e nos (deliberadamente) incorretos usos da linguagem!

Os desacertos dessa(s) ordem(ns) são variados. Em alguns casos revelam descuido e denotam imprecisão. É preciso revê-los. Em outros, mais seriamente a questão está em escamotear decisões ideológicas inadiáveis.

Na primeira categoria, com graves consequências, podemos citar alguns exemplos:

– Expressões do senso comum jurídico dominam a cena e deslocam-se da área das metáforas para assumirem o papel de protagonistas de institutos jurídicos, a “expressar”... bem, nada! É o caso do “trancamento do inquérito policial”, previsto no inciso IX do artigo 15. Trata-se, aqui, de modalidade de “extinção do procedimento”. A renovação, ou “reabertura” da investigação, condicionada à cláusula *rebus sic stantibus*, em nada altera o fato de que a investigação está extinta e dessa extinção decorrem efeitos jurídicos precisos. A mesma crítica é aplicável às expressões “feito” (artigo 126, §2º e 129)<sup>2</sup> e “testemunho”, no lugar de depoimento<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Esta empregada em lugar de processo. Denuncia-se a incerteza a respeito do que se fala.

<sup>3</sup> Testemunha-se o fato sobre o qual se depõe em juízo, no momento da formação da prova.



O emprego do termo “pedido(s)” no lugar de requerimento, conforme está no inciso XII do mesmo artigo (e no artigo 237), sublinha a despreocupação com a denominação de importante elemento da demanda e com a ideia, fulcral em um modelo pretensamente acusatório, de determinar balizas para a intervenção judicial.

- Não há acerto sobre o que se suspende ou mesmo se julga: a ação (artigos 134, 418 etc.), o processo (artigos 254, 255, 444 etc.) ou a acusação (artigo 296)? Simplesmente, não há como ficar assim! A confusão é injustificável e se nota certa timidez em abandonar em definitivo as denominações e conceitos do processo civil. Rompido o laço com a ação penal exclusivamente privada (o que está a merecer elogios), era hora de tratar da acusação e da imputação, que é elemento da primeira, prestigiando-se estas categorias nucleares em uma estrutura acusatória. Com isso por certo sumiriam as causas de perplexidade, pois o método de definição da responsabilidade penal é o processo, com fases ou etapas, início, desenvolvimento, inúmeras hipóteses de suspensão e, por fim (sugestivamente pleonástico!), a extinção, com ou sem resolução do mérito. Não se trata de remeter a ação às calendas gregas! Há o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a revisão criminal. Todos os equívocos referidos, porém, são observados quando se trata de ação condenatória e seu respectivo processo.

- Daí a surpresa com a redação dos artigos 255 e 256. Não há outras petições iniciais em processo penal, além da denúncia? Pelo menos à queixa há de se adotar idêntico critério, em hipótese de ação penal privada subsidiária da pública, de índole constitucional (artigo 5º, inciso LIX, da Constituição da República e artigo 309 do próprio projeto). E as petições de revisão criminal e de mandado de segurança? A impronúncia persistirá como causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, ainda que de mérito trate o seu conteúdo? E o óbvio: as absolvições e condenações ao

fim do curso do processo de conhecimento (mais pleonasma) não levam à extinção do processo com resolução do mérito? <sup>4</sup>

Situações como essas estão espalhadas no texto do projeto e reclamam tratamento mais cuidadoso (“interesse na ação penal” ou na demanda, ou, ainda, na solução do caso penal? Artigo 253, inciso II).

Em minha opinião, porém, os mais graves desacertos são os do segundo grupo e dizem com a tolerância com a flexibilidade semântica que diretamente interfere com os direitos fundamentais.

É preciso desde logo colocar em relevo a regra de validade de um novo Código de Processo Penal: sua compatibilidade com os direitos e garantias assegurados pela Constituição da República e por tratados internacionais de que o Brasil seja signatário!

Esta escolha não é negociável. Tampouco pode ser matizada. Não há “tons” de presunção de inocência. Igualmente não existem nuances de acusatoriedade!

Para delimitar os recursos, convenientemente ou não com o propósito de tutela dos direitos fundamentais, a exposição de motivos confessa-se ardorosa defensora da “presunção de não-culpabilidade” (item VI). Ignora-se o texto expresso do item 2 do artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92), que é tratado como se não existisse. E o efeito prático disso está, por exemplo, em restringir o âmbito de abrangência dos Embargos Infringentes, para impedir que recorra a ele o condenado que ostentar esta condição desde a sentença em primeiro grau (artigo 478). Isso sem falar na repercussão da retórica em tema de liberdade pessoal!

Não se contraria “impunemente” a Constituição da República (artigo 5º, §2º). E

<sup>4</sup> Neste caso a opção implicará em uma nova e completa redação, que distinga as decisões extintivas tomando por base a solução definitiva do caso, com pronunciamento judicial tendente à coisa julgada material, ou a resolução meramente formal, por força de deficiente formação do processo ou da própria acusação.

a sanção para o contencioso entre Código de Processo Penal e Constituição está na invalidade da norma infraconstitucional. Não se cuida de gosto ou preferência “garantista”.

Na mesma seara encontra-se o propósito de “evitar leituras radicais acerca da extensão do princípio acusatório” (item VII da mencionada Exposição).

Não há leituras radicais acerca da extensão do princípio acusatório!

O que repousa implícito na frase é o reconhecimento de que a estrutura de direitos e garantias, conforme estabelecida na (e pela) Constituição da República é acusatória.<sup>5</sup> Limitar isso pela via da “contenção do significado” configura pretensão de contornar a normativa constitucional.

Algo que pode ser retratado pelo inusitado exemplo: em não sendo possível negar ao preso o direito ao silêncio, cria-se a figura do *detento* para da distinção estabelecer que somente o indivíduo *formalmente* preso seja considerado titular do direito ao silêncio! Isso é inviável!

Gostem ou não as pessoas, a Constituição da República estrutura o processo penal em base acusatória. O que significa:

- Dispor a acusação em mãos do acusador e afastar o juiz desta tarefa.

- Entregar às partes a gestão da prova.

O artigo 409 do projeto ilustra a “compressão” a que se pretende submeter o princípio acusatório. Não se entende exatamente a que título a regra proposta subsidia categoria inquisitorial repudiada (e, na maioria das vezes, desconhecida) em modelos estruturados com alicerce na acusatoriedade!

É manifesta a incompatibilidade entre a condenação de alguém quando o titular da ação penal (artigo 129, inciso I, da Constituição da República), após detida análise da prova, se pronuncia pela absolvição, e a efetividade da garantia do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da mesma Constitui-

<sup>5</sup> O artigo 4º, no entanto, não deixa margem à dúvida: o processo penal terá estrutura acusatória.

ção). Até porque a esta altura dos estudos jurídicos sabe-se bem que as provas (meios de prova) não falam por si! O conjunto probatório deve ser necessariamente interpretado pelas partes e esta interpretação é o objeto das alegações finais, de outro modo dispensáveis (PRADO, 2006, p. 116).

Ao pleitear a absolvição, o acusador suprime argumentos que, por não existirem, não poderão ser considerados em linha de contraditório pela defesa, cuja função consiste em tutelar a presunção de inocência. E processo sem contraditório é inválido, nulo!<sup>6</sup>

A vigilância inquisitorial, disfarçada em contraponto a uma suposta leitura radical acerca da extensão do princípio acusatório, mostra a face no parágrafo único do artigo 162 do projeto.

Neste caso combinam-se as compreensões matizadas de presunção de inocência e princípio acusatório, que por conveniência argumentativa recebem os nomes de presunção de não-culpabilidade e *leitura não radical* do referido princípio.

Admite-se no projeto alguma iniciativa probatória ao juiz. Poderes de instrução, esta é a correta denominação.

Indaga-se: em um processo cujo estado de incerteza se resolve em favor do acusado, em virtude da presunção de inocência, como a “dúvida” mencionada no texto do citado dispositivo poderá merecer tratamento legal diferenciado? Especialmente

<sup>6</sup> A observância escrupulosa do princípio acusatório conduz a duas soluções: a) o Ministério Público desiste da ação proposta (e o texto do artigo 50, malgrado a tendência a ampliar o espaço de decisão do Ministério Público, nega essa possibilidade, contraditoriamente com a citada estrutura acusatória e sem simetria com o tratamento em tema de recursos); b) ou encerra o processo opinando pela declaração da inocência do acusado, cabendo ao juiz homologá-la como faria em hipótese de suspensão do próprio processo. Pode-se conceber medida prévia à homologação, por iniciativa do Ministério Público, nos termos do artigo 38 da proposta. Em caso algum a iniciativa (condenatória ou de provocação de outra instância do Ministério Público poderia ficar a cargo do juiz, cuja imparcialidade deverá ser preservada.

após os elogiáveis cuidados dispensados pelo projeto ao estatuto do Defensor, em seu artigo 60!

A Defesa será efetiva... sob pena de tornar-se inválida... e assim contaminar os atos do processo. Onde, pois, entra a intervenção probatória do juiz? Salvo para organizar o conjunto probatório em desfavor do acusado, é claro! Mas isso é inconstitucional<sup>7</sup>.

Não se trata de mera questão de pre-conceitos linguísticos. O que está em jogo neste caso, antes da harmonia interna do Código de Processo Penal futuro, é seu ajuste à Constituição e sua adequação ao Estado de Direito.

Gramática e semântica não estão imunes às inferências ideológicas. Antes, configuram o veículo por meio do qual as ideologias tomam forma. Não haveria mal maior nisso se as escolhas fossem devidamente explicitadas<sup>8</sup>. Inseridas de contrabando no texto, as concessões inquisitoriais tornam-se mais problemáticas e exigem a necessária exposição, porque do contrário recairá sobre os ombros do Supremo Tribunal Federal o fardo, que é sua função, de declarar a inconstitucionalidade destas normas<sup>9</sup>.

Mais uma vez, em homenagem à função contra-majoritária dos direitos fundamentais e em apoio concreto à democracia (FERRAJOLI, 1997; CAMPILONGO, 1997, p. 53), há necessidade de uma tomada de posição que preserve o Supremo Tribunal. Desgastes desnecessários da Corte para dar conta de vertentes da opinião pública que

<sup>7</sup> Este é o cerne da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do artigo 3º da Lei nº 9.034/95, no processo da ADIn 1.570-2 (DJU 19.11.2004). Pouco importa o momento do exercício dos poderes de instrução. A questão posta diz com a iniciativa de ofício e o ferimento mortal à presunção de inocência e à imparcialidade.

<sup>8</sup> E aí caberia à Comissão de Constituição e Justiça emitir parecer pela rejeição da proposta.

<sup>9</sup> Corre-se, portanto, o risco de apelo ao direito penal simbólico, com recurso a mecanismos de antemão reconhecidos inválidos. Em uma democracia os juristas tem o dever de prevenir e evitar o desgaste desnecessário da Corte Constitucional!

buscam restringir garantias como forma de assegurar alguma difusa “paz social”, que por este caminho é típica dos regimes autoritários, são perfeitamente evitáveis.

### 3. Das escolhas: juiz natural, julgamento sumário e habeas corpus

O projeto optou em alguns casos, outros não.

Com efeito, o PLS 156/09 deixou de tomar partido na questão da direção da investigação criminal, remetendo à lei (artigo 9º). Mas, que lei? Por que não o próprio Código de Processo Penal, que reivindica reserva – e monopólio infraconstitucional das regras de processo?

A presente análise cuidará das opções. De algumas delas.

A estrutura acusatória tem consequências. E uma das mais visíveis está em dispor de um juiz cuja função deve consistir em apreciar os meios de prova que as partes se propõem a produzir e avaliar a licitude destes meios, determinando a exclusão das provas ilícitas e delimitando o perímetro temático do debate contraditório.

Este mesmo juiz poderá ter (e terá, nos termos da proposta) poderes cautelares, que serão em regra impulsionados a requerimento dos interessados, em estrita observância da presunção de inocência e do princípio acusatório.

Assim, evita-se que o julgador responsável pelo veredicto se veja “contaminado” por uma versão parcial, pertinente com exclusividade ao campo da admissibilidade da acusação, e possa julgar o mérito, oportunamente, orientado pelas premissas decorrentes da tantas vezes referida presunção de inocência<sup>10</sup>.

Com este propósito, projeta-se a instituição do “juiz das garantias” (artigos 15 e seguintes).

<sup>10</sup> É meritória a proposta de redação do artigo 17, que se dirige ao citado objetivo de concretização da imparcialidade do julgador,

A crítica recai, todavia, sobre a redação do artigo 18.

Nos termos deste artigo o “juiz das garantias” deverá ser “designado” conforme normas de organização e divisão judiciárias. A designação poderá ser interpretada como método de provimento transitório ou temporário, mas à discrição do Chefe do Poder Judiciário local.

A solução contraria o princípio do juiz natural, compreendido como juiz previamente definido em lei. As pressões que podem atingir o magistrado e perturbar as condições de exercício imparcial da jurisdição não são devidas com exclusividade a fatores externos. A garantia (para o cidadão) da imparcialidade do juiz pode ser afetada por pressões oriundas da hierarquia do próprio Poder e a forma de evitar isso está em assegurar a inamovibilidade do magistrado. Ainda que se estabeleça mandato, isto é, prazo para o exercício da função de “juiz das garantias”, a solução é mais adequada, pelo viés constitucional, que o silêncio sobre o assunto, a remeter aos tribunais locais a tarefa de definir como estes juizes serão instituídos. O mandato garante a inamovibilidade.

Conquista da democracia o julgamento com base em provas. Pode-se asseverar que a legitimidade da sentença penal condenatória está condicionada à fundamentação em meios de prova que convençam acerca da responsabilidade penal do acusado (FERRAJOLI, 1997).

Os julgamentos sumários, instantâneos, modalidade de *justicamento*<sup>11</sup>, prescindem do contraditório, invertem a presunção de inocência e concebem os direitos fundamentais como “direitos subjetivos” das pessoas (nesta hipótese, das partes no processo), renegando visão emancipatória e transformadora destes mesmos direitos.

Com efeito, o discurso de fundação desta “modalidade de procedimento” está ancorado na consensualidade (PRADO,

<sup>11</sup> Convém buscar o significado do termo nos dicionários, em relação ao nosso recente passado ditatorial.

2006a). E esta, por sua vez, como foi denunciada na obra citada, está alicerçada na liberdade de decisão do indivíduo. Tal é a retórica dos direitos fundamentais em sociedades dominadas pela ideologia do individualismo possessivo e pela lógica do mercado<sup>12</sup>.

Os países periféricos e semi-periféricos, no entanto, não se constituíram sobre a mesma base. Ao contrário, o autoritarismo imperante em nossas plagas e seu reflexo na instrumentalização do Sistema de Justiça Criminal são de tal ordem que mesmo os autores do projeto se viram forçados a reconhecer isso.

É assim com a aparentemente estranha redação do artigo 69 do projeto: “Quando o interrogando quiser confessar a autoria da infração penal, a autoridade indagará se o faz de livre e espontânea vontade”!

Como o autor reiteradamente se pronuncia, em conferências e palestras, a edição de uma determinada regra tem sua história, seus motivos conhecidos e velados, e não raro revela-se *ato falho*, a escapar pelos poros do vigilante super ego!

Na América Latina, e de restos entre os povos historicamente oprimidos e marginalizados, não pode conceber os direitos fundamentais salvo como o resultado de “lutas raramente recompensadas com êxito” (HERRERA FLORES, 2009, p. 38). A opressão sobre o indivíduo, neste caso representado na pessoa do acusado, deve ser contida pelo caráter irrenunciável dos direitos fundamentais que estão voltados à tutela da dignidade da pessoa humana.

É a nossa história, pois, que nega o signo da constitucionalidade aos artigos 271 e 272 do projeto, amparada no reconhecimento implícito do caráter tradicionalmente violento do sistema criminal, conforme o artigo 69 da própria proposta.

<sup>12</sup> Conforme esta razão o indivíduo conscientemente não adotaria comportamento que lhe trouxesse prejuízo. Minha crítica a isso e o entendimento sobre a inconstitucionalidade, entre nós, deste procedimento, está lançada na referida obra (nota 14).

E é também nesta linha histórica que o *habeas corpus* deve ser colocado em perspectiva.

Aos mais novos e aos esquecidos vale lembrar as palavras de Raymundo Faoro, quando, presidente da OAB, em 15 de junho de 1977, na Folha de São Paulo, contestava a ditadura militar (GASPARI, 2004, p. 450):

“O *habeas corpus* não é só uma reclamação da sociedade civil, mas uma necessidade do próprio governo, pois a boa autoridade só pode vigiar a má autoridade pelo controle das prisões, proporcionado pelo *habeas corpus*”.

E este intérprete do Brasil voltaria ao tema, um mês depois, no Jornal do Brasil, aduzindo:

“Nos fixamos no *habeas corpus* como medida imediata, pois entendemos que a garantia da liberdade física leva à libertação do medo. Este é o primeiro passo para que se obtenha um consenso da nação que é o pressuposto do estado de direito e da legitimidade das instituições”.

O projeto parece olvidar disso!

Não se preconiza o retorno aos termos do debate entre Pedro Lessa e Rui Barbosa (LESSA, 2003, p. 276 e ss.). Mas não se pode fazer vista grossa à pretensão de reduzir o âmbito da garantia, algo que a Exposição de Motivos, muito timidamente, mencionará ao fim do item VI.

Reservar o *habeas corpus* para decisões não impugnáveis por meio de recurso com efeito suspensivo, como está no parágrafo único do artigo 637, importa constranger os legitimados ao círculo estrito das partes do processo, às quais se oferece a possibilidade, muitas vezes irreal à vista da cotidiano, de prontamente impugnar medidas limitadoras da liberdade de ir e vir.

O *habeas corpus* é ação popular, de legitimação difusa, e há motivos para ser assim.

Ademais, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em

juízo de *habeas corpus*, revelam a gravidade da proposta de restringir a casos de “prisões ilegais”, concretizadas ou iminentes, não protegidas pelo agravo!<sup>13</sup>

A restrição ao *habeas corpus*, em lei ordinária, é incompatível com a Constituição da República e conspurca a nossa história.

#### 4. Considerações finais

Em um projeto desta envergadura há muito mais a merecer consideração.

O tempo de duração das interceptações telefônicas, previsto no artigo 240, que não escapa da crítica apresentada em outra oportunidade (PRADO, 2005, p. 38 e 45-6) e acolhida em decisão do Superior Tribunal de Justiça<sup>14</sup>.

A opção pelo modelo da parte civil é desnecessária e contradiz a celeridade pretendida (artigo 79). Basta ver os prazos quando houver parte civil (artigo 261). Isso, sem prejuízo da incompatibilidade entre tutela dos interesses da vítima e a presunção de inocência. Prever a intervenção civil, com tudo a que isso obriga (contraditório, prova etc.) funde, indevidamente, pretensões orientadas por princípios diversos.

Elogiável, todavia, o fortalecimento de direitos da vítima (artigo 89), avançando-se na seara do bem-estar social.

Pretende-se o fim da conexão entre crime doloso contra a vida e crime de outra natureza. Excelente. Como, porém, eliminar o vínculo apenas depois da pronúncia (artigo 106, §2º, e artigo 323)? O processo por crime que era (ou estava) objeto da conexão será decidido antes do julgamento do homicídio? E depois, os jurados, sem motivar, decidirão sobre o crime doloso contra a vida? Como fazer para que a decisão anterior não influencie o julgamento do Conselho de Sentença?

<sup>13</sup> Não é exatamente assim que a coisa está dita na exposição de motivos. Mas é como está colocada no projeto, conforme o parágrafo único do artigo 637.

<sup>14</sup> Proferida no julgamento do HC 76.686-PR, j. 09.09.08. Rel. Ministro Nilson Naves, 6ª Turma.



É preciso, também, harmonizar o trato da suspensão condicional do processo com a disciplina dos procedimentos.

Enfim, são sugestões de leitura e revisão, se for o caso. Não se desmerece, porém, o trabalho.

A limitação dos casos de prisão preventiva deverá inverter a rotina de multiplicação desta espécie de cautelar, que tem sofrido intensa limitação pelo trabalho interpretativo dos tribunais. É apenas por isso o projeto já se inscreveria entre o que de melhor se pensou sobre o assunto. Assim como, repita-se, a extinção da ação penal de iniciativa exclusiva da vítima.

Há, pois, muito a aplaudir e, em debate democrático, algo a ser revisto e aperfeiçoado.

## Referências

CAMIPLONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997.

GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

HERRERA FLORES, Joaquin. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Edição fac-símile. Brasília: Senado Federal, 2003.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Transação penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

\_\_\_\_\_. *Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.



# Sistema acusatório

Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

## Sumário

1. Os dois sistemas processuais penais. 2. Por que todos os sistemas processuais são “mistos”? 3. O sistema processual penal atual: a inquisição do CPP de 41. 4. O sistema processual penal no Projeto 156/09-PLS. 5. O lugar constitucionalmente demarcado das partes e o projeto 156/09-PLS.

### 1. Os dois sistemas processuais penais

Todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos. Isto significa que não há mais *sistemas puros*, ou seja, na forma como foram concebidos.

Há de se entender, porém, o que se quer dizer com tal assertiva, tão difundida quanto mal-entendida.

A compreensão da questão passa por uma dúplica análise: em primeiro lugar, da própria noção de sistema e, depois, da possibilidade ou impossibilidade de se ter sistemas mistos.

Ora, tem-se presente que os sistemas – ditos puros – nasceram, na forma como os conhecemos, no início do século XIII, embora outros tenham existido, inclusive com tais nomes, antes, por exemplo, entre os romanos. Esses, porém, só para alusões secundárias têm alguma importância naquilo que aqui interessa, ou seja, a investigação dos modelos atuais, precisos e datados, inclusive para não se permitir uma maior confusão.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho é Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR); Mestre (UFPR); Doutor (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Coordenador do Núcleo de Direito e Psicanálise do PPGD-UFPR. Advogado. Procurador do Estado do Paraná. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pelo Paraná. Membro da Comissão Externa de Juristas do Senado Federal que elaborou o anteprojeto de CPP, hoje Projeto nº 156/2009-PLS.

Os dois sistemas dos quais se fala (inquisitório e acusatório) vieram a lume, como se sabe, por *razões políticas*. Outras, de ordem teológica, econômica, filosófica e jurídica (entre tantas), foram altamente relevantes mas, decididamente, secundárias ou, pelo menos, sempre estiveram subordinadas àquelas políticas.

O Sistema Inquisitório aparece no âmbito da Igreja Católica e tem seu marco histórico (1215) em face do IV Concílio de Latrão.

Em síntese, poder-se-ia dizer que desde o século anterior (século XII), mais particularmente em seu final, a Igreja Católica se debatia com um fenômeno social interessante: pensavam alguns estar em risco o seu domínio sobre o mundo conhecido, do qual era detentora da grande parte. Sua doutrina – era visível – já não encontrava ressonância plena e, portanto, havia discórdia em alguns pontos capitais. Pensava-se que isso era fruto de “doutrinas heréticas” e, portanto, de postulados contrários àquelas pregados desde Roma. Sabia-se, por sua parte, isso só ser possível em razão de outros fundamentos epistêmicos e, assim, não era tarefa fácil, nem banal, o seu combate.

Algumas medidas já haviam sido tomadas: Inocêncio III, o papa de então, havia baixado uma Bula (*Vergentis in senium*), em 1199, equiparando o crime de heresia ao de lesa majestade, historicamente o mais grave dos crimes. Ela, como tal, produziu poucos efeitos, porque eventual punição ainda estava afeta aos leigos que, ademais, começavam a avolumar poder em face do crescimento das nascentes cidades medievais, construídas não pela decadência dos feudos, mas, sobretudo, em função da necessidade dos senhores das caravanas melhor conduzirem e distribuírem suas mercadorias, fato determinante não só da criação dos entrepostos comerciais, mas, principalmente, para serem eles regidos por uma outra mentalidade, ligada ao comércio e, portanto, muito diferente daquilo que se tinha nos feudos.

Os entrepostos comerciais foram transformados em burgos, vilas. E tinha outra

perspectiva a vida que ali se levava: cria-se um novo sistema de trocas e já não mais cada um respondia pela sua própria sobrevivência, mas dependia dos outros, o que se vê pelas chamadas Corporações de Ofício, cada uma produzindo um tipo (ou tipos) de bens.

Era natural que se não pensasse nos burgos como se pensava nos feudos; e se vivesse de outro modo, embora, no início, tenha sido muito difícil, não raro mais que antes (nos feudos), porque o regime das relações pessoais era, em grande parte, pior que aquele dos escravos.

À Igreja Católica (ou parte dela) importava, porém, não o fato de haver diferença entre o burgo e o feudo, mas, sim, naquele que não mais tinha um domínio pleno, agora eclipsado por aquele dos “burgueses”, senhores das caravanas, do comércio e do grosso do dinheiro. E, sem volta, pelo menos aparente. Aqui, então, o dilema: o que fazer em relação a tal ponto?

Por evidente – e como não se duvida –, o movimento migratório na direção dos burgos foi acompanhado (como não poderia deixar de ser) pela Igreja Católica. Sua presença nos burgos (desde o início), principalmente nos séculos X e XI, não foi suficiente para aplacar o móvel do crescimento, ou seja, o *desejo*, mola mestra da propulsão de qualquer sociedade.

O problema, assim, estava em como não perder para essa nova mentalidade, dado ser complicado – e sempre foi – lutar contra o *desejo*.

Por trás de tudo estava (já haviam diagnosticado) Aristóteles e um outro modo de se pensar a vida. Basta ver o que se passou com os Cátaros. Católicos como todos os demais, essa gente não tinha, aparentemente, nenhum motivo para ter contra si uma Cruzada ordenada por Inocêncio III, a qual se converteu em uma guerra sem tamanho. Como pano de fundo estava – sabe-se bem – o pensamento de Aristóteles, presumivelmente incorporado a partir do contato mediterrâneo com os comerciantes

do norte da África e do Oriente Médio. Já não era, contudo, uma Cruzada contra os “bárbaros incrédulos”, como se havia passado (com tal desculpa) antes. Era contra “iguais na fé”, por certo que determinada por outras razões filosóficas e econômicas. Para tanto, basta ver o que fizeram a Carcassone, Toulouse e outras cidades arrasadas e saqueadas.

Outro forte sintoma da fragilidade do domínio do pensamento da Igreja Católica se deu com a criação das Universidades, quase todas produzidas como *Studium Urbis*, justo para preparar as pessoas para a nova realidade social dos burgos.

O dilema, assim, não era simples, há de se reconhecer. E se sabia das *causas* no âmbito da Igreja Católica, onde nunca se desconheceu Aristóteles, mas, por conveniência, adotou-se o pensamento de Platão (a verdade em um mundo hipostasiado), dado ser ajustado como uma luva aos seus interesses desde a conversão de Constantino. Por sinal, Aristóteles, na sua maior extensão, só toca o mundo cristão verdadeiramente com o gênio de São Tomás de Aquino, mas no século XIV.

No início do século XIII, então, presente o problema, Inocêncio III reúne a cúpula da Igreja Católica em São João de Latrão e, ali, em 1215, decide-se (faz-se uma opção) pela força. É o nascimento de um novo modelo processual, ao qual não interessava aquele que estava em vigor, ou seja, os chamados Juízos de Deus, adotado (ou domesticado?) dos invasores “bárbaros” vindos do norte para demolir o império romano.

No IV Concílio de Latrão decide-se, entre outras coisas, pela confissão pessoal obrigatória, pelo menos uma vez ao ano; e ela é o marco histórico do novo sistema. A partir daí a noção de Bulgaro (*actus trium personarum: iudiciis, actori et rei*) tende a desaparecer, pelo menos em processo penal.

Tudo se consolida com uma Bula de Gregório IX (*Ex Excomuniamus*), de 1231, donde se delineia o arcabouço técnico; e com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV,

em 1252, estendida ao mundo em 1254, pela qual abriu-se o espaço definitivo para os métodos utilizados na Inquisição, de modo que *Inquisitor e Socius* se absolvessem mutuamente por eventuais demasias, entre elas na tortura. A Igreja Católica tocava à barbárie que tanto havia criticado no início do catolicismo romano, quando os católicos foram perserguidos, torturados e mortos.

Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um *pecador*, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele *objeto de investigação*. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou, e a confissão virou regina *probationum*.

Se o inquirido resistisse, mercedamente poderia ser absolvido; e de alguns se tem notícia. Era algo um tanto difícil, usando-se – como se usava – os métodos de perquirição. A verdade estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição, mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus.

Modelo hipócrita, dado a decisão estar preordenada. Com o resultado antecipado (pelo menos ao raciocínio mais hábil), o resto eram os modos de se confirmar aquilo que a razão já havia projetado.

Como modelo, a analítica de Aristóteles, pela lógica dedutiva. Com o domínio pleno das premissas, o inquisidor conduz o resultado para onde quiser.

O modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica. Em um tempo extremamente místico, não poderia ser diferente. Resistiu – e resiste – como o mais apurado sistema jurídico do qual se tem conheci-

mento, tendo persistido por tanto tempo justo por sua simplicidade, isto é, porque usa o próprio modelo de pensamento (por excelência) da civilização ocidental.

Ao permitir – sobremaneira – que se manipule as premissas (jurídicas e fáticas), interessa e sempre interessou aos regimes de força, às ditaduras, aos senhores do poder. Podendo-se orientar o êxito, faz-se o que quiser. É o reino do *solipsismo*, por excelência. Daí ter durado por tanto tempo; e seguir intacto, em muitos pontos, ainda que os novos tempos, pela realidade, duramente o tenham atingido, mormente por lhe desmascarar o falso discurso.

Ora, ele interessa a quem não é atingido por seus tentáculos ou, pelo menos, pensa-se inatingível, desde que as bases estão lançadas *ex ante*: o alvo são os outros!

Não é de estranhar que ele confirme a alusão dos penalistas de se tratar o Direito Penal de uma *luta de classes*, dos que têm contra os que não têm. Muito menos, por outro lado, desafia a inteligência (pelo menos em relação ao sistema adotado) o resultado, no Brasil, de um mundo de pobres presos, quase a integralidade dos quatrocentos e vinte mil ora indicados nos dados oficiais, em visível afronta ao princípio da isonomia constitucional. Afinal, a prisão, numa ordem constitucional e democrática, é para culpados – e de preferência condenados –, sejam pobres ou ricos. Tem-se, porém, uma opção preferencial pelos pobres e, por certo, pode-se desconfiar dos motivos, mas não se pode ter dúvida de que o sistema processual penal adotado, aquele do Sistema Inquisitório, é um dos responsáveis.

Doutra parte, o *Sistema Acusatório* nasce na Inglaterra após a invasão normanda levada a efeito por Guilherme, o Conquistador. Na realidade, a construção do novo sistema processual se dá sob o reinado de Henrique II, talvez o mais importante dos reis ingleses para o Direito.

Plantageneta, Henrique II governou de 1154 a 1189. Ajudou a implantar o sistema feudal na Grã Bretanha porque interessava

aos normandos a centralização do poder. Assim, colocando-se no lugar de senhor de todos os feudos, transformou os suseranos em grandes vassalos. Sua luta foi destinada à unificação da Grã Bretanha, o que conseguiu a partir de 1171, quando avança sobre a Irlanda.

Para manter o controle integral e desestabilizar o poder dos suseranos/grandes vassalos, Henrique II, seguindo um modelo visivelmente romano, impõe uma lei do exército, pela qual impede a manutenção e criação de exércitos feudais em troca de proteção que a todos daria desde Westminster. Eis o lugar da força, enfim concentrada em suas mãos.

Por outro lado, no campo jurídico, esforça-se para acabar com os Juízos de Deus, presentes também na ilha desde a invasão dos nórdicos. E isso faz concentrando na jurisdição de Westminster as decisões; e para todos. O problema é que alguns resistiram, como seria natural. Foi o que se passou com o bispo de Canterbury, Thomas Becket, morto por sicários do rei.

Assim, todos os que se sentissem prejudicados poderiam reclamar ao rei e o faziam por meio de petições. Essas, em regra, eram recebidas e decididas pelo Lord Chanceler e, em nome do rei, emitiam-se ordens escritas (*writ*) aos representantes reais (locais), ditos *sheriff*, a fim de que esse ordenasse que o indicado desse satisfação ao queixoso ou, se fosse o caso, comparecesse para dar explicações.

Tal modo de agir (*forms of action*) logo abarrotou a jurisdição real e, mesmo que o tribunal tivesse sido decomposto (dividiu-se o chamado *Curia regia* em três tribunais), a situação não encontrava solução.

Foi daí que Henrique II deu, quem sabe, o grande passo à construção de um modelo singular. Por um novo *writ*, dito *novel disseisin*, instituiu para Clarendon, em 1166, um *Trial by Jury*. Por ele, um *Grand Jury*, composto por 23 cidadãos (*boni homines*) *indictment* um acusado e, se admitida a acusação, seria ele julgado por um *Petty*

*Jury*, composto por 12 membros. Nele, o *Jury* dizia o direito material, ao passo que as regras processuais eram ditadas pelo rei. O representante real, porém, não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa. Para tanto, a regra era a liberdade, sendo certo que o acusado era responsável pelas explicações que deveria dar. Por sinal, não se produziam provas no início: o *Jury* era a prova. Elas só vieram – como regra – nos séculos XV e XVI, como *evidence*, quando já não se tinha mais conhecimento dos fatos e, portanto, era necessário reconstituir o crime e seus pormenores.

O julgamento, nesta dimensão, dava-se, normalmente, em locais públicos e, do ponto de vista político, foi uma opção e manobra genial de Henrique II. Afinal, se o povo condenasse, era a resposta do rei; se o povo absolvesse, era a resposta do rei e, assim, estava ele sempre do lado aparentemente correto. Não é de estranhar aparecerem aforismos como *The king can do no wrong*.

Deste modo, as regras de processo (ou do como se deveria proceder) eram gerais e geravam um sistema comum (*Common Law*), ao passo que o direito material era local e expresso muito mais (como sempre foi) pelos costumes que pelas leis. Eis por que, no *Common Law*, *remedies precede rights*. De qualquer maneira – perceba-se –, em sendo um sistema, trata-se d'O *Common Law* e não d'A *Common Law*.

Ao que por ora interessa, vê-se que, nele, a disputa entre acusação e defesa aparentemente tendia – e tende – a ser leal e indicava uma paridade de condições entre os contendores.

O vital, porém, era que os juízes decidiam com base naquilo que sabiam (como não poderia deixar de ser), mas, depois, com base naquilo que as partes aportavam ao processo, o qual se mostrava como um jogo dialético entre os argumentos delas, em geral travado em local público. Tal sis-

tema é o que se convencionou chamar, mais tarde, na forma como se conhece hoje, de *Sistema Acusatório* e, a partir desse padrão, domina boa parte dos sistemas processuais penais do mundo.

Como se pode notar, a construção dos sistemas processuais puros se deu por opções políticas historicamente demarcadas, embora tivessem variados os motivos que levaram a tanto.

## 2. Por que todos os sistemas processuais penais são “mistos”?

Um sistema processual penal misto, ao contrário do que comumente pensam alguns, não é a simples somatória de elementos dos dois sistemas puros.

E isso porque epistemologicamente não se sustentaria uma somatória do gênero, por um lado, mas, por outro (e quiçá mais relevante), porque o própria noção de sistema não comporta algo do gênero.

Ora, como precitado, o nascimento dos sistemas processuais penais puros não se deu em função de bases filosóficas ou, pelo menos, não foram elas as forças motrizes das suas constituições, e sim opções políticas, tanto na Igreja Católica (quando do nascimento do *Sistema Inquisitório*, embora nela se soubesse da questão ligada ao pensamento aristotélico) quanto na Grã Bretanha de Henrique II, onde nasce, como hoje estruturado, o *Sistema Acusatório*, quando, por certo, sequer se cogitou sobre o assunto, dado estar a atenção quase que integralmente voltada para outros pontos, todos políticos.

Do ponto de vista filosófico, então, a preocupação com os modelos processuais penais só aparece mais tarde e, como não poderia deixar de ser, em face do momento histórico, sempre vinculada à chamada Filosofia da Consciência.

Tendo por referência o pensamento cartesiano, *objeto* e *método* sempre foram os núcleos da base filosófica de descoberta da verdade. Assim se pensava o mundo e da mesma forma se passava, então, com o



Direito e seus ramos. Com o Direito Processual Penal não seria diferente.

Enquadrado como uma *estrutura complexa* por definição, o processo (e a teoria toda que lhe sustentava) não poderia ser pensado hilemorficamente, mesmo porque integrado por elementos que, por si sós, eram de uma complexidade intolerável à redução à unidade, necessidade inafastável no modelo aristotélico. Bom exemplo era – e segue sendo – a audiência.

Eis por que, dentre outros motivos, com o tempo passou a ser pensado, o processo, pela matriz sistêmica, agora vista no modelo kantiano. Ora, como se sabe, foi Kant que concebeu, na sua Arquitetônica da Razão Pura (na sua obra Crítica da Razão Pura), a *possibilidade de se encontrar a verdade em estruturas complexas* e assim o fez imaginando a possibilidade de se conhecer os *conjuntos* (*sýstema*, do grego). Para ele, sistema era o conjunto de elementos colocados em relação sob um ideia única. Ela, por sua vez, seria determinada pela *finalidade* do conjunto e estaria colocada como princípio de ligação entre os elementos integrantes, logo funcionaria como um *princípio unificador*, reitor da conexão e, como tal, dado *a priori*. Foi assim que se pode pensar em sistemas nos mais variados campos, algo que vai do sistema solar ao sistema de governo, ou seja, matéria aparentemente de conhecimento corriqueiro no cotidiano. Em todos, porém, há um *princípio unificador*.

Por este viés, não é difícil compreender que todas as ciências e teorias se fundam em *princípios unificadores*, ali colocados como a *representação da coisa*, da Verdade que, se existir, não pode ser dita, justo por faltar linguagem para tanto. Tal *princípio unificador*, reitor, fundante, que se coloca no lugar da Verdade que se não pode dizer, é um mito, ou seja, a verdade (com minúscula) que é dita, como linguagem, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito. É o *significante* primeiro.

Os sistemas processuais penais, por tal vereda, vão pensados assim e, por isso, relacionados ao fim último do processo

(*dicere ius ou iuris dictio*), expressão do *sentire* (sentença) do órgão jurisdicional. Para *decidir/sentenciar*, todavia, precisa-se de *conhecimento* e, para tanto, faz-se mister, como se sabe, da *prova: tudo aquilo que é produzido (introduzido) no processo com o objetivo de tornar conhecido fatos, pessoas ou coisas*. Neste momento, ganha grande significado o conceito de processo aventado por Canuto Mendes de Almeida, isto é, algo como a *reconstituição histórica de um fato pretérito que é o crime*.

Não se trata do crime – tenha-se bem presente – já existente (pelo menos aparentemente), mas da sua *reconstituição*, algo que se faz pela *linguagem*, como não se pode negar. Eis, então, a razão pela qual a linguagem é tão importante no espaço do Direito Processual Penal. Afinal, consumado o crime (teoricamente falando, obviamente), daí por diante tudo já é matéria processual e, assim, caminha-se nos labirintos da linguagem. Salvo as raríssimas exceções dadas pelos chamados *atos reais* (embora até eles sejam discutíveis enquanto tal), vistos na visão de Goldschmidt, tudo o mais é pura linguagem. Não é de estranhar, não obstante: a investigação preliminar é sempre linguagem; a denúncia é, no que mais interessa (a imputação), linguagem; a prova, mormente aquela quantitativamente mais significativa, a testemunhal, é pura linguagem; as razões e alegações das partes são pura linguagem; as decisões, máxime as sentenças, da mesma forma, são linguagem; e assim por diante. Está-se, portanto, no reino da linguagem.

Sem embargo disso, não são poucos os que sustentam a necessidade – e por que não a concreta possibilidade? – de se entender e discutir tudo a partir da “descoberta da Verdade”, por evidente que ignorando os giros produzidos pela linguagem. Para tanto se passar – como parece elementar – há, sem dúvida, uma *crença na real possibilidade de se obter a Verdade pelo conhecimento do objeto* e, assim, aposta-se nos postulados da Filosofia da Consciência como o genial



caminho de descoberta. O *sujeito* dá conta do *objeto* porque, antes de tudo, crê no *método* do qual dispõe: a lógica dedutiva! Não é de estranhar que tudo seja pensado por *silogismos*.

No processo penal o *sujeito* deve *conhecer* e, assim, ter acesso – e por ele domínio – ao fato criminoso (*objeto demarcado pelo caso penal que dele resulta com a aparente – ou concreta – consumação do crime*), o que se dá pela *reconstituição* precitada, ou seja, pelo *método* adotado.

O problema é que é o *fim do sistema* – como referido –, que ressignifica o *princípio unificador* e ele, como é elementar, ganha um colorido diferente nos *dois sistemas conhecidos*: o *princípio unificador será inquisitivo se o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório*. Como *ideia única*, não comporta divisão e, deste modo, não se pode ter um *princípio misto* e, de consequência, um *sistema misto*.

Ora, se todos os sistemas processuais penais da atualidade são *mistos* e, desde a noção de *sistema* não se pode ter um *sistema misto*, parece óbvio que se trata de um problema meramente conceitual, e não fático.

Desde uma visão mais adequada, os *sistemas são mistos* não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo *sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório*, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, em sendo *regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório*, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano.

Neste passo, porém, ainda não se tem uma diferença concreta entre os *sistemas mistos*, como se pode perceber. E ela (a diferença) não se dá em razão do arcabouço filosófico colocado à disposição, muito menos pelas regras jurídicas que podem reger a matéria. Na realidade – e em com-

patibilidade com o que se pode ler dos fundamentos históricos dos dois sistemas – a *opção*, no caso, é *política*, seja por um ou por outro sistema.

Ora, faz-se uma *opção política* quando se dá a *função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz* (como no Sistema Inquisitório), *seja às partes*, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (*eis por que todos os sistemas são mistos*) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos *sistemas puros*. Daí que a *gestão da prova* caracteriza, sobremaneira, o *princípio unificador* e, assim, o *sistema adotado*.

Isso, embora não seja por nada complicado, tem sido difícil – muito difícil – fazer entender a alguns que primam pela leitura óbvia da vida como linearidade, como se fossem imagens de um espelho e, assim, seguem insistindo, *contra a Constituição*, em manter o *Sistema Inquisitório* que se retira, antes de tudo, do CPP, em permanente conflito com o modelo constitucional que reclama um *devido processo legal* e, assim, incompatível com *aquele no qual o juiz é o senhor do processo, o senhor das provas* e, sobretudo – como sempre se passou no *Sistema Inquisitório* – *pode decidir antes* (naturalmente raciocinando, por primário e em geral bem intencionado) *e depois sair à cata da prova que justifique a decisão antes tomada*.

Nos labirintos do sistema processual penal brasileiro habita Inocêncio III; e não são poucos os que gozam o lugar de um Torquemada. Nunca se terá *democracia processual* desse modo, por evidente, mesmo se se pensar tão só nos grandes magistrados. Um sistema desse porte, em que se controlam as premissas, não só não é alheio ao *solipsismo* como lhe incentiva. E o pior é que a *Constituição da República* não se faz viva.

### 3. O sistema processual penal atual: a inquisição do CPP de 41

O sistema processual penal brasileiro atual, assentado no CPP de 41 (cópia do

*Codice Rocco*, da Itália, de 1930, o fascista Vincenzo Manzini na dianteira), tem por base – e sempre teve – a estrutura *inquisitorial*.

Por trás de todos estava o *Code Napoléon*, de 17.11.1808 (em vigor desde 01.01.1811), pilotado por Jean-Jacques-Regis de Cambacérès, homem de habilidades políticas conhecidas mas, sobretudo, conhecedor das maneiras de como dobrar o Imperador. Foi dele (depois arqui-chanceler do Império) a ideia de mesclar a investigação preliminar colhida nos mecanimos inquisitoriais das *Ordonnance Criminelle* de 1760, de Luís XIV, com uma fase processual no melhor estilo do Júri inglês, então adotado pelos franceses, *mutatis mutandis*, por um Decreto de 16-29.09.1791 e combatido desde a adoção. Salvava-se, retoricamente, pela fase processual, a *democracia dos julgamentos*, dando-lhes uma aparência acusatória e, assim, um espetáculo com partes, acusação e defesa, debates orais e, de certa forma, tão só a intervenção do juiz para o controle da sessão. Tudo era, contudo, só retórica de um chamado *processo misto*.

No fundo, toda a prova produzida na primeira fase da persecução, em regra por um *juiz instrutor*, na investigação preliminar puramente inquisitorial, era usada na fase processual, por exemplo por sua leitura no chamado *Jugement*. A sessão vivava, como era sintomático, teatro, não raro pantomima; puro embuste; e os discursos, pomposos e longos, inflação fonética. As cartas do jogo já estavam marcadas e para desdizer isso era preciso desacreditar na figura democrática do *juiz instrutor*, tão inquisidor quanto qualquer outro que, na história, ocupou aquele *lugar*. O mister não era – e segue não sendo – singelo. Querendo-se ou não a figura do juiz sempre foi e continuará sendo muito próxima àquela do pai, inclusive pelas funções que ambos exercem. Natural, então, que se não tenha muito ânimo para dele discordar, mormente quando vai coadjuvado pela acusação ou pela defesa, tomando-se em

consideração poder pender para qualquer dos lados embora, como regra, tenda a prestigiar a acusação.

O dito *processo misto*, com o hábito do qual Napoleão tocou o mundo a partir da Europa continental mostrou-se, desde sempre, uma fraude à democracia processual. No fundo, o *sistema* napoleônico nada mais era – e é, para quem o adota – um *Sistema Misto*, ou seja, um *Sistema Inquisitorial* mesclado com elementos provenientes do Sistema Acusatório, sobretudo partes, acusação separada formalmente do órgão julgador e debates orais.

Por ele – e para ficar em poucos exemplos –, nazistas, fascistas, soviéticos e todos os regimes totalitários chamaram de “democráticos” seus sistemas processuais penais, em geral tratando-os como “Sistemas Acusatórios”. Cambacérès segue, desde o inferno, gozando a dor da injustiça que se perpetua pelo mundo, sempre em nome da Verdade, das boas intenções dos inquisidores (basta estar naquele *lugar* para ser um deles) e do chamado “*Sistema Misto*” (Inquisitorial agregado com elementos outros), apresentado como “Sistema Acusatório” em razão da fase processual comportar órgão de acusação diferente aparentemente daquele julgador, debates orais e, sobretudo, partes. Tais elementos, como se sabe, são deveras importantes para ajudar a se caracterizar um *sistema processual*, mas sem dúvida (assim como outros), secundários. O processo regido pelas precitadas *Ordonnance Criminelle* de Luís XIV tinha todos eles e foi, quem sabe, o maior monumento inquisitorial laico da história da humanidade.

No Brasil, tal modelo foi adotado quase que com a mesma conformação, isto é, aquela copiada do código italiano de 1930. Interessava ao ditador de plantão, ainda mais porque, em face dos jogos de poder do Império, acabou-se por adotar, em 1871 (Lei nº 2.033, de 20.09.1871), no lugar do chamado *Juizado de Instrução*, o *Inquérito Policial*. No fundo, não há diferença excep-

cional entre eles dado se tratar, sempre, de mecanismo inquisitorial (onde reside o problema): qualquer um que estiver naquele *lugar* – repita-se – tenderá a fazer o papel de inquisidor, exerça a função que exercer. Por sinal, o mister já esteve em mãos aos bispos e tudo deu no que deu, como se sabe. O diverso, sem dúvida, entre lá e cá, é que nos modelos europeus continentais, quase sempre variações do modelo primeiro do *Code Napoléon*, o *Juizado de Instrução* permitiu, quando do avanço democrático do século passado, adaptações tanto necessárias quanto interessantes, a ponto de se poder seguidamente colocar em causa o próprio sistema, como sucedeu na Itália do pós-guerra. Aqui, porém, isso não é possível (em função do status constitucional da investigação preliminar realizada pela Polícia Judiciária) e uma evolução deve ser pensada desde outra perspectiva.

O certo, não obstante, é que o CPP configura um *Sistema Misto* e, deste modo, mantém na base o *Sistema Inquisitorial* e a ele agrega elementos típicos da estrutura do Sistema Acusatório.

Pesa, nele, em todos os quadrantes, a *sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação*. Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despreciando o órgão acusatório.

O *sério problema que surge – com certo ar de naturalidade – é que esse mesmo órgão jurisdicional que investiga e produz provas vai, depois, julgar, ou seja, acertar o caso penal*. Isso, por si só, faz pensar na falta de imparcialidade (tomada como equidistância das partes e seus pedidos) e, por suposto, no vilipêndio daquilo que é, para alguns, quase sacro na Constituição: o *lugar* que a nação delega a quem é investido do poder jurisdicional, mormente para decidir, por ela, contramajoritariamente.

O CPP – e o sistema como um todo – como poucos outros instrumentos legais, oferece condições quase ilimitadas para o agir jurisdicional nesse âmbito (de busca e produção da prova), em qualquer das fases processuais, agora ainda mais ressaltado pelas regras do art. 156 (CPP), com redação da Lei nº 11.690, de 09.06.08, comprovação inequívoca de ser o sistema, na base, inquisitorial:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Com tamanha liberdade probatória, o juiz, no sistema processual penal brasileiro – e basta apontar em tal direção – pode fazer quase tudo o que pretender. Isso se dará, no mais das vezes, dentro daquilo que Franco Cordero chamou de *lógica deforme*:

“La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi ao lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente a garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili; usadoli orienta l’esito dove vuole. Nelle cause milanesi de

peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient' affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquenti: l'inquisito risponde docilmente; l'inquisitore gli scova in testa i fantasmi che vi há proiettato."<sup>1</sup>

Aqui, quem sabe, o grande motivo por que a opção política deve ser pelo Sistema Acusatório. Afinal, o "primado das hipóteses sobre os fatos" não é algo excepcional no Sistema Inquisitório, e sim mecanismo compatível como o simples modo de pensar (por sinal, da civilização ocidental toda), logo, tende a atingir qualquer um; e não porque são juízes, mas porque são humanos.

Ora, navegando com o pensamento para o futuro e para o passado, tende-se a acreditar nas imagens produzidas pela razão. É certo, não obstante, que tal crença não é definitiva e, assim, poder-se-ia dizer que admite prova em contrário, ou seja, pode-se voltar atrás da posição anteriormente tomada, mesmo porque, se assim não fosse, a imagem assumida se converteria em real e se estaria diante de uma psicose típica, a paranóia. Sem se poder descartar tal hipótese, a regra é que assim não seja e, por isso, Cordero, como se vê, fala em "quadros

mentais paranóicos". Em suma, *tendem a prevalecer as hipóteses assumidas sobre os fatos e, com liberdade, o juiz orienta o êxito para onde quiser*. Duvidoso, desde sempre, é o acerto da decisão tomada pelas aparências. Esse lugar, sem embargo de iludir a muitos é, na análise estupenda de Lacan, por excelência, o lugar do engodo, da fraude, do engano; como não poderia deixar de ser.

A única esperança, diante de tal quadro, é o juiz desconfiar, sempre e sempre, das suas próprias aparências/imagens e, de consequência, das suas decisões, colocando-as à prova até quando não mais for possível, em face do rito e o momento determinado para a sentença porque, teoricamente, nela, poderia encerrar sua atividade judicante no caso concreto. Estar-se-ia, por elementar, no oposto da lógica deformada e, por certo, seria o ideal. Trata-se, como se pode perceber, de tarefa impossível, ou quase. Seria como pedir ao humano que deixasse de pensar ou, por outro lado, que resistisse sempre às pulsões inconscientes. Em realidade, não é possível nem uma nem outra, e, se assim é, a solução – no plano da normalidade – está em outro lugar.

#### 4. O sistema processual penal no Projeto 156/09-PLS

A Comissão que elaborou o anteprojeto de lei de reforma global do CPP, agora convertido no Projeto nº 156/09-PLS, ao meditar sobre a questão – e como não poderia deixar de ser diante das regras constitucionais – optou pela adoção da base do Sistema Acusatório e, assim, estabeleceu-se um câmbio epistemológico sem precedentes no país: se aprovado o precitado projeto se terá um Sistema Misto e, deste modo, à base do Sistema Acusatório se agregará elementos provenientes (em menor escala) do Sistema Inquisitório. Mas o sistema de regência será o acusatório; e isso abre novas e melhores perspectivas para a *democracia processual*.

Depois de mais de oitocentos anos de domínio inquisitorial chega-se à conclu-

<sup>1</sup> CORDERO, Franco. *Guida allá procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 51-52. "A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamemo-os 'primado das hipóteses sobre os fatos': quem investiga segue uma delas, às vezes com os olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula, cautelarmente, a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção da 'sua' hipótese. Sabemos com quais meios persuasivos conte [alguns irresistíveis: por exemplo, a tortura do sono, calorosamente recomendada pelo pio penalista Ippolito Marsili]; usando-a orienta o êxito para onde quer. Nos processos milaneses sobre a peste manufacturada, junho-julho de 1630, vemos como juízes por nada desonestos, antes inclinados a um incomum garantismo, fabriquem delito e delinquentes: o inquirido responde docilmente; o inquisidor lhe retira da cabeça os fantasmas que lhe há projetado."

são óbvia que o problema é ele: o *Sistema Inquisitório*; e que não vale o investimento na certeza de que os homens vencerão a batalha contra sua consciência e inconsciência. O Direito, por certo, como sempre demonstrado, tem um papel vital na sociedade mas não o condão de lhe ditar, com proeminência, os passos.

Neste caso, a opção pela base do *Sistema Acusatório* é uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não mais faz sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição.

Desde este ponto de vista, o princípio republicano, o princípio da isonomia, o princípio do devido processo legal e o princípio da fundamentação de todas as decisões (dentre outros) formam um quadro onde não há espaço para o predomínio da base do *Sistema Inquisitório*. Eis por que a opção da supracitada Comissão foi, com precisão, pelo *Sistema Acusatório*.

No Projeto nº 156/09-PLS aparece a matéria, antes de tudo, na regra do art. 4º:

“Art. 4º - O processo 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.”

O texto merece alguma reflexão, sem embargo da sua precisão linguística, mesmo porque, em tal matéria (e em tantas outras), nada se concluiu sem discordância.

Neste aspecto, o anteprojeto – hoje Projeto nº 156/09-PLS – foi um exemplo de democracia e contou com o comando do Ministro Hamilton Carvalhido (o Coordenador da Comissão), sem o qual, por certo, não teria vindo à lume. Da mesma forma, foi imprescindível o esforço do Relator, Prof. Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, autor, inclusive, de grande parte da Exposição de Motivos. Decisivo, não obstante, foi a tolerância e compreensão de todos os membros. Com diferenças tão marcantes, nada

teria andado e muito menos o resultado teria ocorrido se não fosse o ambiente de respeito mútuo e amizade. Em definitivo, a democracia só se perfaz onde houver respeito pela diferença.

Isso, de qualquer forma, não retirou acirradas disputas por pontos capitais e, dentre eles, este referente ao sistema processual a ser adotado. A resistência, tenaz e acompanhada de um discurso inteligente, fez presente um lugar comum naqueles que apostam nas possibilidades de câmbio do *Sistema Inquisitório*. Para eles, pode-se mudar sem mudar a estrutura, o que do ponto de vista epistemológico, como antes anotado, não parece ser possível.

Por elementar, não se precisa saber muito de Bachelard para se ter presente que a evolução científica se dá a partir de rompimentos epistemológicos – daí o corte de que ele falava –, justo para se negar um passado de erros. Esses, sabem todos, traduzem-se nas “verdades” que se carrega, as quais precisam ser abandonadas para se poder evoluir cientificamente. Afinal, como disse Warat em certa passagem, *as verdades consolidadas nos escravizam àquilo que é eternamente ontem*.

Trata-se de uma escravidão, sem dúvida, mas arregimenta para o vivente um gozo tranquilizador, aquele mesmo que lhe dá a sensação de *segurança*. Romper, desta maneira, é superar a *disputa entre a razão e o desejo*, sendo certo que dele não se tem domínio algum.

Falou mais forte, no caso concreto, a exigência – que a Comissão se impôs – de elaborar um anteprojeto que estivesse em plena compatibilidade com a Constituição da República, motivo pelo qual, daqui por diante, será difícil sair de tal via, em consonância com os ditamos regentes da vida atual.

Eis, então, por que a opção foi pelo texto do art. 4º precitado. *Nele*, resta patente que a *gestão da prova escapa do comando direto do juiz* e, assim, passa ele a ter, em sua plenitude (ou quase), a função que a Constituição lhe



reserva: *garante de ordem constitucional e, por isso, do cidadão.*

Procura-se acabar, deste modo e de vez, com a *sobreposição de funções* entre o órgão jurisdicional e aquele acusador. Daí a criação de um *Juiz das Garantias* para a Investigação Preliminar, na qual não atua senão para controlar eventual invasão indevida na esfera dos direitos e garantias individuais: “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...” (art. 15). Não tem competência, assim, para sair à cata da prova que, em tal momento, não lhe interessa eis que buscada para propiciar ao Ministério Público exercer a ação penal e obter, se for o caso, a tutela jurisdicional para o processamento do caso penal.

Na fase processual da persecução, por seu turno, o juiz do processo (e não mais aquele Juiz das Garantias) terá uma participação decisiva, mas não em matéria probatória. À acusação cabe provar os fatos imputados (como deve ser, de fato), sem a intervenção direta do magistrado, a não ser para sanar dúvida pontual em algumas hipóteses, por exemplo complementando com perguntas as inquirições das testemunhas. Daí o veto à iniciativa do juiz no sentido da “substituição da atuação probatória do órgão da acusação”.

Dúvida maior, porém, veio com a intervenção dele quanto à produção da prova de defesa. Parte da Comissão entendeu que isso não se deveria passar, dentre outros motivos pelo fato de que, ao final, se houver dúvida, deve o réu ser absolvido, em face do *in dubio pro reo*. Ademais, à intervenção probatória do magistrado não se tem, pela lei, qualquer mecanismo de garantia que não atuará ele contra o réu; e sim a seu favor. Mais que jurídica, portanto, a questão se demonstrará ética; e os riscos da sobrevivência inquisitorial serão concretos dado se continuar a depender dos próprios juízes e, assim, da construção de

uma cultura que os coloque, para sempre, no seu devido lugar, algo aparentemente muito difícil no início, enquanto não houver (contra o sistema atual) uma mentalidade constitucional arraigada.

##### 5. O lugar constitucionalmente demarcado das partes e o Projeto 156/09-PLS

À guisa de conclusão, parece relevante ressaltar um dos maiores efeitos da adoção, no Projeto nº 156/09-PLS, da base do Sistema Acusatório, ou seja, o lugar das partes no processo, em face das regras constitucionais.

Ninguém desconhece que um processo de cariz acusatório faz sobressair os direitos e garantias individuais e, diante dos casos penais, acaba por salientar a proibição de excesso (art. 5º). Está-se em consonância com a CR/88.

*A cultura acusatória, do seu lado, impõe aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante!* Contra tudo e todos, se constitucional, devem os magistrados assegurar a ordem posta e, de consequência, os cidadãos individualmente tomados. À ordem de prevalência, nesta dimensão, não se tem muito o que discutir, mormente porque não há direito coletivo mais relevante que aqueles fundamentais dos cidadãos.

Deve-se ver com parcimônia, portanto, toda a grande disputa que se levou à ribalta entre os direitos individuais e os coletivos (da sociedade, como um todo), mormente porque em um Estado de democracia tardia, a figura do juiz é imprescindível para o cidadão, com frequência vilipendiado em seus direitos e infinitamente mais fraco, por sinal como projetado pelos *contratualistas*, embora não se possa ingenuamente asseverar sem restrições, em relação a todos, coisa do gênero. A isonomia, porém, não faz distinção entre os cidadãos e isso é imprescindível para se deitar a luz constitucional sobre todos.



Da sua parte, o *Ministério Público* também vai ganhar o lugar que a Constituição lhe assegura, muito mais relevante que aquele do *Sistema Inquisitório*, algumas vezes secundário, outras de coadjuvante, mas também em constante conflito com a CR/88.

A noção do *dominus litis* agora poderá, enfim, calhar-lhe como devido. Afinal, é para ele que se produzem as provas na investigação preliminar e, por isso, ser-lhe primário o *controle externo* dela. Ganha, por outro lado, uma mitigação o *princípio da obrigatoriedade da ação* e, por isso, em muitos casos poderá optar, entre outras coisas, por uma forma peculiar de *bargaining*, embora ainda seja acanhada a proposta do Projeto. Da mesma maneira, embora tenha havido evolução na aplicação do *princípio da disponibilidade do conteúdo do processo*, ela ainda foi tímida: num processo penal de matriz acusatória o MP deve ter a mais ampla liberdade neste sentido porque, valendo quase que tão só a prova da instrução processual (a ressalva são aquelas reais), é mais coerente poder retirar a acusação que ser forçado a levar os pedidos até o final e vê-los improcedentes, com trânsito em julgado material da sentença, logo, sem a menor possibilidade de renovação da ação. Pouco razoável, neste contexto, a manutenção da regra atual do art. 385, no art. 409 do Projeto. Ora, o juiz poder condenar contra o pedido do MP, vertido, no texto, como mera opinião: O juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumen-

to não imputada. Em suma, espaiada pelo Projeto inteiro, vê-se uma grande evolução das atribuições do MP mas, sem dúvida, ainda foi acanhada e fruto de um aparente medo já não mais cabível nos tempos atuais. A maior liberdade sabe-se bem é sempre acompanhada da responsabilidade se, em questão, está a ordem constitucional.

Por fim, a *defesa* ganha mecanismos para se efetivar corretamente. Autodefesa e defesa técnica, como previsões legais, podem não ser nada se as pessoas que as agitam não têm o devido domínio do *lugar* ocupado. Fala forte, neste espaço, a diferença econômica dos réus e a consciência necessária sobre o assunto. Daí ser inarredável a exigência do Estado construir, como é de sua obrigação, em todos os níveis competentes, Defensorias Públicas que respondam, dentro do devido padrão de qualidade exigido, pelas funções que lhes foram atribuídas na Constituição. Assim, sem o correto acesso à Justiça aos menos favorecidos, não haverá, nunca, democracia processual.

Não se trata - há de se entender - de pregar e impor um sistema processual em favor dos criminosos como, sem qualquer procedência, têm pregado os menos avisados, sempre adeptos à força, em geral à Lei e Ordem, desde que seja contra os outros, obviamente. O *Sistema Acusatório* não é e nunca foi sinônimo da *impunidade*, algo, por sinal, por que se reclama tanto do sistema atual. Trata-se isso sim de um sistema que realça o papel das partes a começar por aquele do juiz não só por compatibilizá-los com os ditames constitucionais mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual.



# Novo Código de Processo Penal

## O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)

Lenio Luiz Streck

### Sumário

1. Considerações propedêuticas. 2. O sistema acusatório – uma necessidade. 2.1. Alguns aspectos tópicos. 2.2. De como, na linha do que acima foi exposto, até mesmo no plano formal o Anteprojeto adotou apenas em parte o modelo (sistema) acusatório. 3. À guisa de considerações finais.

#### 1. Considerações propedêuticas

Historicamente, confundimos a função do direito penal com a função do processo penal. Não raras vezes vemos brasileiros das mais variadas classes – e estamentos<sup>1</sup> sociais – bradarem contra a impunidade,

<sup>1</sup> Refiro-me a estamentos a partir de *Os Donos do Poder*, de Raimundo Faoro, que bem nos mostra que, em determinadas circunstâncias, o Brasil é ainda pré-moderno. Temos uma sociedade de estamentos, que “ficam de fora” da classificação tradicional de classes sociais. Nas palavras de Faoro (1995, p. 824): “sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores”. Há, assim, brasileiros “diferentes” de outros brasileiros, circunstância reconhecida pela mais alta autoridade da nação recentemente, ao sugerir que o Ministério Público, antes de denunciar alguém, examine antes o seu *curriculum*. Veja-se essa questão “estamental” na previsão, no Anteprojeto do CPP, da figura do “assistente de acusação”.

Lenio Luiz Streck é Doutor em Direito (UFSC); Pós-Doutor em Direito (Universidade de Lisboa); Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS; Procurador de Justiça-RS.

colocando a culpa no “excesso de garantias” proporcionado pelo Código de Processo Penal, que, para quem não sabe, é da década de 40 do século XX.

Pois bem: o problema da impunidade estaria aonde? Na verdade, nem no Código Penal, nem no Código de Processo Penal. A crise do sistema de combate à criminalidade possui dimensões estruturais, funcionais e individuais. Uma sociedade complexa, na qual nem mesmo os direitos formais-burgueses – provenientes da primeira dimensão de direitos fundamentais – são respeitados, não pode colocar as suas apostas na “boa” legislação. Como se sabe, as tentativas de “aprisionar” o direito no interior de conceitos – como se a razão teórica pudesse ter uma vida autônoma, separada de modo como lidamos com o mundo, nossas escolhas, etc. (razão prática) – fracassaram de forma retumbante. Autoritarismos, duas grandes guerras e ditaduras: *esses foram o resultado da “pureza do direito”*. Conceitos sem mundo prático: definitivamente, o positivismo fracassou.

O direito não é um dicionário recheado de conceitos. Na verdade, pensá-lo como uma “lexicografia” é vê-lo tropeçar no primeiro vendedor de picolés (vejamos: se um contrato exige objeto lícito, partes maiores e capazes, livre vontade, o que dizer da venda de um picolé para uma criança de oito anos?; e o que dizer do direito penal, nas coisas mais mezinhas ainda não resolvidas pelos juristas, como o furto de bagatela?).

Peculiaridades e curiosidades à parte, construímos, especialmente a partir da CF/88, um conjunto de garantias processuais-penais que colocam o Brasil na vanguarda da preservação dos direitos fundamentais. Com efeito, os prazos para o exercício da ação penal e da prisão cautelar, a publicidade das decisões, a garantia da não-culpabilidade – para falar apenas de alguns dos aspectos importantes – não encontram similar em muitos países de primeiro mundo (p.ex., enquanto no Brasil o prazo para a prisão preventiva não ultra-

passa os cem dias, em países como a Itália, Portugal, Espanha e Alemanha esse prazo pode se estender até três anos). Claro que há diferenças, como as condições da prisão e a desigualdade no tratamento dos pobres. Mas é inexorável que isso ocorra em uma sociedade ainda “estamental”.

Mas, apesar dos avanços, o Código de Processo Penal sofre de um vício estrutural, que lhe acarreta um grave prejuízo na sua função: *o de estar visceralmente refém do sistema inquisitivo*. Isso se pode perceber no modo como a denúncia é recebida – embora as recentes alterações – e a *produção/gestão da prova* (o que inclui a apreciação do “produto final”, por intermédio do “livre convencimento do juiz”), para falar apenas nestes dois aspectos.

No que tange especificamente ao problema da gestão da prova é de se consignar que boa parte da doutrina brasileira se perde na definição dos modelos de apreciação da prova (quais sejam: *o modelo da íntima convicção*; *o modelo da prova legal*; e *o modelo da livre apreciação da prova*), como se o problema estivesse apenas em optar por um deles, mas não em superá-los. Há certo consenso no sentido de que o modelo da livre apreciação da prova seria “mais democrático” (*sic*) que o modelo da prova legal, uma vez que, nesse último, o juiz e as partes ficariam reféns de uma hierarquia valorativa das prova estipulada pela própria lei – pelo legislador, portanto – enquanto que, no sistema do livre convencimento, há uma maior liberdade de conformação por parte do juiz que pode “adequar” (*sic*) a avaliação da prova às circunstâncias concretas do caso. Desse modo, vem à tona a conclusão – precipitada – de que o modelo da livre apreciação da prova seria aquele que se amoldaria melhor ao processo penal acusatório. Todavia, não deixa de ser instigante o fato de que seja exatamente a livre apreciação da prova o argumento utilizado por inúmeras decisões para justificar a condenação com base em provas colhidas durante o inquérito policial. Ora, no contexto de um processo

regido pelo sistema acusatório, é comezinho que o conjunto probatório produzido na fase inquisitorial não tem força para gerar a condenação do acusado, visto que, nesta fase, não há nem efetivo contraditório e nem uma efetiva fiscalização da produção das provas por parte do Estado-juiz. E isso não é assim simplesmente porque exista uma determinação da legal que obrigue a isso, mas sim porque a tradição que se estabelece em torno do sistema acusatório aponta para esse sentido. Portanto, o problema da gestão da prova deve ir além de uma simples opção por um dos modelos citados acima. Aliás, ele deve ser pensado no contexto de um processo democraticamente gerido, *o que implica pensar os limites daquele que figura como o titular o impulso oficial: o juiz*. Pois não há democracia onde haja poder ilimitado. E isso é assim desde o primeiro constitucionalismo. Portanto, o problema da gestão da prova é, também, um problema de teoria da decisão, problemática que será analisada/ressaltada na sequência destas reflexões.

Esse problema estrutural decorre de outro problema paradigmático: o atrelamento da concepção de direito (ainda dominante) aos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. Assim, se, de um lado, os juízes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real (*sic*) – como se existissem essências (sim, existe ainda parcela considerável de juízes – doutrinadores, é claro – que acredita nisso!); ao mesmo tempo, tomam para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência (atenção: consciência entendida no sentido do paradigma da filosofia da consciência). Ora, por detrás desse “vício de origem” está a velha discricionariedade, que, não por acaso, é *o que sustenta outro inimigo do direito democrático: o positivismo jurídico*.

Adicione-se ao sistema inquisitorial uma boa dose de discricionariedade – fruto do sujeito solipsista da modernidade – e teremos, apesar da Constituição democrática e dos avanços *ad hoc* (“regionais”, no sentido

filosófico da palavra), um *direito processual penal ainda autoritário*. E, ao que parece, é para isso que queremos reformá-lo. Vamos, pois, a isso!

## 2. O sistema acusatório – uma necessidade

Discutir o “sistema acusatório” é discutir paradigmas. Mais do que isso, é tratar de *rupturas paradigmáticas*. É preciso entender que o “sistema inquisitorial” está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, isto é, do esquema sujeito-objeto.<sup>2</sup> No sistema inquisitorial, o sujeito é “senhor dos sentidos”. Ele “assujeita” as “coisas” (se, se quiser, “as provas”, o “andar do processo”, etc.). Isso exsurge, como já referido, da produção da prova *ex officio* e da prevalência de princípios (*sic*) como o do “livre convencimento do juiz” e ou “livre apreciação da

<sup>2</sup>O esquema sujeito-objeto está relacionado ao paradigma da filosofia da consciência. É esse “esquema” que sustenta o sujeito de qualquer relação cognitiva. *É improvável ou extremamente difícil que o jurista/pesquisador/operador possa vir a entender o imbróglio decorrente do debate “sistema inquisitivo-sistema acusatório” sem compreender esse “problema filosófico.”* A cultura estandarizada que permeia o direito, embora já tenhamos avançado nesse campo, continua a olhar a filosofia de soslaio, como se esta fosse um mero adereço ou adorno da ciência jurídica. Daí a minha insistência em ancorar a presente discussão na *evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência pelo giro linguístico-ontológico*. Quem melhor explicou essa problemática foi Heidegger, para quem, de Descartes à Husserl, o sujeito da subjetividade “imaneente” é o ponto comum que atravessa a metafísica moderna. Esse sujeito é o *Selbstsüchtiger* (“solipsista”, que quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado). É ele que se “encarrega” de fazer a “inquirição”. E a verdade será a que ele, o “sujeito”, *estabelecerá a partir de sua consciência*. Essa consciência é a “consciência de si”. O “eu mesmo” é dado de modo imediato. É como se o sujeito (desse “esquema” S-O) possuísse “representações exatas” da realidade. O “inquiridor”, com o seu “estar certo” (ter a representação “exata”) *dispensa a pergunta pelo sentido*. Daí a pergunta: por que é tão difícil relacionar o que foi dito com as mazelas que decorrem do inquisitorialismo? Antes de mais nada, sugiro, para começar a discussão, que desconfiemos da frase “eu julgo conforme a minha consciência”. Não há democracia e igualdade no âmbito de qualquer inquirição. Trata-se de uma impossibilidade filosófica-paradigmática.

prova". Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão nos textos legais-constitucionais das conquistas civilizatórias, *continuamos a delegar ao juiz a apreciação discricionária* nos casos de regras (textos legais) que contenham vaguezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados *hard cases*?<sup>3</sup> Volta-se, sempre, ao lugar do começo: *o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder*. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado.

Consequentemente, é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a *aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal*. É a porta de entrada da democracia. É o modo pelo qual se garante que não existe um "dono da prova"; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei; enfim, é o *locus* onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado. No fundo, é possível dizer que o sistema acusatório é a recepção do paradigma que proporcionou a grande revolução no campo da filosofia: *o giro linguístico-ontológico*, pelo qual os sentidos não mais se dão pela consciência do sujeito e, sim, pela intersubjetividade, que ocorre na linguagem. Sendo mais simples: trata-se do fenômeno da invasão da filosofia pela linguagem. Em outras palavras: o sistema acusatório somente assume relevância paradigmática nesse contexto. Se nele colocar-

<sup>3</sup> Aqui me permito remeter o leitor ao meu *Verdade e Consenso*, em especial a 3ª Edição (Lúmen Júris, 2009), em que deixo claro que a cisão entre casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*) é uma arrematada ficção! Do mesmo modo, não existem regras "claras". Uma regra só é clara quando nos colocamos de acordo com o seu sentido. Quando alguém discorda, já não é mais "tão clara assim". Também deixo delineadas minhas críticas à distinção estrutural entre regras e princípios. Princípios não "abrem" a interpretação, ao contrário do que se diz no senso comum. Na verdade, princípios "fecham" a interpretação.

mos o "livre convencimento", retornaremos ao inquisitorialismo.

Portanto, trata-se de delinear qual é o papel do juiz. De se notar: a questão paradigmática à qual me refiro aparece a todo momento e, para isso, trago à colação decisão do Supremo Tribunal Federal – veja-se o aspecto simbólico de uma decisão desse jaez – que, por uma de suas Turmas, por maioria de votos, indeferiu *habeas corpus* (no. 93.157, de 23.09.2008) em que se alegava falta de demonstração da urgência na produção antecipada de prova testemunhal de acusação, decretada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, ante a revelia do paciente/réu. O STF deixou assentado que *a determinação de produção antecipada de prova está ao alvedrio do juiz, que pode ordenar a sua realização se considerar existentes condições urgentes para que isso ocorra*. Observe-se a imbricação entre o sistema inquisitório e a filosofia da consciência (questão paradigmática, pois): a determinação de produção antecipada de prova fica a critério (*discricionariedade, livre apreciação*, para dizer o menos) do juiz. O Min. Lewandowski votou vencido, concedendo a ordem, porque vislumbrou ofensa ao dever de fundamentar as decisões judiciais e às garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a decisão que determinou a produção de prova esteve "fundamentada" tão-somente no fato de o paciente não ter sido localizado (nas palavras do Ministro, "a decisão fora determinada de modo automático").

Apenas o voto vencido está fundado no sistema acusatório. Os votos vencedores apenas fortalecem o protagonismo judicial, apostando na "boa escolha" – discricionária – do magistrado. Como contraponto, penso que, quando a lei estabelece que *o juiz pode determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes*,<sup>4</sup> sua decisão deverá

<sup>4</sup> Registre-se, aliás, que o Anteprojeto praticamente reproduz o atual art. 366 (provas consideradas urgentes). Portanto, *de nada adiantará um novo CPP se o juízo sobre a "urgência" fica ao "alvedrio do juiz"*. Veja-se,



estar fundamentada/justificada com todos os detalhes, além de passar pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, como bem frisou o voto vencido. Além disso, a urgência deve ser considerada levando em conta toda a história institucional das decisões anteriores que tratam dessa temática, respeitando a coerência e a integridade. “Provas consideradas urgentes” não é um enunciado assertórico. A “proposição jurídica” só terá sentido em cada caso concreto. A aplicação automática do dispositivo (tabula rasa) abre espaço para a decisão que o juiz julgar mais conveniente. E isso é reforçar o “subjetivismo/discricionarismo” dos juízes.<sup>5</sup>

Fica claro que um processo penal democrático depende de uma ampla intersubjetividade; depende da perspectiva acusatória e não inquisitória; depende do respeito ao contraditório, tudo a partir de uma fundamentação/justificação detalhada ao nível daquilo que venho denominando de *accountability* processual.

### 2.1. Alguns aspectos tópicos

Nessa linha, é relevante que se examine alguns pontos do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal que tramita no Congresso Nacional, fruto de intenso trabalho da Comissão nomeada para esse fim:

#### 2.1.1. A formação da prova e o “livre convencimento” – um claro resquício (ou aposta) na discricionariedade positivista.

O art. 165 do anteprojeto estabelece que o juiz formará livremente o seu convencimen-

---

aqui, a relação entre o “novo” texto e o “velho” texto e de como o novo poderá se tornar velho a partir de uma interpretação que coloque o solipsismo judicial no topo da condição de sentido.

<sup>5</sup> Lembremos, por relevante, que a fundamentação/justificação/motivação das decisões é um direito fundamental do cidadão (aliás, assim considerado pelo TEDH; Sentenças de 9.12.1994 TEDH 1994, 4, Ruiz Torija e Hiro Balani-ES, parágrafos 27 e 29; de 19.02.1998 TEDH 1998,3, Higgins e outros - Fr, parágrafo 42; e de 21.01.99 TEDH 1999,1, Garcia Ruiz-ES. No mesmo sentido, ressalte-se a posição do Tribunal Constitucional da Espanha (sentença 20/2003, de 10 de fevereiro)

to com base nas provas submetidas ao contraditório. Ou seja, o projeto passou longe das mudanças paradigmáticas no campo da filosofia, *já de certo modo abordadas anteriormente*. Explicando um pouco mais: quando se fala da formação do convencimento do juiz, *está-se a tratar de uma questão filosófica, representada pela discussão acerca das condições de possibilidade que o juiz/intérprete possui para decidir*. Trata-se da questão fulcral no campo da teoria do direito: a teoria da validade e de como se decide. Em outras palavras: livre convencimento quer dizer o quê?

*Validade* foi, sem dúvida nenhuma, a expressão de ordem das teorias do direito surgidas na primeira metade do século XX. Através deste termo se queria apontar para as possibilidades de determinação da verdade de uma proposição produzida no âmbito do direito. Ou seja, no contexto das teorias do direito que emergiram nesta época, a preocupação estava em determinar as condições de possibilidade para a formação de uma *ciência jurídica*. Assim, entendo que, para se pensar em uma ciência jurídica, primeiro é preciso estar de posse de um contexto de significados que nos permitam dizer a conexão interna que existe entre *verdade e validade*.

Para o positivismo de matriz kelseniana, o vínculo entre verdade e validade se dava da seguinte maneira: a validade é atributo das normas jurídicas, enquanto prescrições objetivas da conduta; ao passo que a verdade é uma qualidade própria das proposições jurídicas que, na sistemática da Teoria Pura do Direito, descrevem – a partir de um discurso lógico – as normas jurídicas. Ou seja, novamente estamos diante da principal operação epistemológica operada por Kelsen, que é a cisão entre Direito e Ciência Jurídica. O Direito é um conjunto sistemático de normas jurídicas válidas; enquanto a Ciência Jurídica é um sistema de proposições verdadeiras (KELSEN, 1985, p. 78 e ss.). Disso decorre o óbvio: *normas jurídicas* ou são *válidas* ou *inválidas*; *proposições jurídicas* são *verdadeiras* ou *falsas*.

A aferição da validade é feita a partir da estrutura supra-infra-ordenada que dá suporte para o escalonamento das normas jurídicas. Desse modo, uma norma jurídica só será *válida* se puder ser subsumida a outra – de nível superior – que lhe ofereça um fundamento de validade. Assim, a sentença do juiz é válida quando pode ser subsumida a uma lei – em sentido lato –; e a lei é válida porque pode ser subsumida à Constituição. Já a validade da Constituição advém da chamada *norma hipotética fundamental* que, por sua vez, deve ter sua validade pressuposta. Assim, Kelsen oferece a tautologia como forma de rompimento com esta cadeia de fundamentação: a norma fundamental hipotética é porque é, por isso se diz que sua validade é pressuposta.<sup>6</sup>

Ocorre que a relação de validade – que autoriza a aplicação da norma, fundamentando-a – não comporta uma análise lógica na qual a pergunta seria por sua *verdade* ou *falsidade*. Como afirma Kelsen (1985, p. 83 e ss.): “as normas jurídicas como prescrições, isto é, enquanto comandos, permissões, atribuições de competência, não podem ser verdadeiras nem falsas” *porque elas são válidas ou inválidas* – acrescentei. Desse modo, indaga: como é que princípios lógicos como a da não-contradição e as regras de conclusão do raciocínio, podem ser aplicados à relação entre normas? A resposta de Kelsen (1985, p. 82) é a seguinte: “os princípios lógicos podem ser, se não direta, indiretamente aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas”. É dessa maneira que Kelsen liga verdade e validade, pois, no momento em que as proposições que descrevem as normas jurídicas se mostrarem contraditórias, também as normas descritas o serão e a determinação de qual proposição é a

verdadeira, por consequência, determinará qual norma será igualmente válida.

Já no chamado “positivismo moderado” de Herbert Hart, algumas diferenças são notadas. No que tange ao predomínio da determinação da *validade* com critério absoluto para determinação de fundamento do direito, não há grandes dessemelhanças. Porém, é na forma como Hart formula o fundamento do ordenamento jurídico que as divergências entre o seu modelo teórico e aquele fornecido por Kelsen aparecem com maior evidência. Com efeito, vimos que Kelsen resolve o problema do regresso ao infinito de seu procedimento dedutivista para determinação da validade com uma tautológica norma hipotética fundamental. Ou seja, ele se mantém no nível puramente abstrato da cadeia de validade de seu sistema e resolve o problema do fundamento neste mesmo nível, a partir de uma operação lógica.

Já Hart usará outro expediente para resolver o problema do fundamento. Na sua descrição do ordenamento jurídico, identificará a existência de dois tipos distintos de *regras* (normas): as primárias e as secundárias. As chamadas regras primárias são aquelas que determinam direitos e obrigações para uma determinada comunidade política. Tais regras seriam aquelas que estabelecem o direito de propriedade, de liberdade, etc. Já as regras secundárias são aquelas que autorizam a criação de regras primárias. Neste caso, uma regra que estipule como deverão ser feitos os testamentos é um exemplo de uma regra secundária e todas as regras que criem órgãos, estabeleçam competências ou fixem determinados conteúdos que deverão ser regulados concretamente pelas autoridades jurídicas também são consideradas regras secundárias. Portanto, o que determina a validade do direito em Hart é a compatibilização – dedutivista, evidentemente – das regras que determinam obrigações (primárias) com as regras secundárias (HART, 1996, p. 89 e ss.).

<sup>6</sup> Para uma crítica pormenorizada ao problema do fundamento e a *Grundnorm* kelseniana, consultar STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Hart afirma que em sociedades menos complexas – sendo que por sociedades menos complexas devem ser entendidas todas aquelas que antecedem a modernidade –, não existiam regras secundárias desenvolvidas com a sofisticação que encontramos em nosso contexto atual. Neste caso, estas sociedades primitivas baseavam suas regras de obrigação apenas em critérios de *aceitação*. Como afirma Dworkin (2002, p. 32, grifo nosso), “uma prática contém a *aceitação* de uma regra somente quando os que seguem essa prática reconhecem a regra como sendo obrigatória e como uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a obedecem”. Nos modernos sistemas jurídicos, toda fundamentação do direito depende da articulação do conceito de *validade*. No entanto, há uma única regra – que Dworkin chama de “regra secundária fundamental” – que rompe com a necessidade de demonstração da validade e se baseia em critérios de *aceitação* para determinação de seu fundamento: trata-se da chamada *regra de reconhecimento*. Em síntese: a regra de reconhecimento está para Hart assim como a norma hipotética fundamental está para Kelsen. Só que, ao contrário de Kelsen, para Hart (1996, p. 121), “sua existência (da regra de reconhecimento – acrescentei) é uma questão de facto”.

Mas o que há de errado com os projetos positivistas de ciência jurídica? Com Heidegger, podemos dizer que esse conceito corrente de ciência (como um universo teórico de proposições válidas-verdadeiras) esconde um modo mais originário do fenômeno da verdade. Isso porque a verdade deve ser percebida já em meio à vida com o mundo prático e não reduzida ao universo teórico das ciências. Afinal, a própria verdade “teórica” das ciências é produto da interpretação projetada pela compreensão.

Portanto, *há algo anterior à verdade da ciência que, de certa forma, lhe é condição de possibilidade*. No caso do direito, o equívoco dos projetos positivistas está no próprio

recorte na totalidade do ente que tais teorias efetuam para caracterizar o estudo do fenômeno jurídico. Dito de outro modo, o modelo excessivamente teórico (predomínio da “razão teórica”) de abordagem gera uma espécie de *asfixia da realidade*, do mundo prático. Ou seja, o contexto prático das relações humanas concretas, de onde brota o direito, *não aparece no campo de análise das teorias positivistas*. Isso gera problema de diversos matizes. O fato de que nenhuma das duas teorias consegue resolver o problema da eficácia do sistema pode ser elencado com um destes problemas.

Para mim, entretanto, o principal problema aparece quando se procura determinar *como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial*. O juiz decide por “livre convencimento”? Mas, *o que é isto “o livre convencimento”?* A decisão não pode ser, como critica Taruffo no campo processual, “o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo” (COMOGLIO, FERRI; TARUFFO, 1995, p. 623). Daí a minha indagação: de que adianta afirmar um novo modo de “gestão da prova” se o sentido a ser definido sobre o “produto final” dessa “gestão probatória” *permanece a cargo de um “inquisidor de segundo grau” que possui “livre convencimento”?*

Ora, é por essas razões que não creio que o velho (e atual) CPP e o Anteprojeto do que deverá ser o “novo” CPP *tenham passado perto dessa discussão filosófica*. Ao fazermos uma análise do problema “de como decidir” à luz da filosofia da linguagem, ficará evidente que as teorias que apostam na vontade do intérprete (e esse é, efetivamente, “o problema” do “livre convencimento”) *acabam gerando/possibilitando discricionariedades e arbitrariedades*.

Dito de outro modo: qualquer teoria que aponte para essa “delegação” em favor do intérprete (no caso, o julgador) sofre de *um letal déficit democrático*. E aí não adianta “estar” no sistema inquisitivo ou no acu-

satório. Neste caso, tanto faz, porque, com essa “delegação”, qualquer distinção entre os dois modelos desaparece. Veja-se, pois, a gravidade disso. É por isso que a questão é paradigmática. Ademais, pergunto: como justificar, legitimamente, uma decisão tomada pelo poder judiciário? Com métodos? Com fórmulas? Fazendo “ponderações”?<sup>7</sup> Isso as teorias positivistas (em especial, as analítico-semânticas) não respondem. E nem poderiam responder, uma vez que essa dimensão dos acontecimentos fica fora de seu campo de análises.

Dizendo de outro modo – e venho insistindo nesse ponto – essa problemática da “validade da explicitação da compreensão” (portanto, da validade da interpretação e, portanto, da decisão) deve ser analisada a partir da destruição do método que é proporcionada por Gadamer. Com efeito, não há nisso um déficit de metodologia ou de racionalidade. Essa ruptura não significou um ingresso na irracionalidade ou no relativismo filosófico. *Muito pelo contrário!* Assim como a integridade está para a teoria dworkiniana, a hermenêutica está fundada na autoridade da tradição, que pode ser autêntica e inautêntica, além da importância do texto (que, em Gadamer, é um evento, como já demonstrei em *Verdade e Consenso*). Gadamer deixa claro que a ausência do método *não significa que se possa atribuir sentidos arbitrários aos textos*. Na medida em que a interpretação sempre se dá em um caso concreto, não apenas fica nítida a impossibilidade de cisão entre *quaestio facti* e *quaestio juris*. A hermenêutica não trata apenas da faticidade; ela não apenas explica como se dá o sentido ou as condições pelas quais compreendemos. Na verdade, por ela estar calcada na circularidade hermenêutica, *fato e direito se conjuntem em uma síntese*, que somente ocorre, concretamente, na *applicatio* (lembramos sempre que não

<sup>7</sup> Despiciendo lembrar e isso já venho fazendo de há muito, em especial em *Verdade e Consenso* a umbilical ligação da ponderação alexyana com a discricionariedade.

se cinde conhecimento, interpretação e aplicação). Se interpretar é explicitar o que compreendemos, a pergunta que se faz é: essa explicitação seria o *locus* da validade? Fosse verdadeira essa assertiva, estaríamos diante de outro problema: o que fazer com a *quaestio facti*?

Numa palavra: a questão da validade reside na circunstância de que não podemos simplesmente confundir essa validade com uma espécie de imposição ontológica (no sentido clássico) nas questões com que se ocupam determinados campos do conhecimento científico. Também não podemos mais pensar a validade como uma cadeia causal sucessiva que tornaria verdadeiro um determinado conjunto de proposições jurídicas. *A validade é o resultado de determinados processos de argumentação em que se confrontam razões e se reconhece a autoridade de um argumento.*

E que fique bem claro que o reconhecimento da autoridade de um argumento não está ligado a uma imposição arbitrária (lembramos novamente do “livre convencimento”). Pelo contrário, a hermenêutica é incompatível com qualquer tipo de arbitrariedade (ou relativismo). Como afirma Gadamer (1999, p. 420) – ao proceder a reabilitação da *autoridade* da tradição: “o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à ideia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser *inspecionado principalmente*. É nisso que consiste a essência da autoridade que exige o educador, o superior, o especialista”. Em consequência, devemos primeiro compreender o problema da validade como uma questão que pode ser amplamente desenvolvida pela ciência e pela lógica. Mas não há dúvida de que aqui também reaparece um certo tipo de pressuposto que está sempre presente para produzir o campo comum de interação próprio para troca de argumentos.

É preciso entender que a hermenêutica (filosófica) – e Dworkin segue essa mesma reflexão – (re)valoriza a dimensão

prática da retórica oferecendo a possibilidade de instauração de um ambiente no qual os problemas da realidade são resolvidos concretamente, no interior desta mesma realidade, e não numa instância superior, de cunho ideal que, posteriormente, passa a ser aplicada por mimetismo à realidade. Note-se, por exemplo, que as críticas de que existe um excesso de abstração na teoria de Dworkin apresentam um equívoco de base: a orientação filosófica de Dworkin vai em direção a uma análise pragmática da realidade. Tal acusação poderia ser feita às teorias argumentativas e epistemoprocedurais, mas não a Dworkin ou à hermenêutica filosófica.

Em defesa de Dworkin – circunstância que pode ser estendida à hermenêutica filosófica – é preciso lembrar que, enquanto um procedimentalista como Habermas desonera os juizes da elaboração dos discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*) – porque desacredita na possibilidade de os juizes poderem se livrar da razão prática (evitada de solipsismo) – ele (Dworkin) ataca esse problema a partir da responsabilidade política de cada juiz/intérprete/aplicador, obrigando-o (*has a duty to*) a obedecer à integridade do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios *ad hoc* (teleológicos, morais ou de política). Já aí se está diante de uma verdadeira blindagem contra “livres convencimentos”.

Insista-se: quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de *argumentos de princípio* e não de política, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da “comunidade jurídica” como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc.; ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa “blin-

dagem” contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juizes tenham discricionariedade para decidir os “hard cases”.

Mas isso é assim – filosoficamente<sup>8</sup> – porque Dworkin compreendeu devidamente o problema do esquema sujeito-objeto, questão que, entretanto, não está devidamente esclarecida e compreendida pela teoria do direito. Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que *Dworkin não transforma o seu “juiz Hércules” em um juiz solipsista* e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura (*v.g.*, como fazem Luhmann e Habermas). Insista-se: a teoria dworkiniana, assim como a hermenêutica, por serem teorias preocupadas fundamentalmente com a *applicatio*, não desoneram o aplicador (juiz) dos *Begründungsdiskurs*

<sup>8</sup> Permito-me insistir na tese de que o direito é um fenômeno complexo e que não pode ficar blindado/imune às transformações ocorridas no campo da filosofia. Lamentavelmente, há setores da dogmática jurídica que teimam em “simplificar” o fenômeno jurídico, buscando transformar a doutrina em um conjunto de *prêt-à-porters* e frases com pretensões assertóricas (pergunte-se a um filósofo se é possível escrever sobre Aristóteles, Kant ou Heidegger de “forma descomplicada” ou “simplificada”...; pergunte-se a um cirurgião se é possível fazer um manual “descomplicado” acerca de como se faz uma operação cardíaca ou de transplante...; mas parece que o direito se transformou no *locus* privilegiado das simplificações, como se o jurista não estivesse inserido em um “modo de ser-no-mundo”, enfim, em um mundo que existe a partir de paradigmas de conhecimento). Entendo até mesmo que devemos superar a tese da existência da “filosofia do direito”; na verdade, a filosofia não é lógica e tampouco uma capa de sentido: é condição de possibilidade e, por isso, a necessidade de se pensar a “filosofia *no* direito”.



(discursos de fundamentação). E isso faz a diferença.

Portanto, o projeto do novo CPP deveria *se preocupar sobretudo com a teoria da decisão, exigindo explicitamente o respeito à coerência e à integridade das decisões, para evitar que o “livre convencimento” se transforme em “alvedrio do juiz”*, como, aliás, equivocadamente entendeu o STF quando da decisão do HC no. 93.157, antes delineado.

Permito-me insistir: enquanto (na qualidade de) princípios garantidores da igualdade e da equanimidade da *applicatio*, a coerência e a integridade (que, não esqueçamos, aplicam-se também à legislação) *estabelecem um padrão do que devemos entender por decisão adequada, a partir da doutrina e da jurisprudência. Caso jurídico, caso concreto, decisão, validade: tudo isso está umbilicalmente ligado e dependente da integridade e da coerência, que se constituem na condição de possibilidade do significado da jurisprudência e da doutrina em um Estado Democrático. Decidir adequadamente é tarefa da jurisdictio; apontar o modo adequado de decidir é tarefa da doutrina. Não há jurisprudência sem doutrina e a doutrina tem a tarefa de censura significativa das decisões (podemos chamar a essa tarefa também de “constrangimento epistemológico”).*

Jurisprudência não significa simplesmente um conjunto de casos julgados. Um caso isolado, que tenha “quebrado” a sequência de decisões e que não tenha sido seguido provavelmente terá sido fruto de decisão arbitrária; do mesmo modo, a quebra sequencial, sem fundamentação, apenas com o dizer “neste caso não sigo a jurisprudência” *tem validade hermenêutica “zero”*. *Somente uma apurada justificação/fundamentação permite que se rompa a cadeia que forma a integridade do direito. A sanção para tal tipo de decisão é a nulidade, forte no art. 93, IX, da CF. E, na hipótese de aquele julgado ser seguido por outros, estes devem estar igualmente fundamentados à saciedade, uma vez que é direito fundamental dos participantes do processo*

terem conhecimento das razões pelas quais o Tribunal mudou seu entendimento acerca de determinado texto jurídico. Eis a co-originariedade/complementariedade entre a noção de princípio e a concreta realização da normatividade jurídica. Transporte-se essa questão para os casos de apreciação/julgamento/definição das provas apresentadas em uma ação penal e veremos as consequências...!

Dito de outro modo: é impossível falar em “sistema acusatório” se o próprio Código estabelece o “livre convencimento”. Ou isso, ou devemos esquecer a filosofia como condição de nossa própria possibilidade de existir e agir no mundo. Mas, com isso, estaríamos “matando” os grandes pensadores que construíram as condições de compreensão do mundo: De Platão à Wittgenstein. E não parece que o direito e os juristas queiram ser acusados também desse delito.

#### 2.1.2. *A indevida previsão e a falta de delimitação dos “embargos declaratórios”*

Esse problema é antigo e não poderia voltar acobertado pelo manto do novo Código de Processo Penal, nem em pleno Estado Democrático de Direito e do comando constitucional da igualdade, do contraditório e da fundamentação (este compreendido como direito fundamental). Efetivamente, os embargos declaratórios não se coadunam com a Constituição. Com efeito, a Constituição estabelece que todas as decisões devem ser fundamentadas/justificadas. Há, portanto, um dever fundamental de motivar/explicitar a decisão. O órgão decisor deve, pois, amplas explicações à sociedade. É o que se pode chamar de *accountability* processual-argumentativa. Consequentemente, uma sentença ou acórdão omissos, dúbios, incompletos, *obscuro ou contraditório* é, antes de tudo, nulo, írrito, nenhum.

Transporte-se essa problemática para a previsão do projeto do CPP – seguindo o que o “velho” já diz – dos embargos de



claratórios. Veja-se o art. 482, I, pelo qual “cabem embargos declaratórios quando *houver, na decisão, obscuridade ou contradição*”. Ora, se uma sentença deve sempre ser detalhadamente fundamentada/justificada/motivada (art. 93, IX da CF), de que forma podemos admitir que contenha *obscuridades ou contradições* (para ficar apenas nestes defeitos) *sem ser declarada nula*? O projeto implicitamente continua a admitir – por certo em face do “livre convencimento” – que possam existir decisões desse jaez.

Os embargos de declaração representam, assim, no plano simbólico, a admissão de que (um)a decisão possa ser até mesmo contraditória. Na prática cotidiana da operacionalidade do direito se sabe muito bem que as decisões que são “salvas” pelos embargos não são apenas obscuras ou contraditórias. São, efetivamente, deficientemente fundamentadas, naquilo que se deve compreender a partir do comando constitucional. Para se admitir os embargos declaratórios, é necessário um detalhado controle acerca do seu manejo. E não parece que o anteprojeto tenha se preocupado com esse detalhe.

Numa palavra: há que se entender que um dos fatores que desencadeou o caos do sistema jurídico foi a fragmentação das decisões judiciais. As súmulas vinculantes e os demais mecanismos de “amarração hermenêutica” *nada mais são do que uma espécie de “adaptação darwiniana” do sistema jurídico*. Se cada um decide como quer e se se permite que a fundamentação possa até mesmo ser *obscura ou contraditória*, o resultado é a multiplicação de demandas, enfim, o caos. Consequência: um “leviatã hermenêutico” (lembramos, evidentemente, para entender a metáfora, do precursor do Estado Moderno – Thomas Hobbes). Ora, decisões judiciais fundadas em meros enunciados (ementas jurisprudenciais) sem a necessária justificação já são, *per se*, nulas. A isso devemos agregar que parcela considerável das decisões já são nulas por esse aspecto e que nem sequer são objeto

de embargos, tudo em face de um senso comum que se forjou no âmbito da dogmática jurídica. Observe-se que uma decisão pode estar aparentemente fundamentada com um verbete; entretanto, se o verbete jurisprudencial não estiver contextualizado, a decisão sofre(rá) da mácula constitucional. Os embargos declaratórios são transformados, desse modo, *em um âlibi para salvar decisões nulas*. Além disso, ferem o princípio do contraditório e da igualdade, circunstância que assume maior gravidade se examinarmos a previsão do parágrafo primeiro do aludido art. 482, que admite “efeitos modificativos” aos embargos...!

Portanto, afigura-se-me inconstitucional a previsão dos embargos declaratórios *stricto sensu* e os embargos declaratórios com efeito modificativo (*sic*), por afronta ao art. 93, IX e art. 5º, LV, da CF. Sua expunção do anteprojeto fará com que as decisões judiciais *sejam como devem ser*: sem obscuridades e sem contradições. Simples, pois!

2.2. *De como, na linha do que acima foi exposto, até mesmo no plano formal o Anteprojeto adotou apenas em parte o modelo (sistema) acusatório*

Se, de um lado, o projeto busca homenagear o sistema acusatório, de outro, mantém o poder do juiz de decretar medidas, no âmbito cautelar, de ofício. Nesse sentido, não convence o argumento da exposição de motivos da Comissão, no sentido de que, afinal, compete, “em última análise, zelar pela efetividade da jurisdição”. Ainda: também poderá o juiz, de ofício, substituir a medida anteriormente imposta. A justificativa – e é claro que não expressa a unanimidade dos membros da Comissão – foi a de que se deve “evitar leituras radicais da extensão do princípio acusatório adotado” (grifei). Permito-me insistir em um ponto que está presente em toda a minha argumentação: a discussão tem um fundamento paradigmático, isto é, assumir “radicalmente ou não” o modelo acusatório somente terá sentido se essa

questão for albergada em uma teoria da decisão. Mais: se o princípio é adotado, ele “princípio tudo”. Princípios são padrões que devem ser seguidos. São, pois, deontológicos. Princípios não são “mandados de otimização” ou “capas de sentido”. Ou seja, ou se adota um princípio ou não se adota. Por isso, um modelo processual é como uma matriz teórica: sua adoção não admite sincretismos, mormente no caso em que se contrapõem dois modelos antitéticos: o inquisitismo, que coloca o *locus* de sentido na “cognição” de um sujeito (S-O), e o sistema acusatório, que desloca esse pólo de tensão para uma intersubjetividade, em que os sujeitos processuais são os protagonistas da produção da prova. De todo modo, essa “não radicalização” (*sic*) propalada na exposição de motivos assume relevância em outros pontos,<sup>9</sup> como será demonstrado na sequência.

2.2.1. *De como o Projeto coloca o Ministério Público como parte, mas não lhe dá a prerrogativa de “parte” stricto sensu: recolocando a discussão – qual é o lugar do Ministério Público (em um processo jurisdicional penal democrático)?*

A par das discussões já estabelecidas anteriormente (sobre a necessidade de um sistema acusatório, e sobre os prejuízos de um sincretismo de sistemas – acusatório e inquisitorial), penso que nossos legislado-

res estão perdendo, em meio a uma disputa política (e às soluções conciliatórias que lhe são próprias) mais uma boa oportunidade de levar o processo jurisdicional ao patamar mais alto da democracia. Dito de outra forma, várias das discussões que hoje se travam a respeito do anteprojeto (o juiz não pode se substituir *ao réu* na iniciativa probatória – art. 4º; o juiz não pode requisitar a instauração de inquérito policial – art. 20; o juiz pode julgar de acordo com seu “livre convencimento” – art. 165, para citar apenas estas; também o juiz de garantias é – na maior parte das previsões do anteprojeto – incompatível com o sistema acusatório, eis que, de ofício ele pode determinar a condução do preso à sua presença (traga-me o corpo...!); prorrogar a prisão provisória ou a revogar; prorrogar o prazo de duração do inquérito; e, ainda determinar, de ofício, o trancamento do inquérito, além de requisitar documentos, laudos e informações). É o que se depreende do texto do anteprojeto. Se assim não for, urge que o texto seja emendado, para evitar interpretações despistadoras. Perderiam sua razão de existir se estivéssemos dispostos a fazer atuar, com o cuidado devido, a proposição que abre o art. 2º, onde se lê o óbvio: que “todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa”. Esse é o ponto de estofa da discussão.

Penso que as cláusulas constitucionais em jogo neste artigo (especialmente a do contraditório), tomadas seriamente, já forneceriam as condições de possibilidade para que (finalmente) percebêssemos o processo jurisdicional democrático como um instituto fomentador do jogo democrático, baliza e garantia na tomada dos provimentos jurisdicionais, viabilizador da participação e, fundamentalmente, do controle (NUNES, 2008, p. 351). Falo em compreender o contraditório como uma garantia de *comparticipação* e *debate*, assegurando a influência dos argumentos suscitados por todos os sujeitos processuais e *garantindo que, nas decisões, não apareçam fundamentos*

<sup>9</sup> Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, um dos membros da Comissão encarregada do Anteprojeto, deixa claro sua posição de que o processo penal deveria adotar o sistema acusatório na sua radicalidade, alertando, nesse ponto, para o fato de que “Centrado na *gestão da prova*, o processo penal será acusatório se ela não couber (sua busca), nunca, ao juiz. Neste aspecto, *decidiu a referida Comissão, por maioria, por uma fórmula tanto mitigada quanto perigosa*, certamente apostando na democracia processual: “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”. (art. 4º). Texto publicado pelo CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 14 jun. 2009

que não tenham sido submetidos ao espaço público processual (NUNES, 2008, p. 258).

Chamo a atenção para este ponto porque, se realmente quisermos avançar contra os males que advêm de um sistema inquisitório, antes de investirmos em tentativas legislativas pontuais de demarcar a separação do Ministério Público da Magistratura (que, não me entendam mal, também vem em boa hora), devemos enfrentar a questão da necessidade de *reforço técnico-institucional do processo*, e do aprimoramento da *qualidade das decisões* que são produzidas a partir deste. Tenho, por exemplo, que, mais importante do que saber quem tomou a iniciativa de produzir a prova (se o réu ou o agente do Ministério Público ou, ainda, indevidamente, o próprio juiz), é *interditar a possibilidade de que o juiz a examine sem que a tenha apresentado aos demais sujeitos processuais, e sem que leve em consideração, demorada e fundamentadamente, todos os argumentos relevantes por aqueles apresentados e que, ao final, não possa decidir “por livre convencimento”* (para usar as palavras do art. 165, do Anteprojeto).<sup>10</sup> Ou seja, não somente as provas devem ser examinadas à luz do amplo e denso contraditório, como também os argumentos (teses) esgrimidos, tanto em primeiro como no segundo grau de jurisdição.

Neste sentido, é possível acompanhar Marcelo Cattoni na visão, a partir do “primeiro” Fazzalari, de que o procedimento “é a atividade de preparação de provimentos estatais”, caracterizado por uma “interconexão normativa entre os atos que o compõem”, pela qual “o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto”; já o processo “caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do

<sup>10</sup> Sobre o assunto, consultar a excelente dissertação de mestrado Francisco José Borges Motta, intitulada Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro (Unisinos, 2009).

provimento dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento”; e, no caso específico do processo jurisdicional – que é o que nos interessa mais imediatamente –, “essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório” (OLIVEIRA, 2004, p. 448). E a “essência” desse “contraditório” está – segue Cattoni – “na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos” (OLIVEIRA, 2004, p. 450).

Mais do que isso (bilateralidade de audiência), o contraditório será concretizado com a efetiva garantia de influência da argumentação das partes na formação do conteúdo das decisões judiciais, o que deverá ser cumprido através de um “dever de consulta” do juiz aos demais atores processuais, de modo a evitar que a resolução judicial possa, de alguma forma, caracterizar para estes uma “surpresa” (THEODORO JÚNIOR, 2009).

Faço estas considerações de caráter mais geral para demonstrar que, a partir do momento em que o processo for reconhecido como um procedimento na qual participam, em contraditório, os interessados na atividade de preparação do provimento jurisdicional, e em que os juízes assumirem a exigência considerar todos – mas efetivamente todos – os argumentos veiculados no espaço público processual na formação das suas decisões, interessará (bem) menos saber se quem verbalizou o tal argumento era *parte, fiscal, parte imparcial (sic)*, ou qualquer outra coisa. Em resumo: a questão mais séria a ser enfrentada (e que foi deixada de lado pelo anteprojeto) é sobre a teoria da decisão judicial.

Apesar disso, não me vou furtar à abordagem do tema que é, afinal, a *ordem do dia*: qual o lugar ocupado pelo Ministério Público num legítimo processo penal de um Estado Democrático de Direito?

Voltando os olhos ao anteprojeto do Código de Processo Penal, percebe-se que, à anunciada “estrutura acusatória”,

seguem-se reiteradas referências ao Ministério Público como *parte*. A ideia, simplificada, é a de que ao *devido processo legal* corresponda um *processo de partes*. No fundo, o Anteprojeto parece incorrer em uma velha dicotomia: enquanto no Processo Civil teríamos uma *Sache der Parteien*, no Processo Penal teríamos uma *Parteienkampf* (luta entre as partes). Só que essa é uma perspectiva do liberalismo processual e já suplantada de há muito. Ou seja, é como se fosse suficiente dizer que o “processo é um processo de partes” e isso encerrasse a discussão. No limite, isso implica(ria) uma espécie de radicalização do *princípio dispositivo* (gestão da demanda e da prova nas mãos da *parte autora*), então elevado à condição de categoria *fundante* do sistema processual penal.

Contudo, essa concepção do Ministério Público como *parte* (para a doutrina tradicional, aquele que *pede algo em juízo*, ou aquele *contra quem se pede algo*) já tropeça de início, quando nos damos conta do dever de que a atuação desta *parte* seja *imparcial*. Claro, o próprio art. 58 do anteprojeto esclarece, com razão, que ao Ministério Público incumbe a missão de “zelar, em qualquer instância e em todas as fases da persecução penal, pela defesa da ordem jurídica e pela correta aplicação da lei”. E a correta (adequada a Constituição) aplicação do Direito, sabemos todos, não se confunde com a defesa intransigente de uma acusação inaugural, eventualmente enfraquecida (ou derrubada) no contraditório. Qualquer um sabe que o Ministério Público não é simplesmente um órgão de acusação,<sup>11</sup> mas, sim, um órgão estatal que, constitucionalmente, recebe a incumbência – portanto, legitimidade – para fazer essa acusação.

Com isso tudo quero dizer que o fato de o Ministério Público ser o titular da ação penal (e, portanto, de exercer uma parcela

da soberania do Estado) não tem o condão de lhe desvestir da roupagem que o existencializa, que é a de *defesa da integridade* (no sentido dworkiniano da palavra) *da ordem jurídica* (defensor da correta/adequada<sup>12</sup> aplicação do Direito). Assim, sustento que, qualquer que seja a natureza da demanda (desde um vulgar processo de usucapião até um processo de júri), o papel a ser desempenhado pelo Ministério Público é o da defesa da integridade do Direito (Dworkin). Essa é a contribuição que se espera de uma instituição encarregada, no limite, da guarda da Constituição. E isso tem consequências importantes.

De resto, percebe-se que perplexidades como esta acabam nos remetendo para distinções de perfil dogmático (parte formal *versus* parte material, etc.), que bem podem servir para gerar mais confusão do que esclarecimento. Afinal, se o que digo estiver correto, então, ontologicamente (não no sentido clássico, evidentemente), não há nenhuma distinção que se possa autenticamente fazer entre a atuação do (*sujeito processual*) Ministério Público como parte ou como *custos legis*.

Portanto, permito-me insistir neste ponto: tão importante quanto atribuir a órgãos diferentes as tarefas de acusação e julgamento, e até *mais* importante do que evitar que o juiz atue também na fase de investigação, é trabalhar o *grau de legitimidade do provimento jurisdicional* (resultado do processo). E este se mede (pelo menos) de duas formas:

*Primeiro*, pela exigência de que o provimento seja efetivamente influenciado pela argumentação dos interessados (cláusula do contraditório como *garantia de influência*);

*Segundo*, pela necessidade de que a decisão seja compatível, de modo substancial, com a Constituição (a decisão deverá ser e estar integrada, validamente, na história institucional do Direito).

<sup>11</sup> Nesse sentido, por todos, veja-se OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 400.

<sup>12</sup> Sobre o assunto, remeto o leitor ao meu *Verdade e Consenso*, em especial, o posfácio.



A questão central passa, pois, pela inextinguível exigência de que a motivação do ato jurisdicional seja “ampla”, abrangendo não só a versão “aceita” pelo julgador, mas também as razões pelas quais ele recusara a versão oposta.<sup>13</sup> A fundamentação deve ser assim “completa”, compreensiva de todos os aspectos relevantes da causa. Os interessados no provimento jurisdicional têm o direito (fundamental) – que decorre textualmente do art. 93, IX, da Constituição do Brasil – de obter “respostas” para suas alegações e provas, o que o obrigará ao compartilhamento decisório. O descumprimento deste dever tem como consequência, *independentemente de qualquer alteração legislativa*, a pena da nulidade (de resto, igual e textualmente prevista no citado dispositivo constitucional).

Aponto para esta direção não porque seja contrário à efetiva implementação de um sistema acusatório (é óbvio que não!), mas porque temo, sinceramente, que algo se perca na disputa entre as “funções” e “estruturas” do sistema processual penal, que é, justamente, a tarefa jurisdicional de fornecer *boas respostas* (constitucionalmente/hermenêuticamente adequadas) aos casos que chegam ao tribunal (aqui compreendido como o “fórum do princípio”, para continuarmos fiéis a Dworkin). Para tanto, não espero que o réu *coopere* com o Ministério Público, e nem que o Judiciário *saia à caça de prova acusatória*, ou coisa do gênero. Repito: a divisão entre as funções de acusar e julgar é salutar e pressuposta pela Constituição, além do que, o processo (enquanto direito constitucional aplicado) é garantia para o réu de que, de fato, ele é inocente até prova em contrário. Mas tenho dificuldades em enxergar, no juiz, um *outsider* deste processo (principalmente num Estado Democrático de Direito, no qual, mesmo em sede penal, não se divisa uma relação de oposição entre Estado e cidadão). O que devemos fazer é

construir as condições de possibilidade para um efetivo controle das decisões judiciais. Retorna-se, sempre, ao problema da necessidade de uma teoria da decisão.

De mais a mais, não tenho receio em afirmar que a almejada *imparcialidade* judicial é mais bem garantida com contraditório efetivo e com fundamentação exaustiva do que com um afastamento (na verdade, *indiferença*) processual do juiz em relação à conduta dos demais sujeitos processuais.

Em resumo, estou convencido de que é a partir do fiel cumprimento deste *dever fundamental de fundamentar decisões* (produzidas em contraditório) que deve ser equacionada a *questão da democracia* que subjaz ao processo penal. Aliás, muito embora trate de processo administrativo, parece que o voto do Min. Gilmar Mendes, proferido no MS 24.268/04, pode vir a se constituir em um fio de esperança *se o transportarmos para o direito processual penal*. Explico: penso que seria um avanço considerável – arrisco em dizer, uma verdadeira revolução copernicana no direito processual de *terrae brasilis* – se o direito brasileiro *tomasse a sério o princípio do contraditório* (nos moldes da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão citado pelo Min. Gilmar), *através do qual a pretensão à tutela jurídica corresponde à garantia consagrada no art. 5º, LV, da CF*, contendo a garantia de os sujeitos processuais verem a) seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), b) o que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas; c) agregue-se que o dever de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*).

Se o processo penal contiver/respeitar esses princípios (no sentido de padrões e virtudes soberanas), colocaremos o princípio acusatório em sua plenitude, não sem reconhecer que, fossem os direitos acima

<sup>13</sup> Neste sentido, sempre é bom consultar os escritos do insuperável Ovídio Baptista da Silva.

elencados pelo Tribunal Constitucional alemão, ora reproduzidos pelo nosso Supremo Tribunal Federal, *reconhecidos desde já*, e – não tenho medo de dizer – *talvez nem precisássemos reformar o “velho” CPP...!* Do mesmo modo, fosse obedecido estritamente o dever fundamental de justificar as decisões e se já tivéssemos superado o problema positivista da discussão da “livre apreciação das provas” (e outros assuntos do mesmo quilate), talvez nem precisaríamos discutir a dicotomia “sistema inquisitório-sistema inquisitivo”. De todo modo, para reforçar a tese e fazer com que o texto legal possa vir a ser levado a sério, sugiro a seguinte redação para o art. 406 do Projeto de Lei n. 156/09 (anteprojeto do novo CPP):

“Art. 406. A sentença conterà:

I – ....

II – a exposição da acusação e da defesa [retirar a palavra suscinta];

III – *a indicação detalhada dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão, aí incluídas, expressamente, respostas a todas as alegações relevantes dos sujeitos processuais, vedada a utilização de fundamentos que não tenham sido submetidos ao espaço público processual.*<sup>14</sup>

IV – a indicação dos artigos dos dispositivos normativos aplicados [substituir “artigos de lei” por “dispositivos normativos”]

V – ....

VI – ...

Nessa mesma linha, sugiro o acréscimo de um parágrafo único ao art. 504 do anteprojeto, levando também para o segundo grau os elementos conformadores de um processo penal assentado no contraditório:

Art. 504. (...)

Parágrafo único. *O acórdão conterà os requisitos da sentença.*

<sup>14</sup> O que estou sugerindo aqui é um reforço normativo, exsurgente do previsto nos arts. 5º, LV (garantia do contraditório) e 93, IX, da Constituição do Brasil. Esse “reforço” tem o escopo de tornar explícita a cláusula do contraditório como garantia de influência e participação na construção do provimento jurisdicional.

Na mesma linha, torna-se despiciendo referir que o artigo 165 deve ser alterado, com a retirada da expressão “livremente”.

Implantada efetivamente esta dinâmica, ou seja, a de levar o processo a sério (no sentido de “levar o direito a sério” de que fala Dworkin), não veria com embaraço a atitude de um juiz que conden(ass)e o réu, mesmo contrariamente ao pedido final de absolvição por parte do Ministério Público, muito embora isso possa parecer estranho e/ou esdrúxulo.<sup>15</sup> Isto será assim, na exata medida em que os argumentos trazidos pelo Ministério Público (e, naturalmente, pela defesa) sejam demoradamente enfrentados e respondidos pela decisão judicial que se exporá, naturalmente, ao recurso do Ministério Público e da defesa. Teimo em repetir: respeitado o contraditório nos moldes da alteração que estou propondo e recolocado o Anteprojeto no contexto pós-positivista (portanto, sem a admissão da discricionariedade institucionalizada no art. 165), torna-se irrelevante a discussão sobre “se o juiz pode ou não pode absolver

<sup>15</sup> Não desconheço a chamada “doctrina Tarifeño” que, apesar de algumas oscilações, vem sendo afirmada na Suprema Corte Argentina (vide precedentes “Mostaccio” e “Aguero”, este último datado de 19 de agosto de 2004, nos quais se reconhece a ilegitimidade da condenação judicial criminal frente ao pedido final de absolvição do Ministério Público, ante o argumento – aqui resumido – de que “sin acusación no puede existir sentencia de condena.”). Mas é que penso que a sua aplicação, no direito brasileiro, contrasta com a formação constitucional do Ministério Público, independente como a Magistratura, deixando “a descoberto” (ou seja, à revelia de controle judicial) o exercício de uma (importantíssima, diga-se) prerrogativa do poder público, coisa que não se admite à luz da Constituição do Brasil (art. 5º, XXXV). No Brasil, vale destacar a posição de Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna, para quem “admitir a condenação significa dizer que o magistrado está julgando e acusando ao mesmo tempo”. Para Bedê e Senna (2009, p. 32 e ss.), a possibilidade de o juiz condenar na hipótese de o Ministério Público “pedir” a absolvição é incompatível com o sistema acusatório. Essa igualmente é a posição de Aury Lopes Junior (2007, p. 109), em seu livro *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Também Alberto Binder (2003), em *Introdução ao direito processual penal* e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (op.cit).



o réu em caso de pedido de absolvição por parte do Ministério Público”, até porque erros e irresponsabilidades há nos dois “lados”. Esse “nó” da discussão perde(rá) relevância se for seguido o caminho processual já especificado, pelo qual a) os sujeitos processuais têm o direito de ver seus argumentos considerados; b) esse direito exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas, e c) o dever de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento, mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas.

Consequentemente, a correlação (*congruência, adstrição*) – que se exige entre a narrativa fática da denúncia e a sentença – deve tomar por parâmetro a acusação aceita e o pedido realizado<sup>16</sup> ao início do processo (até porque *justa*; do contrário, não seria sequer recebida). Dali em diante, a compreensão do julgador a respeito da causa pode ser divergente daquela formada, ao longo do contraditório pelo (igualmente imparcial e independente) agente do Ministério Público, mas com submissão constante ao contraditório dinâmico. Sendo assim, não haveria necessidade de tornar vinculante o pedido de absolvição por parte do MP.

Ademais – e essa questão subjaz à toda controvérsia acerca da ação penal, gestão da prova e as condições para o julgamento do produto dessa coleta de provas – a problemática envolvendo os institutos da *emendatio e mutatio libelli* (arts. 407 e 408 do

<sup>16</sup> Perceba-se que, no direito comparado, existe uma tendência de reformulação da aplicação da congruência, não só englobando a narrativa fática da denúncia, mas, também o pedido (capitulação jurídica) eis que somente assim será permitido um exercício pleno do contraditório e do debate processual. Cf. PENALE, Corte di Cassazione. Contro la violazione del contraddittorio in sede di legittimità il rimedio è il ricorso straordinario Sentenza da revocare se nel giudizio di cassazione si è provveduto “*ex officio*” alla *riqualificazione giuridica del fatto, senza aver dato all'imputato la possibilità di essere informato*. ITÁLIA, Corte de Cassação, Sezione sesta, sentenza n. 45807/08; depositata l' 11 dezembro de 2008 (grifei).

Anteprojeto) deve ser enquadrada nos marcos de uma teoria da decisão, conforme especificado anteriormente. Com efeito, o tão propalado e homenageado “princípio/mo- delo acusatório” não deve ser confundido, nesse contexto, com um direito processual de partes, como que a reprimin a teoria processual do liberalismo (ou da “escravidão” das partes, incluído o juiz, à taxatividade do texto), e tampouco com o processo instrumental(ista) que veio a predominar na concepção do Estado Social-burocrático, que, ao revés do anterior sistema, coloca(va) o juiz no comando da “busca da verdade” e da “justiça” (no Brasil, por todos, veja-se a Escola Instrumentalista do Processo).<sup>17</sup> Do mesmo modo, não se pode pensar que a adoção do princípio do contraditório seja a tábua de salvação das insuficiências decorrentes dos dois modelos citados, uma vez que este – o contraditório – deixado a cargo de um juiz solipsista/discricionário, proporciona(rá) um retorno ao subjetivismo do modelo social-inquisitório. Ou seja, um sistema não será mais democrático ou legítimo pelo fato de vir a adotar determinado modelo de processo e tampouco será suficiente esgrimir o contraditório como álibi retórico. Parece não restar dúvida de que, tanto o modelo liberal de partes (de cariz objetivista), como o modelo social-inquisitivo (de cariz subjetivista), são caudatários do grande problema paradigmático que atravessa o direito: o positivismo, isto é, os dois modelos processuais são faces da mesma moeda (é como olhar para a teoria do direito e ver, de um lado, o normativismo kelseniano e, de outro, o positivismo fático assentado no realismo jurídico – ambos apostam na discricionariedade, para dizer o menos). O que, afinal, foi deixado de lado por esses dois modelos? A resposta é simples: a questão de como se dá o processo decisório, ou seja, ambos passaram longe do enfrentamento do elemento hermenêutico

<sup>17</sup> Para uma crítica aos “modelos processuais”, ver também BARROS, Flaviane de Magalhães. (Re)forma do Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

essencial à experiência jurídica. Um sistema será, (as)sim, democrático e legítimo – e aí independará de quem toma a iniciativa probatória nos marcos do modelo processual (claro que sempre ajudará se o texto legal consagrar elementos mínimos que, desde logo, deixem os papéis bem delineados) – se contiver os ingredientes já explicitados, isto é, um contraditório devidamente equalizado, exigindo a apreciação dos argumentos dos sujeitos processuais à saciedade, e a decisão controlada a partir do dever de fundamentar (*accountability*), aliado a obediência da integridade e da coerência, vale dizer, uma decisão somente se legitima na medida em que consiga se situar numa cadeia de decisões (DNA do direito – STRECK:2009, pp. 415 e segs), vedados – e permito-me a insistência – ativismos, protagonismos e discricionariedades.

Por tudo isso, aqui novamente fica clara a desnecessidade de se discutir a serôdia “distinção” sobre se o Ministério Público é parte ou não. Basta examinar a Constituição, que estabelece um leque de atribuições, que transcendem a tradicional dicotomia “*partecustos legis*”. Observe-se: pelo anteprojeto, o Ministério Público promove, no seu âmbito, a plenitude do exame acerca da viabilidade da ação penal, seguindo os marcos do art. 129, I, da CF. O anteprojeto deixa claro que o Ministério Público detém parcela da soberania estatal. Nesse sentido, a Instituição deve se impor no tocante a essa *composition* entre parte e fiscal, um *mix* que o transformou, nas corretas palavras do Min. Carlos Ayres Brito, em *custos juris*. Ora, quem é *custus juris* é fiscal do próprio regime democrático e do cumprimento das leis e da Constituição. Então ele não é parte; é mais do que isso! Sendo mais explícito: fica sem sentido que um juiz decida uma ação penal sem levar em conta, detalhadamente – e assim responder as teses uma a uma – os argumentos daquele que detém o monopólio da ação penal pública. O mesmo vale para o segundo grau, quando se vê, cotidianamente, acórdãos insuficientemente fundamentados, nos quais

os argumentos da defesa e do Ministério Público são tergiversados e/ou ignorados, como se o Poder Judiciário conseguisse atingir a resposta final “atalhando” a argumentação que se firmou na esfera pública do processo. Aliás, esfera pública do processo só existe na plenitude do sistema acusatório.

Por isso, é possível afirmar que um processo democrático somente se faz acusatoriamente, mas dentro dos marcos de uma teoria da decisão antirrelativista. Se o velho sistema inquisitivo morreu, foram-se também os modelos operacionais/interpretativos/cognitivos utilizados pelo juiz.

### 2.2.2. A (in)compatibilidade dos embargos infringentes com o anunciado modelo acusatório de processo penal: das Ordenações (manuelinas) à eternidade?

Essa é uma questão que parece intocável, mas sobre a qual é necessário refletir, ainda que minimamente. Um projeto para um novo Código de Processo Penal pode propiciar reflexões importantes. Olhado perfunctoriamente, parece não haver dúvidas de que os embargos infringentes se constituem em uma espécie de “nova chance” ou “reexame do processo” toda vez que existir um voto a favor do acusado em segundo grau. Uma espécie de *favor rei*, construído em tempos não garantistas, o que se pode ver pela origem do instituto. Com efeito, os embargos nascem nas Ordenações Afonsinas, confirmados nas Ordenações Manuelinas, recepcionados pelas Ordenações Filipinas (eram “pedidos de reconsideração”), abolidos em 1832 (pelo fato de “causarem morosidade processual”), ressurgidos em 1850, explicitados na Lei Unitária n. 319 em 1936, não previstos, entretanto, no CPP atual (1941), tendo sido (re)introduzidos no ordenamento brasileiro em 1952 por intermédio da Lei 1720/B.

O artigo 478 do Anteprojeto mantém os referidos Embargos, em linha similar ao CPP em vigor. A questão é saber: qual é a razão de sua manutenção? Como sustentar uma “terceira instância” dentro da

segunda instância? Em tempos de sistema acusatório, como se sustentariam os Embargos Infringentes? Com paridade de armas entre acusação e defesa e com o Anteprojeto deixando explícito um conjunto de garantias processuais, de que modo podemos continuar dizendo que “somente se erra a favor do acusado”? Veja-se: em plena predominância do sistema acusatório, o Anteprojeto insiste na tese da hipossuficiência do acusado, colocando o processo sob desconfiança somente para um lado. Parece evidente que a previsão dos Embargos Infringentes tinha sustentáculo em um sistema inquisitivo, assim como já o era o Protesto por Novo Júri (já abolido em nome do princípio acusatório). O mesmo não se pode dizer neste momento histórico. O Brasil é o único país do mundo com esse tipo de recurso. Portugal o revogou em 1939. De todo modo, trata-se de um tema que exige reflexão, mormente a partir daquilo que coloca o modelo acusatório no topo do processo. Ou seja, o modelo acusatório vem para superar a própria desconfiança para com o Estado. Este – o Estado – já não pode mais ser visto como “inimigo dos direitos fundamentais”, como o era no século XIX (*aliás, é por intermédio e graças a esse Estado – Democrático de Direito – que existe o modelo acusatório*). Não há mais como se contrapor “Estado e Indivíduo”. Visto por um outro âmbito essa questão, poder-se-ia indagar: como reagiríamos diante da previsão de que também ao Ministério Público seria possível intentar os Embargos Infringentes, quando em face de voto vencido, devidamente fundamentado, dando pela condenação de um acusado? Tema controvertido, é verdade, mas que deve ser enfrentado na votação do novo CPP.

### 2.2.3. *A indevida e equivocada insistência do anteprojeto na figura do assistente de acusação (batizado, eufemisticamente, de assistente do Ministério Público)*

Aqui se está diante de outro tema que navega nas águas do “política/jurídica-

mente correto”, do qual discordarei. Com efeito, o Anteprojeto regula, nos arts. 75 a 78, a figura do assistente de acusação. Trata-se da insistência em prever uma figura incompatível com o sistema acusatório e com a própria Constituição, especialmente se entendermos a extensão da previsão de que o Ministério Público é o titular da ação penal pública, recebendo, para tanto, as garantias da magistratura. O assistente de acusação nada mais é do que a ratificação de uma realidade dos anos 40 do século XX: um país marcado por contradições e um Ministério Público visto apenas como órgão de acusação a serviço dos interesses das camadas dominantes da sociedade. Ora, não tem sentido prever o assistente de acusação em uma sociedade díspar como a nossa, uma vez que apenas determinadas pessoas, dotadas de recursos, poderão se habilitar como “assistentes do Ministério Público”, *eufemismo* criado para o velho e vetusto “assistente de acusação” (*sic*). Trata-se de confessar que o nosso direito penal é um direito de “classes sociais”, em que os mais aquinhoados podem “auxiliar” o Ministério Público, que, provavelmente, não tem “competência” para “atender os reclamos” de uma acusação mais sofisticada, quando a vítima for de uma classe que pode pagar essa “assessoria” (*sic*).

Vingando a tese, não faltará quem sustente que, para aqueles que não tem posses, isto é, para aqueles que não puderem custear um advogado, dar-se-á um defensor público para funcionar como assistente do Ministério Público. Com isso, estabelecer-se-á o surrealismo jurídico e novamente o Brasil dará “lições ao mundo”: o Estado paga alguém para acusar e alguém para ajudar a acusar; se o réu for pobre, pagará também o advogado deste. Teremos assim, o quadro completo: Juiz, o Ministério Público, o defensor-assistente e o defensor-defensor...! Talvez a isso se chame “a efetiva publicização do processo penal”. Em um país em que falta remédio até mesmo para a dengue, por que não fornecer assistentes

ao Ministério Público? Ironias à parte, se quisermos preservar a isonomia e impedir que as classes mais abastadas tenham esse privilégio de colocar assistentes, a melhor solução é impedir que todos o tenham. Por isso, minha sugestão da total expulsão da seção I do capítulo IV (artigos 75 a 78).

### 3. À guisa de considerações finais

Olhado em seu conjunto, não resta dúvida de que o Anteprojeto para o novo CPP representa considerável avanço. As alterações no tocante ao inquérito policial, mormente no que diz respeito à retirada do juiz do controle dos arquivamentos, a homenagem ao princípio da presunção da inocência (não-culpabilidade) no que toca à prisão e suas modalidades e possibilidades e, fundamentalmente, as diversas limitações a produção/gestão da prova em face da adoção – embora sem a necessária radicalidade – do sistema acusatório, inegavelmente são inovações e conquistas que, *por si só, já garantem o sucesso da difícil empreitada da Comissão encarregada de elaborar o projeto.*

Entretanto, o anteprojeto merece alterações, de dois níveis: *filosófico*, enquanto matriz de compreensão do direito, e *dogmático*, enquanto instrumentalização do texto legal a ser produzido pelo Congresso Nacional. Assim, no plano filosófico, a adoção/manutenção do “livre convencimento”, peca pela permanência do anteprojeto no superado paradigma da filosofia da consciência, com o que se corre o risco de, embora as inúmeras previsões de caráter acusatório, *a cotidianidade das práticas dos tribunais promover*, exatamente em face dessa institucionalização da discricionariedade, *o retorno ao sistema que se quer derrubar*: o inquisitório. Isso também está presente na previsão de medidas de ofício que podem ser tomadas pelo juiz, colocando-se, nesse contexto, uma série de contradições e ambiguidades na figura do “juiz de garantias”, que não se apresenta devidamente justificado no

anteprojeto. Daí a pergunta: o que esse juiz faz – a não ser algumas medidas que ele pode tomar de ofício (o que, refira-se, vai na contramão do modelo acusatório pretensamente adotado no anteprojeto) – que o juiz “comum” não pode fazer?

Ressalte-se, ainda, que quando faço o alerta para o patológico déficit democrático que acomete o sistema processual edificado sob o sujeito solipsista (a aposta na discricionariedade, eufemisticamente batizada de “livre convencimento”), não estou pugnando pela configuração de um simplório *processo de partes* à moda do liberalismo clássico. Longe disso! Aliás, como já foi ressaltado inúmeras vezes, a participação do juiz na condução do processo – que inclusive se desenrola por impulso oficial – é admitida, *desde que legitimada por um espectro hermenêutico que dê voz ao contraditório e que seja capaz de se posicionar, coerentemente, na cadeia da integridade do direito.* Quero dizer: o juiz pratica atos de ofício para levar adiante o processo, mas tais atos também precisam estar enquadrados no âmbito da integridade das decisões. Parece-me evidente, portanto, que há uma incompatibilidade entre o princípio acusatório e a subjetividade assujeitadora do juiz (esse é o modo como me refiro à predominância a-paradigmática do sujeito do esquema S-O) por este singelo motivo: *de nada adianta colocar o processo penal nos trilhos do sistema acusatório se, ao fim e ao cabo, o juiz toma decisões ao alvedrio do contraditório*; ou exare uma decisão que se apresente isoladamente no contexto das demais decisões existentes sobre a matéria (integridade). E isso é paradigmático!

Note-se que, há teses que colocam um papel estratégico no contraditório, mas não conseguem superar o sujeito solipsista da filosofia da consciência. Ou seja, não basta “apostar todas as fichas” no contraditório (ou no modelo acusatório), se, ao final, a decisão acerca do sentido da prova fica “ao alvedrio do juiz”. Esse é o caso das teorias instrumentais do processo no interior das

quais as partes se apresentam, apenas, como destinatários do poder do estado que se manifesta através da jurisdição (juiz tem a tarefa de “realizar a justiça social”).<sup>18</sup> Ora, mais do que isso, o contraditório é um *locus* no qual as partes não apenas tem o direito de serem ouvidas, mas também têm a garantia de que seus argumentos serão considerados pelo judiciário, ainda que seja para afastá-los.

Há um equívoco no interior da teoria processual que precisa ser debelado quando se fala de contraditório e do papel da jurisdição: não é possível – depois do *giro linguístico-ontológico* – continuar a professar a ideia de que a jurisdição deve garantir aquilo que as teses instrumentalistas chamam de “escopos meta-jurídicos do processo”. Isso acarreta um excesso de judicialização porque dá voz ao solipsismo do sujeito, e isso não pode ser admitido na atual quadra da história em que a filosofia (no caso, na perspectiva hermenêutica) resolveu o problema da intersubjetividade no nível do conhecimento.

Em suma, quando critico a subjetividade do juiz – e o faço no contexto tanto do sistema inquisitivo como no acusatório – não estou dizendo que o sujeito processual estado-juiz esteja aniquilado ou reduzido em sua posição institucional. O que estou dizendo é que, no que tange ao aspecto volitivo das suas decisões (discricionariedade), ele se encontra hermenêuticamente limitado pela história institucional do direito e pela integridade. É por isso que há respostas adequadas; é por isso que o cidadão tem o direito fundamental a uma resposta adequada a Constituição. E o Estado-juiz tem o dever (*have a duty*) de dá-la.

Ainda no plano filosófico, pode-se alertar para a estranha previsão de que, quando

a sentença contém obscuridades ou contradições, esta não é nula e, sim, corrigível via embargos declaratórios (sem esquecer os embargos com efeito modificativo, sem previsão de contraditório). Parece ai haver uma clara colisão com o art. 93, IX, da CF.

Penso que o Anteprojeto poderia deixar mais explícito a obediência ao princípio do contraditório, obrigando os juízes e tribunais a enfrentarem, um a um, os argumentos dos sujeitos processuais, razão pela qual faço uma sugestão de alteração dos arts. 406 e 504.

No plano, por assim dizer, mais dogmático, o anteprojeto contém medidas que podem ser tomadas de ofício pelos juízes “comuns” e o de garantias, que ofendem o princípio homenageado (acusatório). Também será de bom alvitre que o anteprojeto retire a previsão do assistente do Ministério Público, figura incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que institucionaliza uma espécie de direito de “classe social” e a possibilidade de “perseguição privada” ou até mesmo de “vingança privada”. Do mesmo modo que o velho CPP era justificável a previsão da figura do assistente de acusação (pelo menos até a vigência da CF/88), também se pode dizer que a previsão dos Embargos Infringentes em favor do acusado continha certa lógica, em face das condições em que foi gestado o Código processual nos anos 40 do século passado (os Embargos Infringentes, aliás, nem foram previstos no CPP originalmente). Entretanto, com o volume de garantias concedidas ao acusado e o modelo acusatório praticamente adotado em sua totalidade, nenhum dos dois institutos se justifica em tempos de modelo acusatório.

Subjacente à discussão proposta nestas reflexões está a questão do papel dos sujeitos processuais, o que engloba, à evidência, a *emendatio* e a *mutatio libelli*. Deixo claro que essa temática “toda ela” deve ser feita sob os auspícios de uma teoria da decisão, isto porque a simples adoção do modelo

<sup>18</sup> Para uma crítica pormenorizada Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ABOUD, Georges. O Dito e o Não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. In: Revista de Processo. n. 166, ano 33. dez. 2008, p. 27-70.



acusatório e a homenagem ao contraditório – não – são suficientes para proteger o processo contra o velho inimigo já presente tanto no modelo liberal como no modelo “social” do processo: o positivismo e seus efeitos colaterais (em especial, o “livre convencimento”, eufemismo do modelo de discricionariedade forte – lembrando aqui do debate Hart-Dworkin). A legitimidade do processo penal não dependerá apenas da circunstância formal de quem toma a iniciativa probatória nos marcos do modelo processual. O processo deverá conter os ingredientes já explicitados, isto é, um contraditório devidamente equalizado, exigindo a apreciação dos argumentos dos sujeitos processuais à sociedade, e a decisão controlada a partir do dever de fundamentar (*accountability*), aliado a obediência da integridade e da coerência, vale dizer, uma decisão somente se legitima na medida em que consiga se situar numa cadeia de decisões (o direito tem DNA, sim), vedados – e permito-me a insistência – ativismos, protagonismos e discricionariedades.

Numa palavra final, também deve merecer cuidado a alusão ao princípio da proporcionalidade, para que este não venha a ser utilizado como um instrumento para o cometimento de discricionariedades/arbitrariedades e/ou voluntarismos (ativismos judiciais). Como se sabe, em nome da proporcionalidade e do “sopesamento entre fins e meios” (a assim denominada “ponderação”) é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ponderação e da proporcionalidade (ou da razoabilidade). Veja-se, por exemplo, que em nome de princípios *ad-hoc* (e todos os dias são inventados novos *standards* que se pretendem princípios) como o da confiança no juiz da causa (sic) e em nome de supostos “sopesamentos” (ponderações), um acusado é posto em liberdade no RS e outro é mantido preso em SC. Há que se ter cuidado com o manejo dos princípios e mormente com esse

corriqueiro “sopesamento”.<sup>19</sup> A proporcionalidade somente tem sentido se entendida como “garantia de equanimidade”. Ou seja, proporcionalidade admitindo-se-a *ad argumetandum tantum* não é sinônimo de equidade. Aliás, o “princípio” da proporcionalidade e o “princípio” do livre convencimento são irmãos gêmeos, fruto do casamento do positivismo jurídico com a filosofia da consciência. Por isso, a necessária pré-ocupação com essas questões filosóficas que podem nos pregar peças. *Pré-juízos* não filtrados poderão vir a nos causar enormes *prejuízos*.

### Referências

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009.

BINDER, Alberto. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lume Júris, 2003.

COMOGLIO, Luigi P; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Giuffrè, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>19</sup> Para além de minhas críticas à teoria da argumentação e, em especial, à ponderação e sua dependência da discricionariedade (STRECK: 2009), entendo necessário advertir para o fato de que, na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Na verdade, a ponderação é um procedimento que serve para resolver uma colisão em abstrato de princípios constitucionais. Dessa operação resulta uma – *regra regra de direito fundamental adscripta* – essa sim apta a resolução da demanda da qual se originou o conflito de princípios. E um registro: essa aplicação da regra de ponderação se fará por subsunção (por mais paradoxal que isso possa ser).



FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Globo, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HART, Hebert. *O Conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Novo código de Processo Penal pede nova mentalidade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 14 jun. 2009

NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de Oliveira (Coords.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucio-*

*nalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição constitucional. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ABOUD, Georges. O Dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. In: *Revista de Processo*. n. 166, ano 33. dez. 2008, p. 27-70.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 168, fev. 2009.



# A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz

Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório

Leonardo Augusto Marinho Marques

## Sumário

1. Introdução. 2. O processo penal no marco do constitucionalismo democrático. 3. Princípio inquisitório x princípio acusatório: o problema da gestão da prova no processo penal sob a perspectiva constitucional da separação de poderes. 4. O avanço no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal.

### 1. Introdução

Este artigo pretende, inicialmente, situar o processo penal no marco do constitucionalismo democrático, demonstrando que o Estado Democrático de Direito resulta da superação dos paradigmas antecedentes do Estado Liberal e do Estado Social.

Em seguida, com ênfase tanto na moderna leitura do princípio constitucional da separação de poderes, compreendido como técnica eficiente de controle e promoção de poder, quanto na inteligência do princípio constitucional acusatório, conformador da técnica processual vigente, objetiva-se justificar a exclusividade da função acusatória para o Ministério Público e explicar a vedação da atuação supletiva do Juiz na proposição da prova.

A análise da realidade histórica e legislativa brasileira e a mudança promovida pelo recente Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal enriquecerão

Leonardo Augusto Marinho Marques é Doutor em Ciências Penais pela UFMG, Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Processo da PUCMinas, Advogado em Belo Horizonte.

bastante o entendimento de que enquanto o Ministério Público se desincumbe da função acusatória, o Juiz volta toda a sua atenção para a difícil tarefa de promover a tutela dos direitos fundamentais, nesse ambiente plural de permanente tensão entre normas jurídicas que concorrem, entre si, para regerem intrincadas situações.

## *2. O processo penal no marco do constitucionalismo democrático*

A observação feita por Oliveira (2004, p. 1) de que no Brasil, neste início do século XXI, a teoria do processo penal se conscientizou de que a pesquisa dogmática precisa se desenvolver a partir do referencial constitucional, à primeira vista, parece ser bastante óbvia e até mesmo dispensável. Afinal, em todo Estado Democrático de Direito, a Constituição sempre cumpre o papel de legitimar e de articular tanto o Estado quanto o Direito, evitando, conseqüentemente, que ambos se fundem em si mesmo. (Cf. CARVALHO NETTO, 2004, p. 25-26)

Porém, o comentário perde toda a sua obviedade diante da nossa realidade social que revela uma forte tradição autoritária, cujas raízes se fincaram no período colonial das capitânicas hereditárias e dos senhores de engenho e cujos frutos se consolidaram na República Velha e na República Nova, em décadas de coronelismo e ditadura. Essa tradição tem sobrevivido em tempos modernos, permitindo que práticas constitucionais anteriores, típicas de uma ordem autocrática, passem a concorrer com as práticas novas, próprias de uma ordem democrática.

Necessário compreender que, na realidade do processo penal, as práticas autoritárias antigas encontram sobrevida no atual Código de 1941, infeliz cópia do Projeto do Código fascista de Benito Mussolini, que, despidoradamente, prima por uma ação repressiva, justificada na primazia do interesse público sobre o interesse do indivíduo, e que acaba por renunciar à tutela dos direitos fundamentais, classificados na

Exposição de Motivos, de “pesudodireitos individuais”, “franquias”, “imunidades” e “extenso catálogo de garantias e favores”.

Distanciando-se da Constituição, vista equivocadamente a como um Direito superior e diferente do demais Direito (Cf. CARVALHO NETTO, 2004, p. 25), e refletindo aquela tensão entre faticidade e validade inerente a qualquer realidade social, o processo penal passa a desenvolver sua própria prática interpretativa e argumentativa, ganhando foro de legitimidade na legislação processual penal infra-constitucional (Cf. OLIVEIRA, 2007, p.145). Por conseguinte, inúmeras práticas antigas, que a Constituição pretendeu abolir, mantêm seu dinamismo na realidade cotidiana, exatamente porque o Código de 1941 se torna autossuficiente na justificação do processo penal.

Complementando o raciocínio, entende-se que a observação de Oliveira (2004) é extremamente relevante e precisa ser devidamente contextualizada no paradigma do Estado Democrático de Direito, sob pena de não ser apreendida em toda sua exatidão.

Pensar o processo penal por meio do referencial constitucional significa bem mais do que partir de um modelo pré ordenante, no qual os direitos fundamentais ocupam a centralidade do ordenamento, expressando ora o limite imposto ao poder estatal em favor da liberdade individual (Estado Liberal), ora o consenso ético em torno do qual os cidadãos se reúnem em sociedade, buscando o bem comum (Estado do Bem-Estar Social). (Cf. PEREIRA, 2008, p. 82-84)

Pensar o processo penal no contexto do Estado Democrático de Direito pressupõe a compreensão histórica de que a modernidade já superou os paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social. Enfim, exige-se, por coerência epistemológica, que se tenha em mente que o constitucionalismo democrático se assenta em bases específicas. Senão, corre-se o sério risco de se empreender uma pesquisa dogmática fora do referencial constitucional contem-

porâneo e de se extrair conclusões que não mais se sustentam.

Ora, no paradigma do Estado Liberal ou do Estado de Direito, os esforços se voltavam para impedir o retorno ao absolutismo. A lei limitava o poder do Estado na esfera pública da sociedade política, assegurando aos cidadãos livres o pleno exercício de sua autonomia na esfera privada da sociedade civil. Nesse quadro, o ideal da separação de poderes representava a mais bem elaborada técnica de controle do poder, capaz de assegurar racionalmente a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade. (Cf. PE-REIRA, 2008, p. 239-241)

Verdadeira amarra da legalidade no paradigma liberal, a separação de poderes criou esferas rígidas de competência. O Legislativo, interpretando a vontade política da população já associada à soberania popular, encarregava-se da produção das leis e da fiscalização da administração pública. Uma legislação mínima para não ferir a meta de liberdade máxima.

O Judiciário nada interpretava, apenas reproduzia a palavra da lei, exercendo aquela atividade mecânica de aplicação silogística da norma ao caso concreto. Partindo da premissa de que os textos legislativos deveriam ser claros e precisos, bastava dizer a lei. Sintetizando, a atividade jurisdicional se resumia ao *jus dicere* e não alcançava o *jus dare* (Cf. FERRAJOLI, 2006, p. 41).

O Executivo, considerando a redução do espaço público ao estritamente necessário à contenção do poder, orientava-se pela proposta do Estado mínimo, que não interviria jamais na esfera de liberdade dos cidadãos. O que não era proibido era imediatamente permitido. Consequentemente, competia-lhe policiar a sociedade para que a liberdade individual não fosse violada. (Cf. CRUZ, 2001, p. 217-218; CARVALHO NETTO, 2004, p. 32-34)

A prevalência da liberdade sobre a igualdade, o exercício indiscriminado do direito de propriedade e a concentração do capital em poucas mãos promoveram a ex-

ploração do homem pelo próprio homem, formando um ambiente hostil de miséria e de profunda injustiça social. Surgiram, então, os primeiros movimentos sociais, reivindicando paulatinamente a inclusão, na pauta jurídica, dos direitos sociais e coletivos. Após a Primeira Guerra Mundial, esses movimentos, antes classificados como casos de polícia, ganham a força necessária para desferir o golpe final contra o Estado de Direito.

Assim, nasceu o Estado do Bem-Estar Social com a tarefa de intervir na sociedade para atender as demandas sociais. Como o bem-estar da população depende efetivamente das prestações positivas do Estado, os direitos sociais e coletivos foram constitucionalizados e legitimaram a nova forma de atuação do Leviatã.

Imediatamente, a liberdade de fazer tudo o que não está proibido perdeu sua condição absoluta. A legislação liberal foi ampliada para absorver leis que contemplem a seguridade social, a saúde pública, o direito à greve, ao salário mínimo, à livre organização sindical e partidária. Abandonou-se o modelo consubstanciado na igualdade formal perante a lei e na liberdade plena para instituir-se a restrição de liberdade em favor da igualdade material.

Na nova realidade que se configura, o Direito público se sobrepõe ao Direito privado, do mesmo modo que o Estado se sobrepõe à sociedade. E o Direito, que antes dava ênfase à sociedade civil, agora se organiza em torno da sociedade política, refletindo uma suposta identidade ética. A Constituição é concebida como uma ordem de valores pretensamente compartilhada pelos integrantes da sociedade política (Cf. CARVALHO NETTO, 2004, p. 35-37; CRUZ, 2001, p. 219-222; OLIVEIRA, 2007, p. 32-33 e 116).

No plano teórico, a primeira dificuldade a ser enfrentada é concepção liberal da separação rígida de funções. Aquela divisão estanque cedeu lugar à cooperação entre os poderes, argumento indispensável para

ampliação da competência do Executivo e do Judiciário, mediante constante delegação dos poderes do Legislativo. Inevitavelmente, o Executivo obteve destaque no modelo do Bem-Estar, porque passou a intervir diretamente na realidade para atingir as metas sociais e reduzir a desigualdade.

Na reformulação da separação de poderes, o juiz se viu obrigado a abandonar o raciocínio silogístico de subsunção da lei ao caso concreto e passou a se esforçar para compreender o espírito da lei e a vontade do legislador, promovendo uma análise teleológica, sistêmica e histórica da legislação. Ampliando consideravelmente o horizonte liberal da boca que profere a palavra da lei, o Judiciário agora se depara com o quadro de leituras possíveis, resultante da suposta carga axiológica subjacente ao Direito. Recorre à ponderação dos valores, na análise do caso concreto, e decide com discricionariedade, tornando-se verdadeiro o aliado do Executivo na eleição das prioridades sociais.

Ocorre que o Estado Social não suportou tamanha responsabilidade e frustrou expectativas, no momento em que se revelou incapaz de promover a igualdade material e de reduzir o prejuízo social proporcionado pelo capitalismo. O modelo do Bem-Estar também não deu conta de demandas heterogêneas que ultrapassavam a fronteira daquele projeto ético para a consecução do bem comum, construído a partir de uma visão unitária do mundo.

Foi assim que novos movimentos, com novas reivindicações, abriram espaço para o pluralismo de ideias e incluíram na pauta jurídica a diferença étnica, religiosa, moral, sexual e cultural, forçando o Estado e o Direito a enxergar modos de vida alternativos, mas igualmente legítimos, porque afirmativos da dignidade humana.

Com Cittadino (1999, p. 77-78), Galuppo (2001, p. 51-52) e Wolkmer (1994, p. 160) aprende-se que a sociedade moderna se caracteriza pela diferença e não pela homogeneidade. Portanto, aquele projeto único do que seja uma vida boa, imposto

verticalmente pelo Estado Social, será sempre incapaz de atender as expectativas de grupos tão heterogêneos.

Para contemplar a multiplicidade de valores étnicos, religiosos, morais e culturais, o novo Estado e o novo Direito precisam se fundamentar na dignidade humana. Os direitos humanos continuarão ocupando a centralidade do ordenamento, não para limitar o poder estatal em favor da liberdade individual ou para refletir o consenso ético dos cidadãos na busca do bem comum, mas essencialmente para explicar que todos os projetos de vida são igualmente válidos quando giram na órbita da dignidade humana.

Galuppo (2001, p. 54) explica que:

“o Estado Democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da sociedade contemporânea, e que, portanto, não se pode legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem interferir na auto-identidade de uma determinada sociedade. Ao contrário, ele deve reconhecer que todos os projetos que compõem uma sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua identidade. Se os diversos projetos estão em conflito, a solução dada ao problema pelo Estado Democrático de Direito não é pressupor que um consenso radical, homogêneo e ilimitado seja historicamente possível, ou que seja possível criar-se, artificialmente (ou seja, sem a participação popular no processo decisório), um projeto ‘alternativo’, mas que é possível, por meio de um debate público o mais ilimitado possível, preservarem-se condições mínimas para que todos os projetos se realizem”

Conforme adiantado por Galuppo (2001, p. 54), a diferença, como elemento conformador do Estado Democrático Direito, promoverá um resgate da cidadania e incentivará a participação dos cidadãos nos mecanismos de decisão. Afinal, a gestão



democrática de poder exige que as decisões resultem o máximo possível do debate público, absorvendo, sempre que for viável, a argumentação de todos os interessados. No constitucionalismo democrático, os direitos fundamentais e a dimensão participativa nas instâncias decisórias se consubstanciam como fatores de legitimação do poder e de preservação do pluralismo.

Entretanto, o poder que, na visão liberal precisava ser freado para evitar o arbítrio, e na visão social devia intervir para promover a igualdade, agora se rende ao ideal democrático de exercício compartilhado, no qual os direitos fundamentais constituem sempre a fronteira intransponível. Mas o Estado Democrático de Direito não se satisfaz com aquela fórmula negativa-limitadora de contenção do poder, indispensável para a tutela da liberdade individual, proposta pelo liberalismo.

Nele, a atenção se volta para a possibilidade de desvio do poder, e a preocupação se concentra no momento em que ele está sendo exercido, ou mais precisamente, “dirige-se ao controle da adequação do exercício de certas condutas” (PEREIRA, 2008, p. 35). Logicamente, esta foi uma das lições extraídas do intervencionismo exagerado promovido pelo Estado Social.

Pereira (2008, p. 20) elucida essa relação entre poder e controle no constitucionalismo democrático, ao passar pelo pensamento de Karl Loewenstein:

“O controle de poder é, pois, concebido como a chave para a compreensão da diferença entre os sistemas autocráticos e democráticos. Ao postular o controle dos ‘destinatários do poder’ (power addressees) sobre os ‘detentores do poder’ (power holders) como a essência do Estado constitucional, distingue-se sistemas com *exercício compartilhado* e *controle de poder* de sistemas de *exercício concentrado* e *ausência de controle*. Redesenha a divisão de poderes e cria uma nova tripartição: ‘policy determination’, ‘policy exe-

cution’ e *policy control*’, atribuindo a esta o lugar de centralidade, sobretudo ao definir o constitucionalismo como governo contido e responsável”.

Percebam que, na democracia constitucional, o controle de poder forçará uma releitura do princípio da separação de poderes, que afetará tanto o intervencionismo do Poder Executivo quanto a análise axiológica desenvolvida pelo Poder Judiciário. O pluralismo característico da sociedade moderna reclama por um “Direito participativo, pluralista e aberto” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 37). Em consequência, a hermenêutica romperá com aquela interpretação valorativa de leituras possíveis, no qual a ponderação e a discricionariedade do julgador eram determinantes para se resolver o caso concreto.

A nova hermenêutica sugere que se desenvolva um raciocínio problematizado, em homenagem à complexidade do Direito. A ideia de integridade (Dworkin) substitui a antiga concepção de que o Direito é um conjunto de regras hierárquicas e harmônicas (Kelsen) e que, diante de leituras possíveis, basta ao Juiz, fundamentar sua escolha em uma regra isolada desse conjunto, aplicando-a imediatamente ao caso.

Agora, exige-se que o Juiz inverta esse caminho, que ele parta do caso concreto em direção ao Direito, e identifique as leituras possíveis, não porque o ordenamento encerra uma carga axiológica, mas porque o Direito em sua integralidade se apresenta como “um mar revolto de normas em permanente tensão concorrendo entre si para regerem situações” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 40). Concretamente, espera-se que desse raciocínio problematizado, construído sob o alicerce do pluralismo social e jurídico, resulte a resposta adequada para cada situação individualizada, obviamente contando com a participação das partes na elaboração do provimento.

Pois bem, delimitado o paradigma do Estado Democrático de Direito, em breves linhas, inúmeras frentes se apresentam

para se pensar o processo penal a partir do referencial constitucional, evitando que ele se funde em si mesmo e passe a desenvolver autonomamente sua própria prática interpretativa e argumentativa.

Contudo, fica a advertência de que o novo Direito Processual Penal, participativo, pluralista e aberto, capaz de expressar a força normativa da Constituição, foi inaugurado em 1988 e não se compatibiliza com a ideologia repressiva, centralizadora e fechada adotada pelo Código fascista de 1941.

Registre-se, por exemplo, que no modelo constitucional de processo penal, a dimensão participativa revigora o contraditório e potencializa direito de defesa, do mesmo modo que permite rever e justificar a atuação da vítima para além dos interesses patrimoniais consagrados numa futura ação de reparação de dano, que raramente se inicia após a condenação. Igualmente, o pluralismo traz novos ares para a interdisciplinariedade em matérias tormentosas como a insanidade mental, o erro médico e o sistema financeiro, dentre tantas que extrapolam o universo jurídico e, em especial, o orbe do processo penal.

Há ainda a importante contribuição de Oliveira (2004), que, após a empreender sua pesquisa dogmática a partir da moderna hermenêutica constitucional, concluiu acertadamente que o processo penal não pode mais se fundamentar na perspectiva liberal do conflito entre segurança pública e liberdade individual. Ao demonstrar que o processo penal se depara com uma relação de complementariedade e de reciprocidade entre direitos fundamentais potencias (perspectiva pública) e direitos potenciais individualizados (perspectiva do acusado), e ao apresentar sua proposta de transformar o processo penal em um abrangente ambiente de proteção aos direitos fundamentais, Oliveira reposicionou a teoria, apontando para uma nova direção.

As frentes que se apresentam para pensar o processo penal a partir do referencial

constitucional definitivamente são múltiplas e não podem ser apontadas uma a uma neste tópico. Por delimitação metodológica, tomar-se-á como referência no constitucionalismo democrático, para desenvolver o presente trabalho, o princípio da separação de poderes compreendida como técnica eficiente de controle e promoção de poder.

A preocupação inicial com o intervencionismo do Poder Executivo no Estado Social fez amadurecer a ideia de que o princípio da separação de poderes precisava evoluir da condição de técnica de liberdade, em que se manifestava como mecanismo de controle e contenção, para a condição de técnica de eficiência, na qual se manifesta como mecanismo eficiente de controle e promoção de poder. (Cf. PEREIRA, 2008, p. 236-250)

Segundo Pereira (2008, p. 247), a “separação de poderes seria, então, um mecanismo dirigido a atribuir a correta função à correta instituição a fim de melhor servir aos objetivos para os quais a ação coletiva foi tomada”

Este é o ponto de partida para se compreender, a partir de uma leitura constitucional adequada, por que a função acusatória deve ser exercida exclusivamente pelo Ministério Público. Antes, porém, precisamos mergulhar na realidade dos métodos processuais e entender de que forma seus princípios reitores, inquisitório e acusatório, negaram ou conformaram a gestão da prova no processo penal, fazendo prevalecer ou o exercício concentrado e sem controle de poder ou o exercício compartilhado e controlado.

### *3. Princípio inquisitório x princípio acusatório: o problema da gestão da prova no processo penal sob a perspectiva constitucional da separação de poderes*

Na dogmática processual penal, o estudo dos princípios inquisitório e acusatório está interligado ao estudo do sistema processual correspondente, que seria composto de normas e princípios ordenados, mas especialmente orientado pelo princípio

estruturante ou unificador do qual o respectivo sistema herdaria o nome (Cf. PRADO, 2006, p. 104; COUTINHO, 2000, p. 3; COUTINHO, 2004, p. 16).

Todavia, independente da relevância teórica do estudo de cada princípio reitor, tem-se insistido na substituição do termo sistema pelo termo método. A insistência se justifica porque a História não registra, em nenhum de seus cortes, a existência de um modelo normativo lógico e racional que esteja orientando simultaneamente culturas jurídicas diversas.

De fato, nunca houve um conjunto orgânico que reunisse todas as características essenciais de um determinado esquema, seja ele inquisitório ou acusatório. Ao contrário, identificam-se, em vários momentos, estruturas normativas acusatórias e inquisitórias não absolutamente coincidentes, conforme reconhece Prado (2006, p. 7 e 53).

Com Binder (2003, p. 31-33), aprende-se que nenhuma dessas estruturas confere uma visão completa de um sistema processual, elas são apenas o ponto de partida para se compreender o Direito Processual Penal ao longo de sua evolução histórica.

Diante desta realidade incontestável, corre-se o risco de se incorrer em uma inadequada simplificação histórica e de sustentar uma tendência hegemônica sem validade universal. Preferível, portanto, empregar o termo método, totalmente desvinculado da hipótese de uma estrutura normativa padrão e do aspecto temporal.

Concebido no plano da idealidade, o vocábulo método seria compreendido como o resultado do esforço teórico e da pesquisa histórica de diversos modelos existentes. Delineadas as características gerais de cada método, seria possível então pensar na identificação do sistema processual eleito pela Constituição, em cada realidade jurídica.

Dentro da revisão proposta, o princípio inquisitório seria conformador do método inquisitório, assim como o princípio acusatório seria estruturante do método acusatório. Cada princípio definiria o núcleo

elementar de cada método, permitindo, pois, individualizá-los na teoria.

O princípio inquisitório inspira-se na ideologia da defesa social e instrumentaliza a gestão centralizada de poder. Monopolizando toda informação relevante, o princípio prima pelo poder concentrado e sem controle, voltado para a realização do Direito Penal. Ele molda o método inquisitivo a partir de uma investigação secreta da verdade, na qual o Juiz investigador detém a gestão da prova e o poder de demonstrar a culpa antecipadamente.

Dotado de elevado grau de racionalidade, o princípio inquisitório promove a descontinuidade entre a instrução e o julgamento e concentra na pessoa do Juiz inquisidor todo o conhecimento adquirido na investigação. Acumulando as funções acusatória, defensiva e judicante, em um procedimento sem partes, ele constrói sozinho, e em segredo, todo o saber que mais tarde será enunciado como verdade real.

Essa é a construção teórica do princípio inquisitório a que se chega, consultando os autores que são referência na matéria: Coutinho (2000, p. 2-3; 2004, p. 24); Maier (2004, p. 292 e 448); Gossel (2007, p. 16); Lopes Junior (2005, p. 173-177); Prado (2006, p. 104-105).

Seguindo o caminho contrário, o princípio acusatório viabiliza a democracia processual, instituindo a descentralização do poder. Optando pelo poder compartilhado e controlado, mira a tutela dos direitos fundamentais. O princípio configura o método acusatório como um debate público, oral, contínuo, em contraditório, promovido pelas partes. Na verdade, ele transforma o processo penal em um ambiente argumentativo de abrangente proteção aos direitos humanos.

A meta de exercício compartilhado e controlado de poder exige que a função acusatória e a função defensiva sejam entregues às partes, abrangendo naturalmente a iniciativa probatória. Em consequência, as provas deixam de ser produzidas de

ofício e sigilosamente, sob o argumento de que se busca a verdade, e passam a ser introduzidas pelos destinatários do provimento, à luz da publicidade, para serem incorporadas no julgamento.

Nesse quadro, a decisão final deixa de ser uma pré-compreensão de uma realidade, formulada por um único sujeito, para se converter em um raciocínio devidamente problematizado, que enfrenta possibilidades distintas e resulta da ampla argumentação jurídica que se desenvolve em torno do caso concreto. Decerto, o princípio acusatório assegura a unidade entre a produção da prova, o debate e o julgamento.

Em linhas gerais, essa é a definição do princípio acusatório que se extrai de Bovino (2005, p. 37-50); Cordero (2000, p. 88), Coutinho (2000, p. 5); Deu (2008, p. 121-150); Prado (2006, p. 106); Roxin (2003, p. 86-76).

Pelo ângulo da democracia constitucional, marco referencial da modernidade, não há dúvida de que o método acusatório deve gerir a prática cotidiana do processo penal, justamente porque prima pela descentralização do poder, resgatando a dimensão participativa, e preza pela tutela dos direitos fundamentais. O princípio acusatório, portanto, é subjacente ao paradigma do Estado Democrático de Direito e ao modelo constitucional de processo penal.

Em decorrência da força normativa da Constituição e da opção pelo poder compartilhado e controlado, o processo penal brasileiro precisa se converter definitivamente em um processo de partes e se desenvolver por meio do debate público, oral, contínuo, em contraditório.

No novo paradigma, as práticas autoritárias, derivadas do poder concentrado e sem controle, e que encontravam sobrevida no Código de 1941, não podem concorrer jamais com as práticas democráticas. Simplesmente, porque, no Estado Constitucional moderno, o poder somente pode ser exercido pelo canal democrático.

Nesse instante, o princípio constitucional da separação de poderes entra em cena

para viabilizar, ao lado do princípio acusatório, a democracia processual. Resolve-se, assim, no âmbito da constitucionalidade, eventual tensão existente entre faticidade e validade. Como mecanismo eficiente de controle e promoção de poder, lembre que a separação de poderes procura “atribuir a correta função à correta instituição a fim de melhor servir aos objetivos para os quais a ação coletiva foi tomada” (PEREIRA, 2008, p. 247).

No Estado Democrático de Direito, o controle de poder não se realiza somente pelo compartilhamento, mas igualmente pela atribuição de competências às instituições democráticas responsáveis pelo seu exercício (controle pela promoção). Na realidade, o princípio acusatório densifica a separação de poderes no orbe do processo penal, ao redistribuir a função acusatória e a função defensiva entre as partes, e ao reservar a função judicante para o Juiz.

No ponto, cumpre questionar: em que consistiria exatamente a função acusatória? Com certeza, trata-se de uma função pública, constitucionalmente atribuída ao Ministério Público, por ser a instituição adequada para atingir da maneira mais eficaz os objetivos traçados no processo penal para o exercício da acusação pública.

No exercício dessa função pública, compete-lhe privativamente: (1) formular a hipótese acusatória, delimitando a responsabilidade penal, em homenagem à dignidade do acusado; (2) assumir o ônus da prova, como consequência desfavorável proveniente da ausência de prova sobre a responsabilidade penal; (3) realizar todos os atos inerentes à acusação, como o aditamento da denúncia, a modificação da hipótese acusatória (*mutatio libelli*), a proposição e a complementação da prova, a requisição de diligências finais, a sustentação do pedido de condenação, ao final do processo, quando a prova permitir, a impugnação das decisões desfavoráveis, etc.

Delimitada constitucionalmente a função acusatória, com cláusula de exclusivi-

dade, sob que perspectiva seria possível justificar a atuação supletiva do Juiz na proposição da prova, senão pelos mitos de que o processo penal deve buscar a verdade real e de que o Juiz é o órgão suprapartes que tem condições de desvelar, a qualquer instante, a verdade absoluta.

Definitivamente, chegou a hora de desconstruir esse mito que foi forjado na Inquisição. Coutinho (2001, p. 26) comenta que “a verdade possibilita a rendição dos pecados”. Acreditando nessa hipótese, a Inquisição pregava a salvação da alma pela confissão, demonstração inequívoca de arrependimento. Não importa se a confissão foi extraída mediante tormento ou se ela conduz à morte. O suplício purifica a alma do pecador.

Boff (2003, p. 9-11) ensina que a verdade absoluta é intolerante e resulta da crença de que “a humanidade foi criada na graça de Deus”. Na medida em que os homens não mais conseguem compreender a vontade divina, e dela começam a se distanciar, as escrituras sagradas precisam ser reinterpretadas, porque é necessário manter a humanidade em sua caminhada rumo à vida eterna.

Entretanto, essa interpretação não cabe ao homem comum, mas a quem está mais perto de Deus, inegavelmente o Papa – seu enviado direto – e os Bispos – seus legítimos representantes. Por sinal, os Bispos, que se transformaram nos Juizes inquisidores nos Tribunais Eclesiásticos, receberam do Papa o poder de declarar a verdade contra o herege, uma verdade inquestionável que se alimentava do calor da fogueira. Os meios se justificavam para combater a heresia. (Cf. LOPES JUNIOR, 2005, p. 163)

Atente-se à lição sábia de Lopes Junior (2005, p. 267): “A verdade real é inalcançável, até porque a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós (...) a reconstrução de um fato histórico é sempre minimalista e imperfeita (...). É o absurdo de equiparar o real ao imaginário, esquecendo que o passado só existe no

imaginário, na memória, e que, por isso, jamais será real.”

Como a Inquisição tinha todo um ritual para promover a propaganda do triunfo contra a heresia – procissão, sermão, leitura pública da confissão, leitura pública da sentença e o suplício (Cf. PAIM, 2000, p. 140-144) – o mito da verdade real se desvinculou da intolerância religiosa, saiu das dependências do Tribunal do Santo Ofício, resistiu à sua extinção e continuou seduzindo o processo penal no mundo laico de hoje.

Na atualidade, a verdade real aparece retratada como sinônimo de justiça. Seduz, porque está associada ao discurso de combate à impunidade, corolário da ideologia da defesa social. Esse discurso contamina o método acusatório ao colocar em segundo plano a tutela dos direitos fundamentais. Claro está que o mito da verdade absoluta legitima os poderes instrutórios do Juiz, permitindo-lhe correr atrás de informações penalmente relevantes, depois de encerrada a instrução e desenvolvida a atividade probatória das partes.

Negando a possibilidade concreta de inexistirem provas que sustentem hipótese acusatória, ele, o Juiz inquisidor, mais vivo do que nunca e convencido de que há responsabilidade penal, reassume a gestão da prova e redireciona processo para o caminho da condenação. Mera coincidência? Não, raramente a proposição de provas ocorre porque a hipótese acusatória incomoda o Julgador e porque ele quer fundamentar a absolvição. O benefício da dúvida já socorreria o Juiz democrata nessa situação.

O que se verifica é que a tensão entre faticidade e validade está se distanciando da norma constitucional e se resolvendo por meio de uma prática interpretativa e argumentativa característica do Código fascista de 1941, em benefício da ideologia repressiva por ele adotada.

No momento em que o conhecimento científico se rende à teoria da relatividade,



o exame de DNA afirma uma probabilidade inferior a cem por cento, a Nova História reconhece registros alternativos como fonte de dados relevantes, o processo penal mantém sua arrogância. Declara-se em condições de reconstruir o fato com absoluta fidelidade e capaz de enunciar, ao final, a verdade absoluta.

Desconsidera-se simplesmente a vulnerabilidade humana diante da apuração do fato, da produção da prova, da interpretação do Direito e da própria realização da Justiça. Se o Juiz é feito da mesma matriz humana do Promotor de Justiça, portanto igualmente vulnerável, de que forma ele vai desvelar essa verdade absoluta e evitar a temida impunidade, quando o Ministério Público humanamente falhar? Bom lembrar que ele está suscetível à mesma limitação humana e incorre no mesmo risco de não conseguir demonstrar a responsabilidade penal. Nesse aspecto, certamente, o Magistrado não leva nenhuma vantagem em relação ao Promotor Público.

Registre-se que a falha humana foi cogitada apenas porque não pode ser afastada da realidade concreta. Há de se reconhecer que o Ministério Público exerce satisfatoriamente a função acusatória no processo penal. Se, ordinariamente, o Juiz não precisa exercer supletivamente a função acusatória, porque o órgão legitimado se desincumbe de sua função a contento, nas hipóteses excepcionais, ele não pode fazê-lo, porque encontra-se impedido pelo princípio constitucional da separação de poderes e pelo princípio constitucional acusatório. Desrespeitando-se as regras do jogo, o processo penal se desnatura e se transforma em uma guerra de todos contra um.

Concluindo, a democracia constitucional representa uma conquista da qual a sociedade moderna não pode abrir mão em favor da ideologia da defesa social. O poder que se legitima na técnica de controle e de promoção deve ser compartilhado entre instituições. Essa regra é sagrada. Do contrário, a sociedade vai ser engolida

novamente pelo Leviatã. Preferível que cada instituição dê conta de sua função constitucional.

E mais, atribuir com exclusividade a função acusatória para o Ministério Público, incluindo a proposição de provas, em nada diminui a magnitude da Magistratura. Se a dimensão participativa entregue ao Parquet resgata a cidadania e afirma a democracia, a tutela dos direitos fundamentais entregue aos Juizes consolida o constitucionalismo. Nesse ambiente argumentativo de abrangente proteção aos direitos humanos, a Constituição delegou aos Juizes a mais nobre responsabilidade. Portanto, o processo penal pode se satisfazer perfeitamente com a verdade possível ou, mais precisamente, a verdade construída processualmente com a contribuição das partes.

Não é exagero caracterizar a verdade processual como bricolage de significantes (ROSA, 2006, p. 363-369), nem tampouco dizer que ela não depende da pré-compreensão de um único sujeito, do modo exclusivo como ele enxerga determinada realidade. Ela deriva do raciocínio problematizado, que enfrenta possibilidades distintas, dentre elas a absolvição e a condenação, e precisa refletir necessariamente a argumentação jurídica que envolve o caso concreto.

Podemos, sim, nos confortar na poesia de Andrade (2009)

“A porta da verdade estava aberta, mas só deixava passar meia pessoa de cada vez. Assim não era possível atingir toda a verdade, porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil de meia verdade. E a segunda metade voltava igualmente com o meio perfil. E os meios perfis não coincidiam (...). Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. E nenhuma das duas era totalmente bela. E carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”

Assim, a questão se concentra no ponto exato: o importante é saber de que forma o Juiz deve se portar diante produção das



provas, como mero espectador? Não, porque ele precisa formar o seu convencimento. Como todo ser humano, ninguém pode retirar do Juiz o direito de ter dúvida sobre a prova proposta, sobre a argumentação desenvolvida. Impedir-lhe de esclarecer dúvidas simples e prováveis inviabilizaria o processo penal.

O ordenamento jurídico, em sua integridade, não sugere absolvição pela dúvida, quando a convicção do juízo está ao alcance de uma simples pergunta à testemunha, à vítima ou ao acusado, nas audiências, ou ao alcance de um mero pedido de esclarecimento ao perito. A atividade probatória do Juiz é extremamente saudável e se difere essencialmente da proposição da prova. Sua participação ativa na instrução não revela incompatibilidade com o princípio da separação de poderes e com o princípio acusatório, ao contrário deriva de uma leitura constitucionalmente adequada e do reconhecimento de que o Juiz, como sujeito de conhecimento, interage com a realidade.

#### *4. O avanço no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*

O Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, convertido no Projeto de Lei número 156 de 2009, deu um enorme passo para adequar o processo penal brasileiro ao modelo constitucional acusatório. Ao dispor no Título dos Princípios Fundamentais que o processo penal terá estrutura acusatória e ao vedar a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (Cf. artigo 4º), o Projeto rompeu com a matriz inquisitória que formata a realidade processual brasileira desde as Ordenações.

A redação do artigo 4º seria perfeita se não fosse o registro de que os limites da estrutura acusatória estão definidos no Projeto. Na verdade, as diretrizes do sistema acusatório brasileiro estão na Constituição,

que exerce o papel de articular e de legitimar o processo penal. Dizer que os limites estão no Código significa aceitar que ele funda o processo penal, independentemente da existência da Carta de 1988.

Fora esse grave deslize, encontramos nas disposições especiais relativas ao interrogatório em juízo a consolidação da estrutura acusatória, visto que as perguntas sobre as condições pessoais, oportunidades de desenvolvimento pessoal e conduta social ficaram sob a responsabilidade do juiz, mas as relacionadas ao fato foram oportunizadas às partes (artigo 71 e parágrafo único). De se elogiar que o interrogatório, previsto como direito de defesa (artigo 63), está inserido no Capítulo III, intitulado Do Acusado e seu Defensor.

Essa orientação se repete no Título VIII, destinado à Prova. A regra processual determina que as provas serão propostas pelas partes, sendo facultado ao juiz esclarecer dúvida sobre a prova produzida (Cf. artigo 162 e parágrafo único). Sem dúvida, a fase de instrução se orienta pelo princípio da separação de poderes e pelo princípio acusatório, assegurando a exclusividade da função acusatória.

Mais adiante, no Capítulo II, que regulamenta os meios de prova, a estrutura acusatória ganha maior densidade, porque resta claro que as perguntas às testemunhas serão formuladas pelas partes diretamente (artigo 175), sendo permitido ao juiz complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos (parágrafo primeiro do artigo 175). Embora não haja previsão expressa nesse sentido quanto às perguntas dirigidas à vítima (artigo 187), por coerência, o método acusatório deve prevalecer, conferindo às partes a iniciativa de perguntar e, ao juiz, subsidiariamente, a faculdade de elidir eventual dúvida.

A seção V, que se dedica à prova pericial, regulamentou a formulação de quesitos como direitos das partes, do indiciado e da vítima (artigo 196, parágrafo 4º). Não há menção direta à possibilidade do juiz

apresentar quesitos, mas ela é perfeitamente possível, primeiro porque não se pode afastar a possibilidade de dúvida da realidade. Ademais preservou-se a liberdade do juiz para aceitar ou rejeitar o laudo, parcial e integralmente. (artigo 199). Invocando novamente a integridade do Direito, bem melhor esclarecer dúvida sobre a perícia do que simplesmente rejeitar o laudo porque o juiz não conseguiu formar sua convicção. Segundo, porque na hipótese de exame por precatória, o Projeto determinou a transcrição dos quesitos do juiz no instrumento a ser enviado ao juiz deprecado (artigo 210, parágrafo único). Esta previsão elimina qualquer controvérsia a respeito.

Se assim for aprovado, o Projeto número 156 de 2009, encerra a tradição inquisitória da produção da prova de ofício pelo juiz, que se iniciou no período das Ordenações com a adoção das inquirições-devassas do Direito Canônico. A instrução de ofício pelo juiz se perpetuou no Código de Processo Criminal de 1832 e nas reformas seguintes, promovidas em 1841 e em 1871, com o procedimento de formação antecipada da culpa, que antecedia a fase processual. Esta tradição permaneceu viva no Código de 1941, com os poderes instrutórios que permitiam ao juiz produzir prova, antes do julgamento, logo após o encerramento da instrução (artigo 156). E, lamentavelmente, não se modificou com a reforma parcial promovida pela Lei 11.960 de 2008. O Código de Processo Penal reformado continuou concedendo ao juiz a oportunidade de produzir prova antes de proferir a sentença

### Referências

- ANDRADE, Carlos Drummond. Verdade. In: *Poesia completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2009.
- BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BOFF, Leonardo. Prefácio. Inquirição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Directo-*

*rium inquisitorium* – Manual dos inquisidores. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

BOVINO, Alberto. *Princípios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo direito e justiça distributiva*. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do direito processual Penal brasileiro. *Separata ITEC*, ano 1, n. 4, jan. / fev. / mar. 2000.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DEU, Tereza Armenta. *Estudios sobre el proceso penal*. Santa-fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica e jurisdição constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GOSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal em el estado de derecho: obras completas*. Tomo 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2 ed. 3 reimp. Buenos Aires, 1996.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos*

fundamentos e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

PAIM, Antônio. *Momentos decisivos da história do Brasil*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 1 ed. 2 reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.



# A reforma processual penal

## Precedentes do Superior Tribunal de Justiça

Maria Thereza Rocha de Assis Moura  
e Mohamad Ale Hasan Mahmoud

### Sumário

1. A(s) reforma(s) e seu contexto. 2. As reformas já consolidadas e os primeiros precedentes do STJ. 2.1. A nova redação do art. 212 do CPP. 2.2. O excesso de linguagem na decisão de pronúncia. 2.3. A revogação do art. 594 do CPP. 2.4. A interpretação do art. 387 do CPP, com a redação trazida pela Lei 11.719/2008. 3. Conclusão.

#### *1. A(s) reforma(s) e o seu contexto*

Da sociologia do direito vem a lição de que a existência de uma constituição avançada, em termos democráticos, pouco representará se os ocupantes dos mais altos postos do Estado ainda se ressentirem de mentalidade nostálgica de tempos autoritários. (FARIA, 1978, p. 79-80)

Decorridos vinte anos de nova ordem constitucional, marcadamente de cariz garantista, significativas são as conquistas no campo penal. Por mais que, por vezes, discursos de ocasião bem ao gosto da sensação midiática tenham trazido alguns revezes, nota-se saldo positivo, autorizando a assunção de posição otimista.

Certo é que, com a nova ordem constitucional, prevaleceu o espírito de que era preciso reformar a legislação processual penal, para sintonizá-la com a Constituição e impor ao poder punitivo os seus imprescindíveis limites.

A propósito, vale a pena trazer à colação o inexcusável culturalista sergipano Tobias

Maria Thereza Rocha de Assis Moura é Ministra do Superior Tribunal de Justiça e Professora Doutora da Faculdade de Direito da USP.

Mohamad Ale Hasan Mahmoud é Assessor do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP e Professor do IDP/DF.

Barreto (2003, p. 133), que teceu, de modo ao mesmo tempo ácido e certo, suas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir:

“Mas esta é a verdade: no círculo da natureza, onde até a beleza é a expressão de uma victoria, nada existe que não seja o producto de um desenvolvimento, ou este se conte por minutos, ou por myriades de séculos. E tendo-se em vista o imenso espaço de tempo necessario para a explicação de certos phenomenos, de transição tão lenta, que se nos afiguram estacionarios e fixos, – é evidente que a humanidade, como tudo que lhe pertence a titulo de propriedade, herdade ou adquirida, não passa de um *parvenu*. Ainda hontem *macaca*, – e hoje *fidalga*, que renega os seus avós e vive à cata de pergaminhos para provar a sua nobresa, como filha unigenita dos deuses.

No mesmo caso está a moral, no mesmo caso o direito; ainda hontem força e violência, ainda hontem simples expressão de *experiência capitalisada* no processo de eliminação das irregularidades da vida social, e já hoje alguma cousa que se impõe, *sub specie aeterni*, ao nosso culto e á nossa veneração.”

A primeira grande reforma pensada para o vetusto Código de Processo Penal seguiu o plano idealizado há quase uma década, sob a batuta da Professora Ada Pellegrini Grinover<sup>1</sup>, pautado por atualização fragmentada: elaborados onze anteprojetos que, após ampla discussão, foram reduzidos a oito: prisão especial (Lei 10.258/01); interrogatório (aproveitado em parte na lei 10.792/03); júri (Lei 11.689/08); provas (Lei 11.690/08); procedimentos (Lei 11.719/08); prisão, medidas cautelares e inquérito po-

<sup>1</sup> A Comissão, secretariada por Petrônio Calmon Filho, foi composta ainda por Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

licial – aprovados na Câmara e em trâmite no Senado Federal.

A então chamada Comissão de Reforma justificou, à época, a opção pela reforma fatiada em oito Projetos, tendo em vista as reconhecidas dificuldades na aprovação de um Código inteiramente novo.

Tendo como base o mesmo fundamento garantista, porém seguindo outra trilha, a Comissão criada pelo Senado Federal, em junho de 2008, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido<sup>2</sup>, propôs a elaboração de um novo Código, tendo apresentado o Anteprojeto de Lei que se transformou no Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009.

É evidente que a aprovação *ex integro* de um novo Código dá mais coerência e harmonia ao sistema<sup>3</sup>, na medida em que, não raras vezes, as propostas compartmentadas acabam por ser cindidas na sua análise legislativa, desfocando-se do ideário original. Sublinhe-se, ainda, o problema lógico decorrente da promulgação de normas que se remetem a disposições cujo

<sup>2</sup> Constituíram, ainda, a Comissão: Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. A Comissão foi criada a pedido do senador Renato Casagrande (PSB-ES) e designada pelo Presidente do Senado, Senador Garibaldi Alves Filho, por meio do Ato 11/08.

<sup>3</sup> Neste sentido, conferir o entendimento de Luiz Flávio Gomes Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinho (2008): “O ideal seria a elaboração de um novo Código, que mantivesse coerência lógica, apto, assim, a assegurar a harmonia entre seus diversos institutos. A reforma gradual, da maneira como realizada, prejudicou essa uniformidade, redundando, por vezes, em dispositivos que se revelam contraditórios entre si. Sobretudo em razão das inúmeras mudanças que os projetos originais experimentaram quando levadas à discussão no Congresso Nacional. Não se ignora, contudo, as enormes dificuldades que um novo Código encontraria para ser aprovado, bastando que se recorde dos projetos José Frederico Marques e Hélio Tornaghi, obras monumentais que não foram, porém, transformadas em lei. Em vista da impossibilidade de se cogitar de um novo Código, a única alternativa foi mesmo a promoção de alterações tópicas, mesmo que com sacrifício, vez ou outra, da coesão .



teor ainda não foi atualizado, gerando-se, pois, verdadeiro descompasso<sup>4</sup>.

Ademais dos problemas apontados, como o jogo democrático implica a possibilidade de várias modificações nas proposições, quanto menor for o número de projetos, ao menos em tese, mais concentradas devem ser as respectivas alterações. Esta mesma preocupação levou Alberto Silva Franco (2007, p. 109-110) a defender, como forma de preservação de pureza dogmático-científica, a apresentação de projeto de Código por meio de lei delegada. T tamanha a inquietação com a higidez do sistema conduziu o insigne penalista a asseverar, comentando o artigo 12 do Código Penal, o quanto segue:

“Não há dúvida de que o Código Penal não reflete, na atualidade, inúmeros valores carentes de tutela penal no Estado Social e Democrático de Direito, mas substituí-lo pura e simplesmente por micro-sistemas penais que atuam com total liberdade, sem que nada os prenda aos princípios constitucionais expressos ou implícitos constitui um declarado perigo ao direito de liberdade do cidadão. É exigível, sem dúvida, uma urgente reforma da Parte Especial do Código Penal idônea a absorver essa plethora de leis penais especiais. E aí, em lugar

<sup>4</sup> Exemplo de tal circunstância pode ser percebido da análise do art. 413 do CPP, parágrafo 3º, incluído pela Lei nº 11.689/2008, ao determinar, quando da decisão de pronúncia, que o juiz decida, motivadamente, acerca da necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código. É palpável, aqui, que o Código se refere ao teor da proposta inserta no Projeto de Lei nº 4.208/01, ainda em tramitação, que cuida das medidas cautelares penais, porquanto na atualidade não existem medidas restritivas de liberdade cautelares previstas. Apenas para o esclarecimento do leitor, transcrevem-se as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, de acordo com mencionado projeto: “I - comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para

do art. 12 do Código Penal, seria caso de criar-se a reserva de código para efeito de obstar a volúpia legislante e só autorizar a mudança de qualquer artigo do Código Penal mediante lei complementar que exige, para sua aprovação, maioria qualificada dos membros do Congresso Nacional.”

Concentrando-se sobre a questão sistêmica, registre-se, de passagem, que o Poder Legislativo determinou a criação, sob a coordenação do Deputado Federal Flávio Dino (PC do B-MA), de Grupo de Trabalho para o fim de elaborar projeto de lei acerca da Consolidação das Leis Processuais Penais<sup>5</sup>.

Em apertada síntese, estas são algumas anotações acerca do clima de reforma processual penal em que atualmente se vive.

## *2. As reformas já consolidadas e os primeiros precedentes do Superior Tribunal de Justiça*

O objeto da presente análise restringe-se ao universo de cognição jurisprudencial da mais alta Corte infraconstitucional do país.

evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais; VII - internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável (art. 26 e parágrafo único do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial. Parágrafo único. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI, deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.” (NR)

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>consolidação.

Assim, foram eleitos alguns dos primeiros precedentes do Superior Tribunal de Justiça, nos quais foram enfocados tópicos da reforma já implementada no ano de 2008.

### 2.1. A nova redação do art. 212 do CPP

Não há dúvida de que o trabalho da Comissão capitaneada pela Professora Ada Pellegrini Grinover, tanto quanto a Comissão presidida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, consagrou o princípio acusatório<sup>6</sup>.

Neste diapasão, digna de nota foi a ressonância da modificação trazida pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, relativamente à instrução criminal. Destaque-se o seguinte dispositivo:

“Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

Objetivando ver reconhecida a nulidade de processo em que não se permitiu às partes formular suas perguntas na forma prevista no mencionado dispositivo legal, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios impetrou *habeas corpus*, que recebeu o nº 121.216/DF no Superior Tribunal de Justiça.

<sup>6</sup> Em sentido contrário, entendendo que a reforma parcelar, tal qual implementada, não rompeu com as amarras do modelo inquisitório, conferir: COUTINHO (2008, p. 11-13). O autor asseverou: O que se há de reafirmar, enfim, é que *reformas parciais* não mudam o sistema porque não vão no núcleo do problema, ou seja, no *princípio inquisitivo*, que permanece intacto, o que se pode constatar com as recentes *reformas*, mormente aquela referente à prova e, nela, no que diz com a chamada *teoria geral da prova*. Basta que se veja, neste sentido, a nova redação do art. 156, do CPP, dada pela Lei nº 11.690, publicada em 10.06.08, que faculta ao juiz, de ofício, determinar a produção de provas e a realização de diligências que julgar necessárias para “dirimir suas dúvidas”.

A Quinta Turma, ao analisar o primeiro caso acerca da matéria, entendeu inválida a audiência realizada ao arrepio do princípio acusatório. Eis a ementa<sup>7</sup>:

“*Habeas corpus*. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade.

3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é

<sup>7</sup> HC 121.216/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJE 01/06/2009.

evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.

4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP.”

O tema tem merecido considerações doutrinárias em sentidos divergentes.

Há quem sustente que a nova redação do art. 212 do CPP não representou a consagração do *cross-examination*, em que as partes perguntam diretamente à testemunha, sem a interferência do juiz, porque o sistema anglo-saxão de exame cruzado “é muito mais do que a mera possibilidade de formação de perguntas diretas pelas partes como fez o art. 212. O *cross-examination* é a imposição de que a acusação faça a inquirição das testemunhas e após, obrigatoriamente, a faça a defesa, com a possibilidade de reexame pelo inquisidor originário. O objetivo é afastar inconsistências dos depoimentos. Ao juiz é resguardada apenas a função de manutenção da ordem e realização de *perguntas suplementares*” (Cf. VILLARES, 2009, p. 1274-1275).

De outra sorte, tem-se entendido, de forma prevalecente na doutrina, que a reforma adotou, de forma explícita, o sistema do exame cruzado da testemunha, razão pela qual ao juiz caberá formular perguntas complementares após aquelas feitas diretamente pelas partes. E, ainda que não haja, no texto do atual art. 212 do CPP, a previsão de que a parte que arrolou a testemunha e fez o exame direto possa dirigir novas perguntas depois de encerrado o exame cruzado, como existe no sistema anglo-americano e na legislação italiana, tal possibilidade não pode ser excluída: “(...) também nessa situação – de aparecerem no exame cruzado informações novas – deve ser dada oportunidade a quem fez o primeiro exame de esclarecê-las. Mas isso, é claro, sempre dentro dos limites de pertinência

e relevância, não sendo possível imaginar que a reinquirição se preste a tornar o depoimento interminável, nem ocasião para antecipar a discussão da causa. Também é evidente que à parte contrária, que já fez o exame cruzado, não serão admitidas outras indagações” (Cf. GOMES FILHO, 2008, p. 288)<sup>8</sup>.

A aplicação do art. 212 do CPP pode, em primeiro momento, trazer alguma dificuldade prática, na medida em que o sistema presidencialista permaneceu em vigor durante mais de 60 anos. Mas, a tal pretexto, não se pode ignorar o espírito do legislador de trazer, de forma explícita, o modelo acusatório para o processo penal brasileiro, abolindo, assim, a moldura anteriormente em vigor<sup>9</sup>.

## 2.2. O excesso de linguagem na decisão de pronúncia

No que diz respeito às modificações implementadas no procedimento do júri, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se, recentemente, sobre o instigante tema do excesso de linguagem na decisão de pronúncia.

É sabido que, de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 11.689/2008, não há mais libelo acusatório, sendo vedada a leitura, em plenário, da decisão de pronúncia como argumento de autoridade contra o acusado<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> No sentido de que a modificação do art. 212 do CPP trouxe significativo avanço para a consolidação do modelo acusatório, v. LOUVEIRA, 2009, p. 1274.

<sup>9</sup> Advirta-se, como o fez Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p. 287), ao comentar o novo art. 212 do CPP, que a alteração legislativa reclama “não só conhecimentos jurídicos, mas também algum preparo nas áreas da psicologia e da argumentação. Não bastará formular perguntas à testemunha, mas principalmente saber como fazê-lo e, em certos casos, deixar de fazer”.

<sup>10</sup> Art. 478 do CPP: Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado.

A questão relativa ao excesso de linguagem, porém, não se esgota com tal previsão legal, na medida em que as novas disposições preveem o recebimento de cópia da decisão de pronúncia pelos jurados, os quais poderão ter acesso aos autos.

Ao apreciar o *habeas corpus* 85.891/GO, impetrado antes da reforma, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria já à luz da Lei nº 11.689/2008, entendendo que o tema não ficara superado, na medida em que o excesso de linguagem na decisão de pronúncia pode trazer prejuízo à imparcialidade dos jurados, mesmo diante da reforma ocorrida<sup>11</sup>. Confira-se<sup>12</sup>:

“*Habeas corpus*. HOMICÍDIO DOLOSO. PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. JUÍZO DE CERTEZA DA AUTORIA E AFASTAMENTO PEREMPTÓRIO DE TESES DEFENSIVAS. INDEVIDA INVASÃO NA COMPETÊNCIA DOS JURADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 11.689/08. RESTRIÇÃO À LEITURA DE PEÇAS. PREJUDICIALIDADE DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. ENTREGA DA PRONÚNCIA AOS JURADOS. POSSIBILIDADE DE INDEVIDA INFLUÊNCIA CARACTERIZADA.

1. Configura-se excesso de linguagem quando o Magistrado, ao proferir decisão de pronúncia, avança indevidamente na matéria de competência constitucional do Tribunal do Júri.

2. No caso, o Magistrado afirmou categoricamente a autoria do crime atribuído ao paciente, além de afastar qualquer possibilidade de acolhimento da tese defensiva segundo a qual a morte da vítima decorreria do mau atendimento médico.

<sup>11</sup> V., a propósito, arts. 478 e 480, § 3º, do CPP, com a atual redação dada pela Lei 11.689/2008.

<sup>12</sup> HC 85.591/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009.

Plenário, não há falar em prejudicialidade do pedido, uma vez que o art. 472, parágrafo único, do CPP, prevê que os jurados receberão cópia da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação (por exemplo, o acórdão do recurso em sentido estrito).

4. Além disso, o art. 480, § 3º, do CPP, dispõe que os jurados terão acesso aos autos, o que evidencia a possibilidade de indevida influência.

5. Ordem concedida, para anular a decisão de pronúncia, determinando seu desentranhamento dos autos, bem como assegurar que outra seja proferida, em observância aos preceitos legais.”

Em igual sentido, entendendo que ainda há de se precaver do risco de excesso de linguagem no seio da pronúncia, tem-se o seguinte precedente da Quinta Turma<sup>13</sup> que, na espécie, entendeu suficiente, dadas as circunstâncias, a determinação de riscar as expressões indevidas:

“PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS POR AVISO DE RECEBIMENTO – AR. VALIDADE. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. LEI 11.689/08. NOVO ART. 478 DO CPP. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em aceitar como válida a intimação do advogado por carta registrada com aviso de recebimento (AR), quando encaminhada ao endereço profissional do patrono. Ademais, no caso, a ré compareceu pessoalmente à audiência de oitiva de testemunhas, ocasião em que lhe foi nomeado defensor ad

<sup>13</sup> REsp 946289/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 16/03/2009.

hoc, diante da ausência injustificada do advogado constituído.

2. Muito embora o STF, em recente julgado de 3/2/09 (HC 96.123/SP, Rel. Min. Carlos Brito), tenha expressado entendimento no sentido de que em razão da superveniência da Lei 11.689/08 – que deu nova redação ao art. 478 do CPP, impossibilitando as partes fazerem referências à sentença de pronúncia durante os debates – não mais haveria o interesse de agir das impetrações que alegassem excesso de linguagem, de outro lado, a norma inserta no novo art. 480, § 3º, do CPP permite aos jurados a oportunidade de examinar os autos logo após encerrados os debates, o que, em tese, e ao meu sentir, justificaria tal interesse.

3. Devem ser desconsiderados da sentença de pronúncia trechos nos quais o magistrado emite opinião quanto à autoria do crime, pois, de alguma forma, pode, em prejuízo à defesa, influir na convicção dos jurados. Entretanto, se a sentença de pronúncia subsiste de maneira independente, admitindo a acusação em face das provas até então produzidas quanto à materialidade e aos indícios de autoria (antigo art. 408 do Código de Processo Penal), não há por que anulá-la por completo. Precedentes do STJ.

4. Recurso especial parcialmente provido para que o Juízo de primeiro grau risque da sentença de pronúncia os trechos nos quais emite juízo de valor sobre a autoria do crime, identificados no corpo deste voto.”

Tal entendimento tem encontrado eco na doutrina, sendo esta a lição de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2008, p. 79, grifo nosso) acerca do novo art. 413 do Código de Processo Penal:

“A princípio, poderia parecer que a alteração será prejudicial ao acusado, na medida em que limitará a fundamentação do ato decisório. Contudo,

a razão de ser do dispositivo é evitar que a pronúncia se transforme em verdadeira peça de acusação, afirmando categoricamente a autoria delitiva e influenciando o Conselho de Sentença, verdadeiro juiz natural da questão. Por outro lado, o *thema decidendum* da pronúncia sempre foi a “existência do crime” e os “indícios suficientes de autoria”. O juiz que fosse além de tais questões, por exemplo, fazendo valorações a indicar a “certeza da autoria”, estaria entrando em tema desnecessário e, o que era mais perigoso, correndo o risco de exercer indevida influência sobre os jurados.”

Justamente por isso, *mesmo na sistemática anterior*, afirmava-se que, na decisão de pronúncia, a motivação deveria ser sucinta, e sem profundidade, realizada com moderação de linguagem, e em termos sóbrios e comedidos, sob pena de poder representar prejulgamento capaz de influir no posterior convencimento dos jurados.”

O tema é instigante e deve ainda provocar acalorados debates, cumprindo destacar que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, concluiu que, com a superveniência da Lei 11.689/2008, faltava interesse de agir para a impetração do *mandamus*, porquanto a reforma teria acabado com a possibilidade de leitura da decisão de pronúncia no plenário do tribunal do júri<sup>14</sup>.

### 2.3. A revogação do art. 594 do CPP

Os Tribunais Superiores já vinham rechaçando, de há muito, a aplicação do art. 594 do Código de Processo Penal, na exata medida em que a ampla defesa não poderia ser circunstanciada, porquanto condicionar o seguimento do recurso de apelação ao recolhimento do acusado implicaria inf-

<sup>14</sup> Cf. INFORMATIVO 534, 2 a 6 de fevereiro de 2009. HC 96.213, relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. 3.2.2009, DJe-043 DIVULG 05.03.2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-04 PP-00814.



qua e tirânica providência<sup>15</sup>. Tanto assim que o Superior Tribunal de Justiça editou enunciado sumular a respeito do tema<sup>16</sup>, adiantando-se em relação à respectiva preocupação da reforma:

“Súmula 347: O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.”

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, contemplando fato anterior à Lei 11.719/08, mas à luz de tal comando, ordenou a soltura de acusado cuja prisão fora determinada como requisito de seguimento de sua apelação, *verbis*<sup>17</sup>:

“PROCESSUAL PENAL – *Habeas corpus* – ROUBO – PRISÃO CAUTELAR DETERMINADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – MERA ALUSÃO AO REVOGADO ARTIGO 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PE-

<sup>15</sup> Neste sentido: STJ: HC 73.020/PB, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJe 15/09/2008; HC 68.159/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 05/11/2007 p. 305. STF: HC 88420/PR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 17/04/2007, DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00037 EMENT VOL-02279-03 PP-00429 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 466-474; HC 91945/SP, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-02 PP-00416.

<sup>16</sup> TERCEIRA SEÇÃO, 23/04/2008, DJe 29/04/2008.

<sup>17</sup> HC 118.043/MG, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 19/12/2008. Interessante, ainda, é transcrever o seguinte trecho do voto da nobre relatora: “Por outro lado, consoante já foi dito, o dispositivo que determinava a prisão do paciente, quando da sentença condenatória, foi revogado pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, e já existia a Súmula desta Corte que proibia a prisão tão só para apelar, além de que, a sua constitucionalidade já vinha sendo discutida, ante a presunção constitucional de inocência, que com ele conflitava, não sendo admissível, apesar de se tratar de lei processual, que o paciente permaneça preso em virtude de condição que não mais tem vigência. Acrescente-se que, na oportunidade da impetração, perante o Tribunal estadual, não mais vigia o dispositivo em questão.”

NAL – SÚMULA 394 DESTA CORTE. ACRÉSCIMO DE ARGUMENTOS PELO TRIBUNAL ESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA PARA REVOGAR A PRISÃO CAUTELAR ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO.

Se o paciente permaneceu solto durante todo o processo, mesmo sendo reincidente, não se justifica a determinação da cautelaridade na sentença, apenas para apelar (Súmula 347 do STJ).

Mesmo se tratando de lei processual anterior, vigente ao tempo da condenação, não é admissível que o paciente seja impedido de recorrer em liberdade se tal dispositivo vem a ser revogado (artigo 594 do CPP), bem como já vinha sendo discutida a sua constitucionalidade em face do princípio constitucional de inocência.

É vedado ao Tribunal a quo acrescentar argumentos que não constam da sentença para manter a prisão cautelar.

Ordem concedida para revogar a prisão cautelar até o trânsito em julgado da condenação.”

A revogada disposição, a um só tempo, implicava espécie de antecipação de cumprimento de pena e draconiana medida vocacionada a obstaculizar a insurgência contra a sentença condenatória. Assim, a Lei 11.719/08 veio harmonizar o Código de Processo Penal com as garantias da desconsideração prévia de culpabilidade<sup>18</sup> e do duplo grau de jurisdição<sup>19</sup>.

No mesmo compasso, já destacando as modificações carreadas pela Lei nº 11.719/2008, confira-se, no STF, o HC 85369, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009 EMENT VOL-02358-02 PP-00388.

<sup>18</sup> Constituição Federal, art. 5º, LVII: *Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*

<sup>19</sup> Constituição Federal, art. 5º, LV: *Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa,*



Atendeu-se a reclamo da melhor doutrina diante de certo vacilo legislativo, tendente a obnubilar a presunção de inocência. Tal revés ressentiu-se da edição de normas, por exemplo, como a presente no art. 9º da Lei 9.034/95 (repressão ao crime organizado).<sup>20</sup> Com a reforma, foi dado passo fundamental na direção da disciplina do justo processo, espungindo-se velhos e novos influxos autoritários, permitindo-se a devida ancoragem do sistema de tal arte a fixar a liberdade como regra e a prisão cautelar como exceção, timbrada pela urgência e provisoriedade. (TUCCI, 1980, p. 219)

2.4. *A interpretação do art. 387 do CPP, com a redação trazida pela Lei 11.719/2008*

Dispõe o art. 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, que:

“O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.”

A mudança é substancial, na medida em que superou a ideia vigente à época da promulgação do CPP de 1941. A nova ordem constitucional exige que o juiz fundamente a necessidade de segregação cautelar antes do trânsito em julgado da condenação, não se podendo subtrair do acusado o direito ao recurso, independentemente de se recolher preso.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça apreciou a matéria, tendo destacado a necessidade de que a sentença

---

*com os meios e recursos a ela inerentes (destacamos). Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92), art. 8, 2, h: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas (...) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.*

<sup>20</sup> O referido art. 9º da chamada Lei do Crime Organizado preceitua: *O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.* (GRINOVER; GOMES FILHO, 2008, P. 141)

motivo, de forma suficiente, a necessidade de manutenção da custódia cautelar, ainda que o acusado tenha permanecido preso no curso do processo. Eis a ementa<sup>21</sup>:

“PROCESSUAL PENAL. *Habeas corpus*. ART. 240, *Caput*, DO ECA, C/C O ART. 61, INCISO II, ALÍNEA F, DO CP, ART. 240, *Caput*, DO ECA, C/CO ART. 61, INCISO II, ALÍNEAS F E H, DO CP, E ART. 240, §1º, DO ECA, C/C O ART. 61, II, F, DO CP. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 387, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP ALTERADO PELA LEI Nº 11.719/08. INOBSERVÂNCIA.

I - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC 90.753/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22/11/2007), sendo exceção à regra (HC 90.398/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17/05/2007).

Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena (HC 90.464/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04/05/2007). O princípio constitucional da não-culpabilidade se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares, por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada

---

<sup>21</sup> HC 126.895/AC, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 16.4.2009, DJe 8.6.2009.

em julgado (HC 89501/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16/03/2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5º, inciso XV, da Carta Magna) deve ter base empírica e concreta (HC 91.729/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11/10/2007). Assim, a prisão preventiva se justifica desde que demonstrada a sua real necessidade (HC 90.862/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27/04/2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC 92.069/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09/11/2007). Não se exige, contudo fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto constitutivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva (RHC 89.972/GO, Primeira Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, DJU de 29/06/2007).

II - Assim, a Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito (HC 90.858/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007); na periculosidade presumida do agente (HC 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007) ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC 86.748/RJ, Segunda

Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007).

III - No caso, a análise da r. sentença evidencia que o juízo de 1º grau não demonstrou a necessidade de manutenção da custódia cautelar do paciente, conforme exige a nova redação do art. 387, parágrafo único, do CPP, alterado pela Lei nº 11.719/2008. Carece, portanto, o referido *decisum*, de fundamentação.

Ordem concedida.”

O dispositivo em questão, valorizado pelo Superior Tribunal de Justiça, enfoca, como não poderia deixar de ser, a prisão cautelar como fenômeno extraordinário, em que a permanência dos pressupostos e requisitos deve ser frequentemente fiscalizada.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Neste sentido, confira-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *Habeas corpus*. CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO. ART. 121, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO QUE JUSTIFIQUE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFIGURAÇÃO. INSTRUÇÃO CRIMINAL FINDA. ANDAMENTO PROCESSUAL REGULAR. AUSÊNCIA DE CONTURBAÇÃO DO AMBIENTE PRISIONAL. AMEAÇA DE TESTEMUNHAS. INOCORRÊNCIA. CO-RÉUS QUE, ADEMAIS, FORAM LIBERTADOS PARA RESPONDEREM AO PROCESSO EM LIBERDADE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PACIENTE SEM CONDENAÇÃO CRIMINAL ANTERIOR. I - A prisão preventiva deve ser reavaliada de tempos em tempos, tendo em vista que se modifica a condição do réu ou do indiciado no transcurso da *persecutio criminis*. II - Inadmissível que a finalidade da custódia cautelar seja desvirtuada a ponto de configurar antecipação de pena. A gravidade do delito e a existência de prova de autoria não são suficientes para justificar a prisão preventiva. III - No caso, a instrução criminal findou-se, e o paciente foi pronunciado juntamente com outros co-réus na mesma ação e que respondem em liberdade à acusação a eles imputada. Manutenção da custódia do paciente representaria ofensa ao princípio da igualdade. IV - Paciente que, ademais, não ameaçou testemunhas nem conturbou a instrução criminal, além de não ter sido condenado em processo-crime anterior. V - Ordem concedida.

(HC 90464, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 10/04/2007, DJe-008 DIVULG 03-05-2007 PUBLIC 04-05-2007 DJ

Em boa hora a reforma prestigiou as garantias constitucionais, proscrevendo a concepção de que se o réu permaneceu preso durante o curso do processo, *ipso facto, ipso iuris*, deveria ele ser alijado do direito de recorrer em liberdade. Agora, ao magistrado incumbe, por força do comando legal em comento, atendendo ao art. 93, IX, da Lei Maior, motivadamente justificar a permanência (ou decretação) da prisão provisória, quando da sentença condenatória.

### 3. Conclusão

As significativas alterações havidas no Código de Processo Penal em 2008 não esgotam a tão imaginada reforma.

Partindo-se do ideário da Comissão criada em 2000, ainda restam três Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional, cuja aprovação se faz imprescindível para dar corpo e sentido à reforma já levada a efeito.

De outra sorte, o Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009 traz em seu bojo inúmeras propostas inovadoras<sup>23</sup>, algumas das

quais, inclusive, incorporam e modificam o texto já reformado, merecendo, pois, amplo debate no seio da comunidade jurídica.

Sob qualquer ângulo que se enxergue, forçoso será reconhecer que o processo penal brasileiro passa por período de transição, e, como toda mudança, vive momento de ajuste àquilo que é novo.

No campo processual penal, já se viveu semelhante quadra quando da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, situação essa de todo aplicável à reforma do Código de Processo Penal já aprovada. Confira-se:

“O legislador soube romper os esquemas clássicos do direito criminal e do processo penal, adotando corajosamente soluções profundamente inovadoras.

Cabe agora aos operadores do direito conscientizar-se do significado e da importância da nova lei, aplicando-a com mentalidade renovada.

O juiz, em primeiro lugar, deverá compenetrar-se de suas novas funções, adequando-a a elas. O Ministério Público aderirá à justiça consensual, agindo dentro da lei e apresentando, sempre que possível, suas propostas de transação penal, disposto a discuti-las com o juiz, os conciliadores e a parte contrária.

(...)

Nesse papel de renovação de mentalidades, muito terão a fazer as Escolas da Magistratura, do Ministério Público, da Advocacia. Muito se deverá fazer, no seio das instituições de ensino superior, para a preparação dos novos operadores jurídicos. E muito ainda restará a fazer em termos de informação e conscientização da população com relação a uma justiça

e o mandado de segurança estão previstos, respectivamente, nos arts. 627 a 634; 635 a 652 e 653 a 663 do Projeto). Sobre o tema, cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, Breve notícia sobre o projeto de lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal, *Boletim do IBCCrim*, ano 17, n. 200, julho de 2009.

04-05-2007 PP-00038 EMENT VOL-02274-01 PP-00102 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 455-462, destacamos).

<sup>23</sup> Tais como a criação do chamado “juiz das garantias” na fase de investigação, responsável “pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais” (Cf. item III da Exposição de Motivos. O Juiz das Garantias está disciplinado nos arts. 15 a 18 do Projeto); o término da ação penal exclusivamente privada (art. 45 do Projeto); a possibilidade de aplicação da chamada justiça restaurativa, ao instituir a possibilidade de composição civil dos danos, com efeitos de extinção da punibilidade no curso do processo, relativamente às infrações de menor potencial ofensivo e aos crimes contra o patrimônio praticados sem violência ou grave ameaça, tornando estes últimos, aliás, dependentes de representação (art. 46, § 2º do Projeto); a possibilidade de ingresso da vítima como parte civil, nos autos (art. 79 a 82 do Projeto); nova disciplina do *habeas corpus*, que passa a ter sua aplicação restringida aos casos de prisão e de iminência de prisão ilegais, uma vez que, das decisões interlocutórias, inclusive o recebimento da denúncia, o recurso cabível será apenas o agravo. O projeto regulamenta, ainda, o mandado de segurança em matéria penal e amplia a legitimidade na ação de revisão criminal (a revisão criminal, o *habeas corpus*

penal consensual mais rápida, mais efetiva, mais democrática, mais pacificadora.

Somente assim, devidamente aplicada em seus generosos propósitos, a Lei 9.099/95 poderá representar um verdadeiro marco na modernização da justiça penal, sem correr o risco de transformar-se em mais uma decepção para o povo brasileiro e em uma indesejável perda para o Poder Judiciário.” (GRINOVER et al, 1995, p. 22-23)

Todos os atores do processo penal devem contribuir para que essa nova – e decisiva – etapa de consolidação democrática seja implementada a contento. É importante que sejam rompidos os grilhões de velhas concepções, abrindo-se as mentes: o mais importante não é simplesmente cumprir o procedimento com rapidez, mas com racionalidade; não basta simplesmente entregar a prestação jurisdicional, mas, antes, deve-se buscar a pacificação social, com o maior grau possível de respeito às *peessoas* envolvidas no conflito, que devem ser tratadas, à luz dos cânones constitucionais, como a *ratio essendi* do sistema, não como meros partícipes ou símbolos do mal.

### Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do júri: Lei 11.689, de 09 de junho de 2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- BARRETO, Tobias. *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*. 2 ed. correcta e augmentada. Appendice da obra Menores e Loucos em Direito Criminal. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. Coleção debates. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690 de 09 de junho de 2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio et al. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da lei de trânsito*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Recursos no processo penal*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- LOUVEIRA, Leopoldo Stefano. Comentários ao HC 121.216/DF. Jurisprudência Anotada. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009, p. 1274.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breve notícia sobre o projeto de lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal. *Boletim do IBCCrim*. São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009.
- SILVA JR., Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TUCCLI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- VILLARES, Fernanda Regina. Comentários ao HC 121.216/DF. Jurisprudência Anotada. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009, p. 1274-1275.
- ZAFFARONI, Raúl E; BATISTA, Nilo, et al. *Direito penal brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

# O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo

Mauro Fonseca Andrade

## Sumário

Introdução. 1. Necessidade de definição sistêmica. 2. O sistema acusatório delineado pelo projeto. 2.1. Grau de imparcialidade dos juízes. 2.1.1. A proibição de iniciativa na fase de investigação. 2.1.2. A concretização do juiz-defensor. 2.1.3. O propalado juiz das garantias. 2.2. Tecnicidade da persecução penal. 2.2.1. Denúncia como sinônima de ação penal. 2.2.2. A posição do Ministério Público em segundo grau. 2.2.3. Ausência de contraditório na *reformatio in mellius*. 2.3. Eficiência da persecução penal. Conclusão.

## Introdução

Em março de 2008, o Senador Renato Casagrande protocolou, em sua Casa de origem, o Requerimento nº 227, a fim de que o Senado Federal nomeasse uma comissão de juristas para a confecção de um projeto de novo Código de Processo Penal. Não se tratou, portanto, de um projeto de reforma parcial daquele *Codex*, tal como vem ocorrendo nas últimas décadas, senão a construção de um corpo legislativo inteiramente novo.

A justificativa manifestada em seu requerimento, ao contrário do que se possa pensar, não versou sobre uma necessária adequação da lei adjetiva penal à Constituição Federal, em razão da incompatibilidade dos regimes políticos e ideologias que motivaram a criação de cada um desses textos normativos. Em realidade, a pretensão do

Mauro Fonseca Andrade é Doutor em Direito Processual Penal pela Universitat de Barcelona, Espanha. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da FMP. Promotor de Justiça/RS.



ilustre parlamentar foi muito clara: o foco da aludida comissão deveria estar voltado à construção de um Código de Processo Penal “mais ágil, célere, eficaz e justo”, de modo a atender à “necessidade de eficácia punitiva estatal”, pois “vive-se um momento de violência amplamente disseminada em nossa sociedade”. Por tudo isso, arrematou o nobre Senador, “Em nome da segurança e previsibilidade jurídicas, o processo deve ser um instrumento de celeridade e distribuição de justiça, algo que não vem ocorrendo presentemente”.

Esse requerimento foi acolhido pela Presidência daquela Casa Legislativa e, por meio do Ato da Presidência nº 011, de 2008, o Senador Garibaldi Alves Filho designou uma comissão de sete notáveis para a elaboração de anteprojeto de um novo Código de Processo Penal, contando, posteriormente, com a colaboração de outros dois juristas.

Em 22 de abril de 2009, a referida comissão apresentou o resultado final de seus trabalhos ao novo Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney. E, entre as inúmeras inovações apresentadas, a que primeiramente nos chamou a atenção foi a fixação do sistema de processo penal a ser seguido pelo código. Convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, o texto apresentado, já em seus artigos iniciais, deixa patente a adoção do sistema acusatório pelo novo Código de Processo Penal, de acordo com os limites e diretrizes por ele traçados. O presente ensaio, portanto, tem, por fim, analisar a proposta de sistema acusatório contida no projeto, e averiguar se, de fato, as diversas inovações e institutos nele inseridos guardam relação com o sistema de processo que norteou os trabalhos daqueles notáveis, e que pode, sem qualquer exagero, ser considerado sua coluna vertebral.

Como apoio à nossa apreciação, utilizaremos não só a redação constante no projeto, senão também outras duas preciosas fontes de informação. A primeira diz respeito aos argumentos elencados no Requerimento nº 227, de 2008, pois ali é que se faz

presente a linha ideológica que motivou a confecção de um novo *Codex* Penal adjetivo, e que foi – ou deveria haver sido – seguida pela comissão de notáveis. A segunda é a própria Exposição de Motivos do projeto, por ser considerada o “cartão de visitas do legislador” e, principalmente, pelo cuidado tomado quando de sua redação, servindo de exemplo, assim, a suas equivalentes do direito estrangeiro, que, no mais das vezes, “pouco expõem e pouco ou nada motivam” (OLIVA SANTOS, 1988, p. 13-14).

### 1. Necessidade de definição sistêmica

Apesar de o tema *sistemas processuais penais* constituir-se no primeiro e mais importante estudo a ser feito na seara do direito processual penal, é com pesar que constatamos que a doutrina – nacional e estrangeira – a ele não tem se dedicado com a devida seriedade e respeito.

Mesmo sendo uma afirmação forte, ela se faz comprovar com um simples experimento. Se fizermos um pequeno levantamento entre os principais autores de diversos países – e de diversas ideologias – que, de alguma maneira, dedicaram seu tempo à abordagem dos sistemas de processo penal, sem grandes esforços chegaremos à constatação de que, de dez autores consultados, dez apresentarão conceitos diferentes para os sistemas acusatório, inquisitivo e misto.

Esse fenômeno se deve ao fato de a doutrina, de um modo geral, utilizar-se de *tipos ideais* à hora de apresentar o que acredita ou deseja serem os sistemas de processo penal conhecidos. Em síntese, as definições apresentadas nada mais são do que conceitos exagerados, genéricos, abstratos, que não representam uma realidade histórica e tampouco atual (WEBER, 1986, p. 109). E, para chegar a esse ponto, é possível identificar os mais variados artifícios que são utilizados para que determinado conceito venha a refletir a ideologia, personalidade e interesses profissionais ou corporativos de seu proponente.



Em geral, o que vemos são autores utilizarem um ou dois documentos históricos de um determinado sistema para, a partir daí, proporem conceitos que não se encaixam às diversas manifestações que esse mesmo sistema apresentou ao longo de toda sua existência. Também encontramos afirmações peremptórias, pronunciadas do alto de suas cátedras, sobre temas que seus defensores só conhecem através da leitura e interpretação de um outro autor, relativa a um documento histórico que só sabem de sua existência por *ouvir falar*. Ou, o que é pior, é possível encontrar autores que negam a existência de um determinado sistema – no caso presente, o misto – sem, ao menos, darem-se ao trabalho de conhecer e analisar o documento histórico que foi o seu ícone (*Code d'Instruction Criminelle* francês, de 1808).

Como já tivemos oportunidade de referir em outra oportunidade, os sistemas de processo penal representam manifestações históricas – passadas e presentes – de como o processo penal foi regulamentado em determinado período da humanidade. E isso faz com que a análise desses textos históricos deva ser exaustiva, sob pena de, *i.e.*, um determinado conceito de sistema acusatório ou inquisitivo vexatoriamente não encaixar-se a um modelo de processo representativo desse mesmo sistema que um autor está conceituando. Em termos simples, o que a doutrina – repito, nacional e estrangeira – tem feito é propor conceitos sobre algo que não conhece, a partir de um estudo que não foi feito sobre documentos que nunca foram lidos (ANDRADE, 2008a, p. 37).

O reflexo dessa conduta é perfeitamente sentido no direito brasileiro, em razão das diversas opiniões sobre o tipo de sistema de processo penal adotado em nosso país. Atualmente, todos os argumentos invocados pela doutrina, de modo a afirmar que o Brasil adota o sistema acusatório (*i.e.*, titularidade da ação penal ao Ministério Público, existência de garantias fundamentais, adoção do Estado Democrático de Direito), sem grandes esforços também são encontrados

ao longo da história dos sistemas inquisitivo e misto. Em relação aos defensores de que nosso país adotou o sistema misto, há o esquecimento de que os *sistemas de processo penal* dizem respeito à fase *processual* da persecução penal, o que leva à exclusão do inquérito policial (de natureza administrativa) como fator determinante para a identificação daquele sistema. Por fim, os alarmistas, que veem nossa legislação como representativa do sistema inquisitivo, pecam pelo desconhecimento de singelos dados históricos, pois, o que encontram de errado nesse sistema, também já existiu, ou ainda existe, no sistema acusatório (ANDRADE, 2008a, p. 449-458).

Se a doutrina nacional é confusa e contraditória à hora de definir o sistema de processo penal adotado no país, por certo que essa mesma realidade chegaria, mais cedo ou mais tarde, aos nossos Tribunais Superiores, pois é justamente nessa doutrina que o julgador busca informação para o exercício de sua atividade-fim.

Ninguém desconhece, por certo, que, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, vêm, de modo repetitivo, afirmando que nossa Constituição Federal adotou – implicitamente, é verdade – o sistema acusatório. Contudo, esses mesmos tribunais não poupam argumentos para dar cobertura constitucional a investigações criminais presididas pelo Poder Judiciário, tenham elas expressa previsão legal<sup>1</sup> ou não<sup>2</sup>, sendo que estas investiga-

<sup>1</sup> STF, HC 94.278-4, rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. em 25-09-2008, DJ 28-11-2008. STF, HC 88.280/SP, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15-08-2006, DJ 08-09-2006, p. 43. STF, RHC 84.903/RN, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 16-11-2004, DJ 04-02-2005, p. 27. STF, HC 77.355-8, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. em 01-02-1998, DJ 02-02-2001. STJ, HC 32.391, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. em 10-02-2004, DJ 15-03-2004. STJ, HC 30.707, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. em 18-12-2003, DJ 16-02-2004. STJ, REsp 113.159, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, j. em 14-04-1997, DJ 09-06-1997. STJ, AR, rel. Min. Assis Toledo, j. 10-05-90, RSTJ 17/179.

<sup>2</sup> STF, HC 75.769-3, rel. Min. Octávio Gallotti, 1ª Turma, j. em 30-07-1997, DJ 28-11-1997. STF, HC

ções, como se sabe, absolutamente nada têm a ver com o sistema acusatório. Ao contrário, investigações judiciais somente são admissíveis pelos sistemas inquisitivo e misto, que são aqueles onde existem as figuras dos juízes-inquisidores e juízes-instrutores, respectivamente. Em outras palavras, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem deixando claro que o texto constitucional não aponta para a adoção de nenhum sistema de processo penal em específico, pois a Carta Constitucional de 1988 se presta a dar guarida ao sistema acusatório, ao sistema misto e, até mesmo, ao sistema inquisitivo.

Essa situação nos ajuda a identificar uma outra realidade, qual seja, a de que nosso país não segue um sistema de processo penal em específico. Basta ver que nossa legislação adjetiva – seja o Código de Processo Penal, sejam leis especiais – permite a existência de processos representativos de, ao menos, dois sistemas, sendo o acusatório como regra, e o inquisitivo ou misto em caráter excepcional, decorrentes, estes últimos, da presença daquele juiz-investigador. Isso faz com que, na verdade, o Brasil tenha somente *modelos de processo*, ao invés de um *sistema de processo*, graças à absoluta ausência de unidade sistêmica (também chamada de *principium unitatis*), que nada mais é do que a consolidação do processo penal de um determinado país, em torno de um sistema previamente eleito. Com essa unidade, evitar-se-ia a desconexão no tratamento de situações idênticas, de modo a preservar o respeito ao princípio da igualdade em relação às pessoas submetidas a esse mesmo sistema (CANARIS, 1989, p. 12-20; CASTANHEIRA, 1995, p. 179). Dito de maneira mais simples, a opção pela igualdade de tratamento leva à adoção de uma única visão de como o processo deve pautar-se, o que, por sua vez, determina

a identificação de um *sistema* de processo nesse mesmo país.

É por essa soma de fatores que vimos, há algum tempo, defendendo a ideia de que, a exemplo de Portugal, nossa Constituição Federal deveria estabelecer, de modo expresso e sem meias palavras, qual o sistema de processo penal brasileiro (ANDRADE, 2008a, p. 461-463), sendo ele preferencialmente o acusatório<sup>3</sup>. Mas, ante as dificuldades políticas que envolvem uma Proposta de Emenda Constitucional, não deveríamos desperdiçar o passo ousado, dado pelo Senado Federal, em pretender construir um Código de Processo Penal integralmente novo, para nele também deixar patente o sistema que deve reger nosso processo penal (ANDRADE, 2008b, p. 116-120).

Renovando nossas esperanças de construção de um processo penal brasileiro mais técnico e menos improvisado, o legislador optou por seguir este último caminho, propondo-se a dar fim à controvérsia referida. Assim, em que pese haja agregado certos dados que merecem um pouco mais de nossa atenção, o artigo 4º foi apresentado com a seguinte redação: “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”.

## 2. O sistema acusatório delineado pelo projeto

A fixação do sistema acusatório, como sistema de processo a ser seguido pelo Brasil, foi um passo enorme no sentido de unificar nossa cultura processualista em torno de uma só concepção. Além do mais, aponta para uma futura e necessária revisão e/ou extinção de diversos institutos que sabidamente são incompatíveis

<sup>3</sup> A título de exemplo, sugerimos a seguinte redação para o inciso LIX do artigo 5º: “o processo penal será de natureza acusatória, sendo admitida ação penal privada nos crimes de ação penal pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

68.784, rel. Min. Celso de Mello, j. 01-10-1991, DJ 26-03-1993, p. 53. STJ, RHC 4.074-2, rel. Min. Pedro Acioli, j. em 28-11-1994, DJ 20-02-1995.

com esse mesmo sistema, como é o caso, *i.e.*, das hipóteses de juizado de instrução ainda presentes em lei ou convalidadas judicialmente pelos Tribunais Superiores. Contudo, para que esses resultados sejam produzidos, faz-se necessário um exame do conteúdo do sistema acusatório proposto no projeto, exame este que envolve dois cuidados básicos.

O fato de a doutrina utilizar-se de tipos ideais – à hora de construir e apresentar definições de sistema acusatório – deixa patente seu descompromisso com a história desse mesmo sistema, pois diversos institutos que a ele vêm sendo integrados, jamais estiveram presentes no sistema acusatório, seja em sua formação no Direito Antigo, seja em sua formação no Direito Contemporâneo. Mais que isso, esse fenômeno nos permite identificar o que Langer define como “autêntica luta por uma apropriação do termo *acusatório*”, onde, tendo a retórica como arma, determinado autor – ou grupo de autores – procura inserir nesse termo tudo o que entende correto ou conveniente, ou, então, em sentido reverso, dele excluir todos aqueles elementos ou características que considera negativos ou criticáveis, neles gravando o rótulo de *inquisitivo* (LANGER, 2001, p. 252). Em termos simples, não basta nosso futuro código prever que o processo será acusatório; na verdade, há que se ver, em um primeiro momento, se o que está proposto no corpo do projeto realmente guarda relação com o sistema acusatório.

Por outro lado, quando o legislador se decide por definir o sistema de processo penal a implantar em seu país, três critérios de política criminal são por ele considerados, a saber: a) o grau de imparcialidade que se atribuirá aos juízes criminais; b) o grau de eficiência de sua repressão criminal; e c) o grau de tecnicidade de sua repressão criminal, de modo a ajustá-la aos postulados da ciência processualista atual. Ao menos, foram esses os critérios que, ao longo da história do processo penal, levaram o sistema acusatório, inquisitivo ou misto a serem

eleitos pelos governantes e/ou legisladores, o que é possível verificar desde a Idade Antiga até a Contemporânea (ANDRADE, 2008a, p. 437-439). Como segundo cuidado, há que se observar, portanto, se tais critérios foram seguidos pelo projeto em análise.

### 2.1. Grau de imparcialidade dos juízes

Demonstrando a correção dos critérios que norteiam a escolha de um sistema ou outro, o projeto de novo Código de Processo Penal, já no artigo que estampa nossa futura adoção ao sistema acusatório, apresenta linhas gerais que devem nortear a atuação judicial ao longo de todo seu texto.

Apresentadas sob a ótica de vedações, essas linhas gerais dizem respeito à forma de atuação dos juízes durante a persecução penal primária (fase de investigação) e secundária (fase processual), esta última em especial no período de produção de provas. Vejamos cada uma delas.

#### 2.1.1. A proibição de iniciativa na fase de investigação

Como primeira característica do sistema acusatório proposto, o artigo 4º do projeto veda “a iniciativa do juiz na fase de investigação”.

A impressão inicial que essa vedação nos passa é que ela se tratou de uma resposta direta, e sem meias palavras, ao teor do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, inserido recentemente pela Lei nº 11.690/2008. Como se sabe, esse inciso autorizou o juiz criminal brasileiro a ordenar, de ofício, a produção antecipada de prova ainda na fase de investigação, e, entre os maiores críticos desse dispositivo, acertadamente encontramos Eugênio Pacelli de Oliveira, membro da comissão de notáveis encarregada da redação do novo *Codex* (PACELLI, 2009, p. 296-297). Se essa houvesse sido a intenção do projeto, haveria de ser aplaudida. Contudo, ao tratar dessa vedação, sua Exposição de Motivos a vincula a uma “explicitação do princípio acusatório”, sem que, ao menos, houvesse, com

anterioridade, esclarecido qual o conteúdo que entende presente nesse princípio.

Ora, o princípio acusatório nada mais é do que a imprescindibilidade de um acusador distinto do juiz em um determinado modelo de processo penal, distinção esta que deve manifestar-se materialmente, ao invés de ser meramente formal. Ou seja, essa diferenciação deve ocorrer de forma efetiva, com um juiz impossibilitado de determinar a postura a ser assumida pelo acusador, sob pena de utilizar-se desse mesmo acusador como uma marionete, a fim de esconder seu ímpeto acusatório no processo por ele mesmo presidido. Mais que isso, o exame da história do processo penal nos permite afirmar que o princípio acusatório não tem presença exclusiva no sistema acusatório. Em realidade, ele está igualmente presente no sistema misto, o que facilmente se observa não só no *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808 (ANDRADE, 2008c), senão também nos motivos pelos quais esse código foi criado na França pós-revolucionária (ESMEIN, 1882, p. 485-509). Portanto, duas questões nos chamam a atenção na justificativa dada pela Exposição de Motivos.

A primeira diz respeito à inviabilidade de o princípio acusatório produzir algum tipo de proibição na atuação do juiz na fase de investigação. Basta lembrar que o juizado de instrução constitui-se no modelo de investigação criminal por excelência do sistema misto, onde, como já se disse, há a presença indiscutível do princípio acusatório. Logo, se o princípio acusatório representasse o que a ele se pretende na Exposição de Motivos, jamais o sistema misto poderia contar com a figura do juiz-instrutor, que nada mais é do que um juiz-investigador com liberdade para, de ofício, determinar a quebra de todo e qualquer direito fundamental do investigado que ele – o juiz – entende conveniente ou necessário ao sucesso de sua própria investigação.

A segunda refere-se a uma aparente equivalência entre os conceitos de princípio

acusatório e sistema acusatório. Longe de ser, como prega Rubianes, uma diferença “meramente terminológica” (RUBIANES, 1978, p. 410), princípio e sistema acusatórios são institutos distintos, onde, sem grandes dificuldades, é possível observar a relação de conteúdo e continente que, respectivamente, marca a convivência que há entre eles. Em síntese, os princípios estão inseridos nos sistemas, sendo responsáveis por sua formação. Que o digam os postulados da Filosofia do Direito, ciência que tanto vem se dedicando a dirimir tais dúvidas.

Seja como for, o que há que saudar é a impossibilidade de o juiz ter “iniciativa” na fase de investigação. Entretanto, o que o projeto entende por “iniciativa” é que deve merecer mais atenção.

Em um primeiro momento, essa iniciativa pode ser entendida de modo *restrito*, ou seja, como a vedação de o magistrado instaurar procedimentos na fase de investigação. Assim, não só estaria o magistrado proibido de ordenar a produção antecipada de prova (hoje prevista no inciso I do artigo 156 do atual Código de Processo Penal), senão também determinar a realização de interceptações telefônicas, buscas e apreensões e prisões temporárias sem que, em caráter prévio, houvesse requerimento do sujeito legitimado para apresentá-lo.

Já, em um segundo momento, essa iniciativa pode ser entendida de modo *amplo*, ou seja, não só como a proibição de instaurar procedimentos voltados à investigação, senão também como a vedação de o magistrado, por assim dizer, *aditar* pedido formulado por um terceiro. Em outras palavras, estaria o juiz proibido de ampliar, de ofício, o objeto do pedido apresentado – via de regra – pela autoridade investigante ou pelo Ministério Público, sempre que esse pedido estivesse voltado a restringir algum direito fundamental do investigado.

Quantas e quantas vezes tivemos oportunidade de nos deparar com pedidos de busca e apreensão apresentados pela polícia judiciária, onde o magistrado, além do

endereço indicado pelo presidente daquela investigação, de ofício também determinou o ingresso autorizado em uma residência não apontada no requerimento encaminhado a juízo. Ou, então, pedidos de interceptação telefônica em que o magistrado, igualmente de ofício, inseriu número telefônico mencionado ao longo da investigação, mas que a autoridade investigante entendeu não estar sendo utilizado no esquema criminoso investigado por ela. Igual situação, e ainda mais frequente, foram os casos de decreto de prisão temporária de ofício. Portanto, essa segunda forma de interpretar aquela vedação estaria, na nossa forma de ver, mais de acordo com as exigências do sistema acusatório, qual seja, a de que não há qualquer justificativa para que o juiz saiba mais das necessidades da investigação que a própria autoridade investigante ou o futuro acusador!

Independentemente de qual linha de interpretação tenha sido seguida pelo projeto, não há como negar que as previsões posteriores ao seu artigo 4º não contemplam essa vedação, de forma peremptória, à “iniciativa do juiz na fase de investigação”.

Como se verá mais adiante, o projeto cria a figura do *juiz das garantias*, que é um magistrado de atuação exclusiva na fase de investigação, e que será, segundo as disposições do artigo 15, “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”.

Pois bem; ao longo do rol de atividades a ele atribuídas, vemos que várias decisões emitidas por esse juiz exigem um requerimento anterior. É o caso, *i.e.*, da decisão sobre a concessão ou prorrogação de prisão provisória ou outra medida cautelar de natureza restritiva; da decisão sobre pedido de produção antecipada de provas; da prorrogação do prazo de duração do inquérito policial; da decisão sobre pedidos de quebra de direitos fundamentais destinados a auxiliar a investigação criminal

(interceptação telefônica, busca e apreensão, entre outros) e do julgamento de *habeas corpus*. Contudo, ao juiz das garantias igualmente é atribuída competência para “ser informado da abertura de inquérito policial”, “requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação” e “determinar o trancamento dessa investigação quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento”.

Estas últimas condutas prescindem, por completo, de alguma provocação do magistrado. Ao contrário, no momento em que a autoridade investigante encaminha-lhe ofício noticiando a instauração de inquérito policial, esse juiz torna-se o fiscal da legalidade dessa mesma investigação.

É só em razão disso que o juiz das garantias pode requisitar documentos e trancar o andamento da investigação, atuando por iniciativa própria e sem qualquer provocação alheia. Ou seja, quando o projeto veda “a iniciativa do juiz na fase de investigação”, o que faz, em realidade, é não permitir que o magistrado atue no direcionamento dos rumos dessa investigação, desde que essa atuação seja contrária aos interesses do sujeito passivo da persecução penal primária, sob pena de ser considerado um perseguidor deste último. Em suma, se for para favorecer o investigado, o juiz tem plena liberdade para agir de ofício; mas, se for para apurar ou aprofundar a investigação contra ele, aí sim não lhe é concedida competência para tanto.

Logo, a vedação a essa iniciativa judicial somente será absoluta se previamente levarmos em consideração em benefício de quem eventual atuação *ex officio* estará voltada.

### 2.1.2. A concretização do juiz-defensor

Como segunda característica do sistema acusatório proposto, o artigo 4º do projeto, em sua parte final, veda “a substituição da atuação probatória do órgão da acusação”.



Em caráter preliminar, tal redação não parece ser das mais felizes, pois não deixa claro a quem essa vedação se dirige. Assim dizemos pois há duas condutas proibidas nesse artigo, quais sejam, *ter iniciativa* e *substituir*. A primeira delas não deixa dúvidas de que é direcionada ao juiz (“O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação”). Já o mesmo não ocorre em relação à segunda conduta, embora se saiba, pelo próprio sentido da frase, que igualmente está direcionada ao juiz. Mesmo assim, por tratar-se nada menos de um projeto de Código de Processo Penal, cremos que a precisão e clareza na exposição do pensamento devem ser levadas à sua máxima exigência, evitando, com cuidados como esse, futuras e prováveis interpretações desviantes. Portanto, partindo do pressuposto de que tal vedação também atinge a figura do juiz, parece-nos que a redação desse dispositivo deveria ser revista para assim passar a figurar: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedadas ao juiz a iniciativa na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Superada essa questão, a vedação em análise está direcionada a proibir o magistrado de suprir as omissões verificadas – ao longo da fase probatória – na atuação do órgão de acusação, seja por desídia, seja por ausência na audiência de coleta da prova oral. Em termos simples, se o autor não trouxe aos autos as provas necessárias para comprovar o teor de sua acusação, não caberá, segundo o projeto, ao magistrado buscar provas que levem à condenação do réu.

Exatamente por isso, salta aos olhos o giro radical, dado pelo projeto, em relação à reforma de nossa legislação, operada cerca de um ano atrás, e pelos mesmos parlamentares de hoje, onde, apesar do excesso verificado no inciso I do artigo 156 do Código Penal, optou-se por autorizar a produção

de prova *ex officio judicis* a favor de ambas as partes, caso tal necessidade fosse sentida pelo magistrado. Assim dizemos por que, como a proibição está dirigida somente a um dos lados da relação processual, sentimo-nos autorizados a fazer uma releitura daquele dispositivo. Em sentido inverso, o que a parte final do artigo 4º propõe nada mais é do que a seguinte situação: se o juiz pretender produzir alguma prova de ofício, estará ele autorizado a assim proceder somente em benefício do réu, e nunca a seu desfavor. Instituir-se-ia, assim, a figura que já tivemos oportunidade de chamar de *juiz-defensor* (ANDRADE, 2008a, p. 219-224).

Aprofundando um pouco mais na história do processo penal, vemos que papel do juiz, em especial na fase probatória, é tema por demais controverso, e se faz presente nas discussões filosóficas e doutrinárias há pelo menos dois mil anos. Que o digam os questionamentos apresentados pelo filósofo Favorino a um jovem juiz chamado Aulo Gelio (século II d.C.), referentes à possibilidade, ou não, de o julgador simplesmente fazer perguntas ao longo do julgamento (AULO GELIO, 2007, p. 181-182).

No caso presente, a possibilidade de a figura do juiz-defensor manter-se no texto do projeto deve ser analisada sob três pontos distintos: o primeiro, relativo à justificativa apresentada na Exposição de Motivos; o segundo, relativo à sua adequação ao sistema acusatório; e o terceiro, relativo aos argumentos doutrinários que o sustentam.

No que diz respeito à Exposição de Motivos do projeto, vemos que, já de início, há uma preocupação com a “aplicação de uma norma de Direito”, com vistas à “solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados”. Ou seja, o que aparentemente o projeto pretende é que a lei incida no caso concreto, para que, em uma linguagem mais vulgar, culpados sejam condenados, e inocentes sejam absolvidos. Essa sensação fica ainda mais latente quando há a afirmação de que



“Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em *conhecimento* – o mais amplo possível – de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade”.

Ora, desnecessário dizer que “*conhecimento* – o mais amplo possível” é o que não ocorrerá, caso ao juiz haja alguma proibição – como, de fato, há no projeto – em sede probatória. Logo, verifica-se uma incompatibilidade óbvia entre a justificativa presente na Exposição de Motivos do projeto, e o conteúdo deste mesmo projeto.

Idêntica situação se verifica na relação do juiz-defensor com o sistema acusatório, pois historicamente são dois os modelos de juiz que esse sistema vem comportando na fase probatória, quais sejam, o juiz ativo e o juiz inerte.

O primeiro representa a figura do juiz que deixa patente sua inconformidade com o material probatório apresentado pelo autor e réu, e busca as informações faltantes para, na sua ótica, poder bem julgar. Sua origem está no sistema acusatório do direito romano, onde os juízes populares poderiam demonstrar sua insatisfação com o trabalho apresentado pelas partes no período de produção de prova. Assim, com a supremacia dos votos *Non Liqueat* (que significa, *não está claro*), os julgadores populares determinavam que as partes voltassem à discussão da causa e apresentassem mais e melhores provas e argumentos, o que ocorria em um prolongamento do julgamento chamado *ampliatio* (CÍCERO, 2000, p. 121). Em termos simples, havia uma determinação *ex officio judicis* de produção de prova, que só não era produzida diretamente pelos juízes por razões de mera conveniência, pois os tribunais daquele período histórico eram compostos por centenas ou milhares de pessoas, sendo mais simples, portanto, transferir tal incumbência aos interessados diretos no deslinde do processo. Com a posterior criação e consolidação dos juízes profissionais (ou togados), ficou fácil ao julgador manifestar sua inconformidade com

a prova produzida pelas partes, e partir, ele mesmo, para a produção de prova de ofício, tal como ocorre no direito contemporâneo, em especial nos direitos alemão, italiano e português, só para citar os mais próximos à nossa cultura jurídica, e também adeptos do sistema acusatório.

O segundo representa a figura do juiz atrelado à produção probatória das partes, querendo isso dizer que, em caso de dúvida, não poderá supri-la com a determinação de vinda de alguma informação aos autos, sem requerimento prévio do autor ou do réu. Ou seja, alguém pode ser condenado ou absolvido por incompetência ou ajuste das partes, sem que, contra isso, o juiz algo possa fazer. É por isso que, jocosamente, parte da doutrina considera esta última visão de juiz como decorrência da “teoria esportiva da justiça” (AMODIO, p. 153; COMOGLI, ZAGREBELSKY, p. 439) ou da “regra do não te metas” (RUBIANES, 1978, p. 20).

Ambos os modelos, repita-se, estiveram – e estão – presentes no sistema acusatório, mas procuram preservar a imparcialidade do juiz cada um a seu modo. O juiz ativo, presente no direito continental, está calcado no entendimento de que o processo penal possui um interesse público a ser preservado. Por essa razão, o juiz tem sua imparcialidade preservada com a concessão de liberdade para produzir prova, em caso de dúvida, sem provocação prévia e sem restrições quanto a quem seja o beneficiário final dessa atividade. Já o juiz inerte, presente na *Common Law*, está ligado a uma visão liberal dos interesses presentes nesse mesmo processo, onde o interesse público deve ceder espaço ao interesse privado na sua condução. Consequentemente, sua imparcialidade é concebida a partir de uma visão mais extremada, com a erradicação de qualquer atividade probatória complementar àquela já realizada pelas partes, independentemente de quem vier a ser seu beneficiário.

O certo, portanto, é que a figura do juiz-defensor não tem nenhum espaço no

sistema acusatório, pois ela é completamente estranha a ele. Mais que isso, ela absolutamente jamais existiu no sistema acusatório, seja da antiguidade, seja da atualidade. Todavia, isso não quer dizer que a figura do juiz-defensor não tenha existido ao longo da história do direito processual. Na verdade, ela existiu sim. Mas, contraditoriamente, sua existência é verificada, quem diria, justamente no sistema inquisitivo, que segue uma ideologia frontalmente oposta ao sistema eleito pelo projeto.

Ninguém desconhece que o sistema inquisitivo atingiu seu apogeu ao longo das Idades Média e Moderna, e que, nesse período, um de seus pontos marcantes foi a restrição ou impossibilidade de atuação de um defensor a favor do sujeito passivo daquele processo, sob o argumento de que o juiz não necessitava de auxiliares para a descoberta da verdade. E, na busca dessa verdade, o juiz não se ocupava – como erradamente afirmam mentes menos esclarecidas sobre o tema – somente em atuar contra os interesses do réu. Ao contrário, tinha ele o dever de suprir as omissões defensivas em favor do réu, justamente em razão das dificuldades apresentadas a este último de demonstrar sua inocência<sup>4</sup>.

Essa realidade é tão óbvia e marcante no sistema inquisitivo, que Carpsódio materializou-a no brocardo *judex supplere debet defensionis rei ex officio* (ou seja, que deve o juiz, de ofício, suprir as defesas do réu). Não por outro motivo, autores contemporâneos passaram a utilizar esse traço histórico como um dos elementos marcantes do sistema inquisitivo, qual seja, a de um juiz protetor dos interesses do réu (MARQUES, 1960, p. 23; TORNAGHI, 1980,

<sup>4</sup> Muito dessa visão pejorativa se deve a Beccaria, quando afirmou que o juiz do sistema inquisitivo era um “inimigo do réu” (BECCARIA, 2002, p. 65). Posteriormente, tal afirmação foi ratificada por Voltaire (2002, p. 158), mas ganhou notoriedade, em âmbito processual penal, quando foi pronunciada por Carnelutti, que sequer fez referência a seus antecessores, chamando para si a autoria de uma expressão que não era sua (CARNELUTTI, 1946, p. 158).

p. 9; RANGEL, 2005, p. 50). E, como texto histórico mais significativo da postura de um juiz que só poderia produzir prova para favorecer o réu, encontramos, nada mais, nada menos, que a regulamentação da Inquisição Espanhola, considerada a mais dura entre as que existiram.

Especificamente, esse juiz-defensor é facilmente encontrado nas Instruções de Tomás de Torquemada (1484), primeiro e mais conhecido Inquisidor-Geral de Castilha, onde o juiz estava autorizado a buscar novas testemunhas que comprovassem o fato de que as arroladas pelo acusador – sim, esse modelo de processo inquisitivo apresentava um acusador distinto do juiz, e que corresponde, hoje em dia, à figura do Ministério Público – haviam prestado depoimento com o intuito de prejudicar o réu, seja por inimizade, seja por corrupção (instrução 14). Da mesma forma, esse juiz, que só estava autorizado a produzir provas para beneficiar o réu, também figurou nas Instruções do Inquisidor-Geral Fernando de Valdés (1561), sempre que essa atuação de ofício estivesse voltada à averiguação da inocência daquele (instruções 29 e 38).

Como se pode observar, por mais que se queira vincular o juiz-defensor ao sistema acusatório, ele jamais foi encontrado nesse mesmo sistema, além do que é completamente estranho a ele. Basta lembrar que o sistema acusatório está pautado pela preservação da imparcialidade do julgador, e não pela construção de um julgador tendencioso e predisposto a favorecer ou *assistir* – como se verá – a um dos lados da relação processual. Por outro lado, sistema inquisitivo e juiz-defensor são, por assim dizer, *institutos* que estão umbilicalmente ligados, havendo exemplos documentados que, por mais que se queira, não podem ser apagados da história desse sistema. Enfim, se tivéssemos que sintetizar tal situação, invocariamos a lição de Cícero, quando disse que “a imutabilidade nos fatos passados é evidente; em certos futuros, porque não seja evidente, nem parece existir” (CÍCERO,

2001, p. 17-18). Por isso, há uma profunda incompatibilidade entre o sistema eleito pelo artigo 4º do projeto com a redação da parte final deste mesmo dispositivo.

Finalmente, resta-nos analisar os argumentos de ordem doutrinária que, na atualidade, vêm sendo invocados para sustentar a figura do juiz-defensor no processo penal brasileiro.

Se fizermos um resgate dos autores que defendem essa figura – e, o que é pior, apresentando-a como vinculada ao sistema acusatório –, é possível constatar que o juiz-defensor aportou no Brasil pelas mãos de Prado, que viu, entre os deveres do juiz, a necessidade de exercer a função de, segundo suas palavras, “assistência ao acusado”, a fim de preservar o que chama de “justiça material” e o princípio da presunção de inocência (PRADO, 1999, p. 130).

Ora, o simples reconhecimento de que esse juiz atuaria na condição de assistente do acusado já deixa patente a total perda de imparcialidade desse julgador, que sequer tal nome mereceria ante a forma tendenciosa como já ingressa no processo. Não bastasse isso, até onde sabemos, a expressão “justiça material” deveria importar – antes de qualquer coisa, e propositalmente sendo redundante – na busca da aplicação da *justiça*, ao invés da proposição de uma justiça que olha para um lado só (?!), se é que isso pode ser chamado de justiça. E, para arrematar, bem se sabe que o princípio da presunção de inocência pode ser entendido sob uma dupla ótica: a primeira, como uma regra probatória ou de julgamento; e a segunda, como uma regra de tratamento do acusado, que deve ser considerado inocente durante o processo (ILLUMINATI, 1979, p. 28-30). Mais que isso, a teleologia desse princípio deixa patente que o sujeito passivo da persecução penal não necessita fazer qualquer esforço para demonstrar sua inocência, já que ela, conforme o próprio princípio estampa, deve ser presumida.

Com isso, o que fica claro é que toda a carga probatória recai sobre a figura do

acusador, e, se o juiz sente-se no dever de *assistir* o acusado – em razão de uma deficiência quando do exercício da defesa técnica –, o que esse mesmo juiz estará fazendo é *reagir* a algo existente, sob o pretexto de preservar um princípio que, em realidade, está calcado na possibilidade de inércia por parte do réu. Em termos simples, a proposta de Prado está voltada à admissão de um juiz que irá buscar elementos que rebatem ou neutralizem as provas já produzidas no processo, em razão da atividade exercida por quem nele figura como autor. Ou seja, o que pretende esse segundo defensor do acusado – travestido na toga de um juiz – é buscar elementos que, ao menos, permitam-lhe invocar o princípio do *in dubio pro reo* para absolver o acusado, já que o princípio da presunção de inocência foi superado pela atividade probatória de quem figura como acusador (ANDRADE, 2008a, p. 219-222).

Outra linha de argumentação é apresentada por Pacelli, que defende a possibilidade de o juiz produzir provas somente a favor do réu, sob a invocação da preservação do princípio da igualdade material de armas, ante o alegado poderio do Estado ao longo de toda a persecução penal, seja na fase investigatória, seja na fase processual (PACELLI, 2009, p. 297-298). Contudo, desde já invocando nossa admiração e profundo respeito ao *maestro*, com tais postulados não podemos comungar.

De início, tal argumentação cai por terra caso o acusador não seja o estatal – leia-se, Ministério Público –, mas sim o privado. Dito de outro modo, caso a vítima exerça seu direito constitucional de ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública, ela estará representando a si própria, e não possuirá qualquer poder a mais que o seu oponente. Logo, não existindo o pressuposto que autorizaria a existência da figura do juiz-defensor, não há como sua presença ficar na pendência de quem vier a ajuizar a ação penal condenatória.

Por fim, como bem coloca o autor em questão, o princípio da igualdade de armas

pode ser dividido em igualdade formal e material. A primeira diz respeito a uma igualdade meramente matemática, ao passo que a segunda está centrada justamente em uma compensação a ser concedida a uma das partes, a fim de que se corrija eventual distorção de forças no processo penal. Todavia, esse caráter compensatório deve dar-se na concessão de alguma *arma* diferenciada a uma das partes, e, por *arma*, em sentido processual, entenda-se “os meios, situações, oportunidades ou possibilidades, para que as partes possam, em igualdade de condições, demonstrar a validade e correção dos argumentos – ou razões, como prefere Carnelutti – que serão apresentados ao juiz ou tribunal” (ANDRADE, 2008a, p. 168). E é aqui onde nos parece falhar o argumento, pois vê, na figura do juiz, uma *arma* que pode ser concedida em benefício de uma das partes, ao passo que, em realidade, esse mesmo juiz é um *sujeito processual*, que só tem razão de existir se não estiver vinculado animicamente, seja a que título for, a qualquer dos lados da relação por ele presidida.

Como última linha doutrinária, encontramos a opinião de Giacomolli, que, apesar de em um primeiro momento mostrar-se adepto da teoria da gestão da prova<sup>5</sup>, ao depois prega a possibilidade de o juiz,

<sup>5</sup> Segundo a teoria da gestão da prova, a distinção entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo está centrada na produção de prova de ofício pelo juiz. Assim, um sistema de processo será considerado acusatório se o juiz estiver proibido de atuar de ofício na fase probatória, ao passo que um sistema será considerado inquisitivo se o juiz tiver liberdade para atuar nessa mesma fase. Essa teoria nasceu na Itália, mas foi completamente rechaçada quando da confecção de seu atual Código de Processo Penal. Mais que isso, quem a defende no Brasil invoca a lição de Franco Cordero, autor italiano que, por incrível que possa parecer, manifesta-se em sentido diametralmente oposto ao que a ele é atribuído nos escritos publicados em nosso país. Em suma, a teoria da gestão da prova nada mais é do que a importação de uma proposta superada em seu país de origem, e que no Brasil foi rejeitada com a invocação das palavras de um autor estrangeiro que simplesmente não defende as ideias que a ele são atribuídas (ANDRADE, 2009a).

*ex officio*, produzir prova somente em benefício do réu. Como argumento, afirma que, entre os deveres do julgador, estaria a preservação do *status libertatis* do réu e evitar uma “condenação injusta”, ambos resultantes do direito universal de proteção dos direitos fundamentais e da inviolabilidade do direito de defesa (GIACOMOLLI, 2008, p. 36-37).

Outra vez, fica mais que patente a intenção de transformar o juiz em um sujeito processual comprometido em produzir resultados positivos para um dos lados da relação que ele mesmo preside. Contudo, como se só isso já não fosse suficiente, o equívoco argumentativo fica patente em razão da invocação da preservação do *status libertatis* do réu, para que o juiz esteja autorizado a somente atuar em seu benefício.

A invocação do *status libertatis* do réu, a fim de que possa receber algum tratamento diferenciado no processo, constitui-se na base argumentativa que formou um princípio pouco estudado no direito nacional, chamado princípio *favor rei*, também conhecido como o princípio *favor innocentiae*, princípio de liberdade ou – eis aí a relação com o *status* invocado – princípio *favor libertatis* (LOZZI, 1968, p. 2-6). Sua função é muito clara e direta: conceder ao réu, com caráter exclusivo, certas armas ou garantias para que tenha condições de demonstrar a veracidade de seus argumentos ou destruir aqueles apresentados pelo seu opositor. Para tanto, o *favor rei* não leva em consideração qualquer critério de compensação – tal como na igualdade material de armas –, pois ao réu são concedidos mais poderes que seu adversário para que demonstre sua inocência (se for inocente) ou para que simplesmente não seja punido. Tudo isso, frise-se, a título de mero *favor*, como deixa transparecer o próprio nome desse princípio.

É sob o signo do *favor rei* que se justificam, *i.e.*, a possibilidade de o réu fazer uso de certos tipos de prova ilícita para alcançar sua absolvição, bem como a previsão de embargos infringentes e revisão criminal

somente *pro reo*. E, por tratar-se de um princípio que visa à concessão de mais *armas* ao sujeito passivo, verifica-se aqui a mesma situação apontada acima, qual seja, a de partir-se do pressuposto de que o juiz pode ser definido como uma *arma* a ser posta a serviço de uma das partes, desprezando-se, por completo, o fato de que o julgador é um *sujeito processual* que só existe no processo porque tem o dever de ser imparcial. Do contrário, torna-se totalmente prescindível.

Para finalizar, a discussão em torno da produção probatória *ex officio judicis* não é nenhuma novidade no direito processual. Foi ela travada durante muito tempo no processo civil, e sua possibilidade há décadas está assentada, sem grandes traumas acadêmicos, nesse ramo do direito, ao contrário do que vemos – ainda hoje, e para seu demérito – no processo penal.

Como já tivemos oportunidade de afirmar em outra ocasião (ANDRADE, 2009), o aperfeiçoamento do processo penal só não ocorre em razão dos traumas deixados pelo sistema inquisitivo, que poucos reflexos produziu no processo civil. Não é por outro motivo que o processo civil se encontra em um patamar técnico mais elevado, pois não encontramos autores que invoquem o selo da *acusatoriedade* ou da *inquisitorialidade* para defender ou opor-se a temas que ideologicamente são favoráveis ou contrários, mesmo que a história dos sistemas acusatório e inquisitivo não lhes dê qualquer respaldo. Ou seja, em âmbito civil, as opiniões pessoais não conseguem ser mascaradas com pretensos argumentos históricos que, ao final, facilmente mostram-se inexistentes.

A verdadeira discussão em torno da produção probatória *ex officio judicis* deve ser travada não no campo do *pode, não pode* ou *a favor de quem pode* (como faz o projeto), mas em relação aos limites para que esses poderes sejam validamente exercidos pelo magistrado. Dito de outro modo, toda essa celeuma deve ficar em segundo plano para que centremos nossas forças na busca

de uma definição sobre: a) até onde pode ir o juiz em sua atuação *ex officio* na fase probatória; b) qual material probatório ele pode, ou não, trazer aos autos sem provocação prévia; e c) de que maneira se fará o controle dessa atividade *ex officio*. Há necessidade de fixação desses limites na lei, ou devemos analisar cada caso em concreto, tal como ocorre de modo desorganizado no direito comparado, quando da identificação do que os espanhóis chamam de *actividad inquisitiva encubierta*?

Enquanto essa discussão não ocorrer, a história do direito processual continuará sendo deturpada em nome do preconceito, e para o alcance de preferências meramente pessoais ou, o que é pior, necessidades eminentemente profissionais.

### 2.1.3. O propalado juiz das garantias

O projeto trouxe inúmeras inovações em praticamente todos os temas de processo penal, mas aquela que indiscutivelmente vem provocando grande controvérsia é a proposição de um novo sujeito processual chamado de *juiz das garantias*.

De acordo com o artigo 15 do projeto, sua atuação está restrita à fase de investigação, e destina-se ao “controle da legalidade da investigação criminal” e à “salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”. Em razão dessa especialização na atuação judicial, cria-se uma nova regra de impedimento ao magistrado, fazendo com que aquele que exerceu a atividade de juiz das garantias não possa “funcionar no processo” (artigo 17).

Por óbvio que grande parte da discussão existente está centrada em aspectos estruturais e operacionais do Poder Judiciário, de modo a permitir ou impedir que essa figura venha a ser inserida no país. No presente tópico, entretanto, centraremos nossos esforços na análise do aspecto envolvendo a imparcialidade do juiz, deixando aquele questionamento para o momento em que nos debruçarmos sobre o aspecto relativo à



eficiência da persecução penal traçada pelo projeto. Iniciemos, então, pela justificativa encontrada em âmbito doutrinário.

Pois bem; a proposição do juiz de garantias é o resultado de uma recente aspiração da doutrina nacional, que busca uma revisão da atuação do juiz na fase de investigação e, por decorrência, também do instituto da *prevenção*. Em termos simples, a proposta está voltada ao redimensionamento da atividade judicial ao longo da persecução penal primária, pois teria o magistrado competência para atuar como garantidor dos direitos fundamentais do investigado. Em vista disso, a atuação na fase de investigação passaria a ser entendida como um critério de *exclusão* desse mesmo juiz em relação à futura fase processual, ao invés de ser entendido com um critério de *atração*, que é o que leva à existência do instituto da *prevenção*. Como fundamento para essa proposição, afirma-se que “em nenhum momento esse juiz da fase pré-processual poderá ser o mesmo que irá instruir e julgar o processo”, pois “Juiz preventivo é juiz contaminado”, e que “Essa é a lição de mais de 20 anos de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos” (LOPES JR. 2004, p. 11). Entretanto, com o devido respeito a esse importante ramo de nossa doutrina, de sua base argumentativa não podemos comungar.

De fato, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (em adiante, TEDH) vem se posicionando, de longa data, pela necessária separação entre as figuras do juiz da fase de investigação e do juiz da fase posterior ao oferecimento da acusação. Contudo, o que importa aqui saber não é o que esse tribunal vem decidindo, senão os motivos que o levam a assim decidir. Abre-se, portanto, a necessidade de análise de sua jurisprudência – dos últimos vinte anos – que analisou a cumulação da atividade judicial nas fases de investigação e de julgamento.

Um das primeiras decisões sobre esse tema foi proferida no Caso Piersack (1982), proveniente da Bélgica, onde um membro

do Ministério Público, que havia presidido a investigação criminal, posteriormente veio a assumir o cargo de juiz, e figurar como um dos julgadores do fato que ele próprio havia investigado. Em vista desse acúmulo de funções, o TEDH entendeu haver ocorrido um possível comprometimento na formação do convencimento judicial, maculando, portanto, a imparcialidade do julgador. Contudo, essa é uma lição do TEDH que o direito brasileiro pode considerar totalmente prescindível, já que, desde a década de quarenta do século passado, nosso Código de Processo Penal – sim, aquele apontado como superado, antidemocrático e antigarantista – já a previa como uma das causas de impedimento judicial (artigo 252, inciso II).

Um segundo julgamento, que provocou enorme repercussão no direito europeu, foi o Caso De Cubber (1984), também de origem belga. Em suma, a discussão esteve centrada na (im)possibilidade de um juiz-instrutor (ou seja, de um juiz que investiga, somente presente nos sistemas misto e inquisitivo) poder também atuar como juiz-julgador em relação ao mesmo fato por ele investigado com anterioridade. Ao final, o TEDH entendeu ser inviável tal acúmulo de funções por parte de um mesmo juiz, em razão do ferimento ao que se convencionou chamar de *imparcialidade objetiva*. E se assim o foi, novamente o direito brasileiro nada tem a aprender com o direito estrangeiro. Além de a discussão versar sobre os limites de atuação do juiz representativo de um sistema que nada tem a ver com o acusatório proposto pelo projeto, cerca de 170 anos antes daquela decisão – ao tempo em que o Brasil adotava o juizado de instrução como regra na investigação criminal –, tínhamos em vigor a Decisão de Governo nº 81, de 02.04.1824, que determinava a separação das funções entre o juiz-investigante e o juiz-julgador. Em outras palavras, até aqui, nada.

Tais julgamentos, repita-se, não se prestam a ensinar qualquer novidade ao



direito nacional, e muito menos a justificar a necessidade de separação entre as figuras dos juizes da fase de investigação e da fase de julgamento, quando o sistema é o acusatório, tal como proposto pelo projeto. Não fosse isso suficiente, outras decisões do mesmo TEDH autorizam que o juiz, com atuação na fase primária da persecução penal, seja o mesmo de sua fase secundária.

Como primeiro julgado, encontramos o Caso *Sainte-Marie versus França* (1992), onde o TEDH deixou patente que o simples fato de um juiz haver decretado a prisão preventiva de alguém, ainda na fase de investigação, não o torna impedido de seguir no futuro processo. Em sequência, também encontramos o Caso *Padovani versus Itália* (1993), onde se reconheceu que o juiz do *juízo diretíssimo* – atinente aos casos em que uma pessoa é presa em flagrante e, de imediato, levada a julgamento – possa não só tomar o depoimento do conduzido e homologar o auto de prisão em flagrante, senão também ser o julgador desse mesmo fato. Ainda, há o Caso *Nortier versus Países Baixos* (1993), onde se decidiu que nenhuma mácula atingiu a imparcialidade de um juiz holandês da infância e juventude, que decretou a internação provisória de um adolescente e, ao depois, foi o julgador do mesmo fato que levou ao encarceramento provisório daquele. Isso porque os fundamentos utilizados na decisão de encarceramento provisório não disseram respeito à invocação de alguma questão relativa ao mérito do fato praticado pelo adolescente, fator que, caso presente, poderia, aí sim, demonstrar que o juiz se convenceu, de algum modo, sobre a culpabilidade daquele. Por fim, há o Caso *Saraiva de Carvalho versus Portugal*, onde se decidiu que o juiz que participou da instrução poderia ser o mesmo do julgamento, sem qualquer comprometimento de sua imparcialidade. De bom tom lembrar que, por *instrução*, o Código de Processo Penal português refere-se ao procedimento instaurado por provocação do acusado ou do assistente, e

que está voltado à convalidação dos termos da acusação ou do arquivamento do inquérito por parte do Ministério Público (artigo 286 e seg.). Em suma, a jurisprudência do TEDH – dos últimos vinte anos – vem deixando claro que os critérios nacionais, estabelecidos para preservar a imparcialidade dos juizes criminais brasileiros, estão completamente corretos e adequados, ao menos sob a perspectiva daquele tribunal e dos direitos humanos.

Superada a análise sob a ótica da doutrina, passemos, agora, ao exame da justificativa apresentada na Exposição de Motivos. Pois bem; para que haja a inserção de um determinado instituto na legislação processual penal de um país, em regra dois critérios são levados em consideração: ou a adoção desse instituto responde a uma opção de pura política criminal, contra a qual, por sua própria natureza, pouca ou nenhuma oposição se pode apresentar; ou responde a uma necessidade técnica, que, aí sim, permite uma melhor avaliação por parte do intérprete.

No caso do juiz das garantias, a Exposição de Motivos afastou o critério de política criminal, assentando que, “Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ..., era de rigor”. E, como aspecto técnico para esse *rigorismo*, além da invocação de um argumento de ordem principiológica, aquele texto também apontou que uma das estratégias, com essa novel figura, é “manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação”. Em outras palavras, o que se pretende é a preservação da imparcialidade judicial.

Com o devido respeito, e retomando a abordagem já feita, ou a Exposição de Motivos faz uma equivocada equivalência entre sistema e princípio acusatório, ou se está insistentemente dando a esse princípio um alcance e significado que ele absolutamente

não tem. Seja como for, nenhuma dessas situações fazem ser “de rigor” a presença do juiz das garantias.

Já, quanto à busca pela imparcialidade do juiz, o *alarmismo* é tamanho que o projeto vê sua possível perda pelo simples fato de o juiz receber uma comunicação de prisão ou ser informado sobre a abertura de um inquérito policial! Como consequência, o direito brasileiro passa a ter dois critérios de aferição de imparcialidade dos juízes nacionais, que cambiaria de acordo com a matéria: um primeiro critério para o processual civil, onde não há qualquer problema quanto ao fato de o juiz conceder liminar em uma cautelar preparatória, ou conceder antecipação de tutela (onde se antevê o mérito!), e, mesmo assim, ser o julgador do processo; e um segundo critério para o processo penal, onde *contaminação judicial* passa a ser entendida como *tomar conhecimento*, ao invés de *firmar convencimento*. Pior que isso, ninguém menos que o próprio projeto trata de contrariar os postulados que ele mesmo traçou, ao admitir, em duas situações distintas, que o juiz das garantias seja o mesmo do futuro processo, quais sejam, nas infrações de menor potencial ofensivo (artigo 16, *caput*) e na tramitação das ações penais originárias (artigo 302, inciso I). Por isso, a pergunta é inevitável: há como transigir com o conceito ou significado de *imparcialidade judicial*, que seria considerada preservada ou violada, em razão da potencialidade ofensiva de um ilícito penal<sup>6</sup> ou da instância em que o processo tramitará? Se a resposta for positiva, então novamente essa separação não é “de rigor”.

<sup>6</sup> Não se pode olvidar que, embora não haja, em regra, prisão em flagrante nos crimes de menor potencial ofensivo, sua efetivação – e posterior lavratura do respectivo auto – poderá ocorrer caso o autor do fato não assuma o compromisso de comparecer ao juizado especial criminal, tal como excepciona o parágrafo único do artigo 284 do projeto. Estaria implementada, assim, ao menos uma das hipóteses presentes no rol de atividades do juiz das garantias, e que levaria à sua exclusão do processo, nos demais tipos de procedimentos.

O que deve ficar claro, portanto, é que a separação de funções – entre o juiz da investigação e o juiz do julgamento – só tem alguma razão de ser quando há o indicativo de que o primeiro firmou seu convencimento sobre o fato que, posteriormente, será submetido à sua apreciação na fase processual. Essa separação já ocorre em países que exigem a satisfação de requisitos voltados ao exame do mérito, a fim de que um juiz criminal possa, na fase anterior ao julgamento, deferir medidas restritivas à liberdade do investigado.

A título de exemplo, encontramos o direito português, que exige “fortes indícios da prática de crime doloso” para o deferimento desse tipo de medida, e, por tal motivo, exclui tal juiz da fase de julgamento (artigos 40, 200, 201 e 202 do seu Código de Processo Penal). Entretanto, esse sequer é o caso do direito brasileiro, que se satisfaz com a presença de indícios de autoria e prova da materialidade, agregados à demonstração da necessidade da medida, que, como se sabe, tem caráter estritamente instrumental, e não envolve a análise de mérito.

Enfim, se a jurisprudência do TEDH corrobora – lembremos, sob a ótica dos direitos humanos – diversas situações autorizadas há mais de sessenta anos em nossa legislação, e o direito comparado determina a separação de funções por motivos aqui inócenos, não há como esconder o fato de que o Brasil nada deve à comunidade internacional, ao menos no que diz respeito ao conhecimento dos postulados básicos do direito processual penal e à forma como preserva a imparcialidade de seu julgador. Ao contrário, o que fica patente é que essa separação de funções é de uma prescindibilidade ímpar ao nosso país.

## 2.2. *Tecnicidade da persecução penal*

Por tecnicidade da persecução penal quer-se referir à adequação de uma determinada legislação aos postulados da ciência processualista atual. Em outras palavras,

significa não só averiguar se os postulados básicos do processo penal estão sendo observados, mas também se os diversos institutos que o compõem foram definidos ou indicados de forma correta. Essa, portanto, passa a ser nossa tarefa.

### 2.2.1. Denúncia como Sinônima de Ação Penal

Por tradição, o direito brasileiro vem tratando o instituto da denúncia como equivalente da ação penal pública, tradição essa que remonta a uma prática iniciada no artigo 74 do Código Criminal do Império (Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841). Contudo, essa equivalência foi construída a partir de bases teóricas dissociadas da melhor técnica legislativa, pois os institutos da *denúncia* e da *ação penal condenatória* (doravante tratada como acusação) são completamente distintos, ao menos sob a ótica do sistema acusatório.

Desde a Idade Média, todos os documentos representativos do sistema inquisitivo relacionam a denúncia – juntamente com a acusação e a atuação de ofício do juiz – como causa que pode dar início ao processo. Entretanto, *denúncia*, em termos técnicos, significa mera *notitia criminis*, algo completamente distinto de uma acusação, tal como deixam evidentes os documentos representativos daquele sistema. Essa é, aliás, a forma como todo o direito comparado e seus respectivos autores definem a denúncia, ou seja, um instituto marcado pela informalidade e sem qualquer equivalência à ação penal. Em sentido contrário, somente a acusação é tratada como equivalente dessa mesma ação, e seus requisitos, desde a *accusatio* romana (CÍCERO, 2002, p. 170), são os mesmos minimamente exigidos para que qualquer ação penal seja considerada de natureza condenatória, ou seja, deve haver a individualização do sujeito passivo, a indicação/narrativa do fato por ele praticado e o pedido de condenação daquele sujeito.

Em vista disso, o instituto da denúncia tecnicamente jamais poderia corresponder

a uma ação penal, e seu vínculo com o sistema acusatório é absolutamente nenhum. Ao contrário, a denúncia só é motivadora do início de um processo justamente no sistema inquisitivo, que corretamente foi rechaçado pelo projeto. Portanto, para que haja um refinamento em nossa linguagem jurídica, adequando-a a uma realidade histórica inquestionável e aos postulados de toda a doutrina internacional, entendemos que a ação penal pública deveria merecer outra designação, que não a de *denúncia* (ANDRADE, 2008b, p. 120-121).

Com esse cuidado, permitir-se-ia, inclusive, uma melhor compreensão de certas terminologias e institutos tratados pela literatura estrangeira, que cada vez mais vem influenciando e sendo absorvida por autores pátrios, em especial quando buscam a compreensão de diversos temas que no Brasil ainda são pouco estudados.

### 2.2.2. A Posição do Ministério Público em Segundo Grau

Ninguém desconhece que, há pelo menos trinta anos, existe uma intensa discussão em torno da posição que o Ministério Público nacional ocuparia em sede de segundo grau. Melhor explicando, muito se tem debatido, em sede doutrinária e jurisprudencial, quanto à natureza da atuação do Ministério Público junto a esse grau de jurisdição, relativamente à continuidade no exercício da função de parte autora no processo penal ou, então, à perda dessa condição para converter-se em *custos legis*.

Por certo que muito dessa discussão deve-se ao fato da insistência, por parte de setores do próprio Ministério Público – que contam com a complacência de suas instâncias administrativas superiores –, em responder, com chavões inconsistentes, a um questionamento muito simples: se em segundo grau o representante daquela instituição não é parte, então quem exerceria este papel, já que os órgãos do Ministério Público de primeiro grau estão impedidos de atuar nas instâncias superiores? Em

termos mais singelos, há um completo desprezo ao texto do inciso I do artigo 129 da Carta Maior, que afirma caber ao Ministério Público a *titularidade* da ação penal pública, sem fazer qualquer distinção relativa ao grau de jurisdição em que a ação esteja tramitando (ANDRADE, 2008d, p. 181).

Essa polêmica foi enfrentada recentemente pela composição plenária do Supremo Tribunal Federal, que, à unanimidade, decidiu que o Ministério Público, em segundo grau, permanece como *parte* no processo penal, razão pela qual anulou julgado onde a ordem de manifestação, junto ao tribunal da origem, não obedeceu aos ditames do princípio do contraditório<sup>7</sup>. Entretanto, o projeto passou completamente ao largo dessa decisão repita-se, plenária e unânime de nossa Corte Constitucional, mantendo o Ministério Público como *custos legis* naquela esfera jurisdicional, o que fica claro em, ao menos, dois momentos.

Primeiro, ao prever que “Os recursos de competência dos tribunais serão julgados de acordo com as normas de organização judiciária e de seus regimentos internos” (artigo 504), o projeto repassa aos tribunais a fixação do momento das manifestações escrita e oral do Ministério Público em segundo grau, independentemente da sinalização já dada pelo Supremo Tribunal Federal. Possibilita-se, com isso, não só a previsão de ordens distintas entre os mais diversos tribunais do país, senão também a perpetuação de uma ordem de manifestação que o Supremo Tribunal Federal já definiu como inconstitucional. Ora, não é preciso grandes luzes para perceber que, quando da chegada dos recursos que já estão sendo interpostos contra decisões que invertem a ordem de manifestação estabelecida por essa Corte, o resultado é mais que previsível, em razão de aquela decisão haver sido tomada de forma unânime. Em outras palavras, o que se está fazendo, com a presente redação do projeto, é per-

mitir a continuidade de mais nulidades em potencial.

Segundo, ao tratar “Do Processo e Julgamento dos Recursos nos Tribunais”, há a determinação de que os autos, nos recursos de agravo de instrumento e apelação, deverão ser “remetidos ao Ministério Público, independentemente de despacho, para manifestação em dez dias” (artigo 507, *caput*). Ou seja, terá ele nova vista dos autos para apresentar sua “manifestação”, que nada mais será do que um escrito que não se confunde, por óbvio, com as razões ou contrarrazões que o acusador público de primeiro grau já apresentou. Em suma, é o famigerado *parecer*, que só é oferecido pelo Ministério Público quando atuar, em qualquer processo, na condição de *custos legis*!

O que fez o projeto, portanto, foi não enfrentar uma questão crucial para a evolução técnica do direito processual penal brasileiro, admitindo que, em sede de segundo grau, o processo esteja acéfalo, ao menos em relação à presença de um sujeito processual que possa ser reconhecido como seu autor<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Poder-se-ia pensar que a segunda parte do artigo 510 do projeto resolveria o problema atinente à ordem de manifestação oral em segundo grau, ao prever que “No caso de recurso da defesa, poderá ela se manifestar novamente, após o Ministério Público”. Entretanto, o que o projeto propõe é que, nos recursos da *defesa*, ela poderá sustentar oralmente seus argumentos perante os juízes *ad quem*, cabendo, pelo princípio do contraditório, ao Ministério Público manifestar-se ao depois. E, caso essa manifestação do Ministério Público ocorra, terá a defesa o direito de replicar os argumentos do Ministério Público, sem que o projeto conceda a este último o direito à tréplica – também como decorrência lógica do princípio do contraditório –, tal como ocorre no Tribunal do Júri. Portanto, duas hipóteses se abrem: ou esse dispositivo está voltado à criação de um novo direito à defesa, provocando um claro caso de cerceamento de acusação pela ausência do princípio do contraditório, agora a favor do Ministério Público; ou houve um erro de redação em tal dispositivo, pois ele vai de encontro à decisão do Supremo Tribunal Federal acima referida, que deixou claro que, em respeito ao princípio do contraditório, à defesa deve sempre ser dada a possibilidade de manifestar-se oralmente após o Ministério Público, quando o recurso for *da acusação*. Independentemente de qual hipótese for a ocorrente, ambas desprezam a orientação já traçada

<sup>7</sup> STF, HC nº 87.926-8, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, unânime, j. em 20-02-2008.

### 2.2.3. Ausência de contraditório na *reformatio in mellius*

Da forma como hoje vem sendo realizada a *reformatio in mellius*, o acusador é colhido de surpresa com uma decisão que invoca argumentos de seu pleno e mais absoluto desconhecimento, já que, em nenhum momento, fizeram parte das manifestações recursais do acusado. Há, em uma situação como essa, uma reforma proferida *pelas costas* do acusador, patrocinada por ninguém menos que o Poder Judiciário.

Ora, os princípios do contraditório e da ampla defesa não são garantias de mão única, somente destinados a proteger os interesses do sujeito passivo do processo penal. Embora a grande maioria dos países do direito continental preveja esses princípios entre as garantias constitucionais de seus cidadãos, e reconhecidamente visualize a figura do acusado como seu alvo principal, não nos é permitido desconhecer que essas mesmas garantias vêm sendo reconhecidas como aplicáveis, de modo uniforme, a ambas as partes do processo penal (MONTERO, 1997, p. 141), dentre as quais logicamente se insere o acusador.

Isso faz com que o acusador, seja público ou privado, esteja autorizado a invocar em seu favor – sempre quando ocorrente uma *reformatio in mellius* à sua completa revelia – o descumprimento a um mandamento constitucional, que se verá infringido quando da emissão dessa decisão. Em outras palavras, não vemos nenhum absurdo no fato de o Ministério Público vir a pleitear a nulidade das decisões patrocinadoras de *reformatio in mellius*, sob a invocação do ferimento aos direitos constitucionais – a ele também assegurados, mesmo tratando-se de pessoa jurídica de direito público (CA-

por nossa Corte Constitucional, fazendo com que o projeto, além de não resolver o problema da ordem de manifestação nos recursos interpostos pela acusação, também acabe por criar outro – igualmente de ordem técnica –, dando margem a novos questionamentos de constitucionalidade na ordem de manifestação junto ao segundo grau de jurisdição.

NOTILHO, 1996, p. 560; BRANCO, 2002, p. 166) – de preservação do contraditório e da ampla defesa de seus interesses no processo penal. E, inclusive, exemplo do direito comparado não faltaria.

No mês de maio de 2008<sup>9</sup>, o legislador francês realizou uma importante reforma em seu processo civil, em especial no processamento dos recursos de cassação. Em síntese, quando da tramitação desse recurso, o Presidente dos trabalhos passa a ter o dever ético de informar as partes sobre os motivos da cassação que poderiam ser apreciados de ofício, facultando-lhes oportunidade para que se manifestem sobre esses motivos<sup>10</sup>. Trata-se, ao fim e ao cabo, de reconhecimento legislado da necessidade em assegurar o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa também no segundo grau de jurisdição, sempre que questões de ofício forem invocadas, pelo julgador, como razões de decidir. Já em âmbito nacional, mas restrita ao primeiro grau de jurisdição e aos processos de competência do Tribunal do Júri, situação similar se faz presente no inciso IX do artigo 497 do Código de Processo Penal, cuja redação foi mantida quando da reforma operada pela Lei nº 11.689/09, ao prever: “São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri: IX – decidir, de ofício, ouvidos o Ministério Público e a defesa, ou a requerimento de qualquer deles, a arguição de extinção de punibilidade”.

Em vista disso, entendemos que, nesse aspecto, o projeto não se ocupou, como esperado, da preservação dos direitos fundamentais de uma das partes da relação processual. Deveria haver previsto que, antes de proferir decisão que venha a provocar uma *reformatio in mellius*, deve o

<sup>9</sup> Décret nº 2008-484 du 22 mai 2008, relatif à la procédure devant la Cour de cassation.

<sup>10</sup> Article 1015. Le président de la formation doit aviser les parties des moyens susceptibles d’être relevés d’office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu’il fixe. Il en est de même lorsqu’il envisage de rejeter un moyen par substitution d’un motif de pur droit relevé d’office à un motif erroné.



jugador *ad quem* suspender o julgamento e previamente dar a conhecer ao acusador os motivos que, de ofício, vier a invocar para a reforma da decisão que está sob sua análise. Só assim nos parece que o processo penal possa vir a atingir seu fim ético e sem surpresas inesperadas, corrigindo-se uma clara hipótese de cerceamento de acusação presente em nossa legislação adjetiva, decorrente do ferimento ao princípio do contraditório (ANDRADE, 2008b, p. 128-129).

### 2.3. Eficiência da persecução penal

Como último critério de política criminal, que historicamente vem sendo utilizado para a definição do sistema de processo penal em um país, há o atinente à preocupação com a eficácia de sua persecução penal. E sua consideração, por parte do legislador brasileiro, ficou mais que patente nos argumentos apresentados pelo Senador Renato Casagrande, quando do Requerimento nº 227, de 2008, ao referir que o futuro código deveria “ser ágil, célere, eficaz e justo”, a fim de atender à “necessidade de eficácia punitiva estatal”, uma vez que “vive-se um momento de violência amplamente disseminada em nossa sociedade”. Cabe-nos, portanto, analisar se o sistema acusatório arquitetado pelo projeto veio a atender tais indicativos.

De início, a Exposição de Motivos apresenta, como segunda estratégia para a criação do juiz das garantias, a intenção de “otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional”. Em que pese utilizar-se de expressões que pouco ou nada dizem, ninguém menos que o próprio projeto admite que o juiz das garantias inevitavelmente irá de encontro à tal otimização e ao teor do Requerimento nº 227, de 2008. Isso porque, nas comarcas onde houver um só juiz, a saída encontrada pelo projeto foi, sem meias palavras, simplesmente atribuir ao Poder Judiciário a responsabilidade e o custo – financeiro e social – decorrente da

implementação dessa figura, que, como já se disse, é completamente desnecessária à realidade brasileira.

Escalas de substituição, tal como indicado no artigo 678 do projeto, existem há anos no Poder Judiciário, sendo totalmente prescindível sua menção por esse dispositivo. Entretanto, dois outros pontos não são levados em consideração pelo projeto. O primeiro, relativo às enormes distâncias que um país continental pode apresentar entre comarcas, o que faz com que haja uma flagrante perda na agilidade, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, pois, em algumas localidades do país, a dificuldade de acesso a uma comarca pode determinar que o deslocamento – em regra, da autoridade policial – leve em torno de vinte e quatro horas. O segundo, pelo próprio ônus repassado à polícia judiciária, que recebe poucos recursos por parte do Poder Executivo, e nenhuma preocupação mereceu, ao menos nesse sentido, também por parte do projeto. Em suma, o problema não é a falta de juízes, senão a possível dificuldade/impossibilidade de acesso a quem irá figurar como juiz das garantias. E o seu resultado é mais que esperado, qual seja, a impunidade decorrente da falta de condições de a autoridade policial provocar a atuação judicial, seja nos exíguos prazos estabelecidos por lei, seja logo após a verificação de *urgência* nas investigações sob sua responsabilidade, que justifica os pedidos de ordem cautelar em sede de apuração.

Por fim, o projeto caminha no sentido contrário à tendência de redução da incidência do princípio *favor rei*, que concede mais e melhores armas ao réu, sem qualquer caráter compensatório e a título de mero favor. Essa tendência é facilmente verificada com a extinção do protesto por novo júri, o que ocorreu somente após fortes e justificadas críticas da comunidade internacional, em razão da situação absurda verificada em um processo de repercussão igualmente internacional. No mesmo sentido deveriam seguir, portanto, a pos-



sibilidade de somente o réu poder interpor embargos infringentes – distorção corrigida pelo Código de Processo Civil desde 1973 –, e a novel manifestação do réu, após a exposição oral do Ministério Público em segundo grau, quando o recurso seja da própria defesa (artigo 510).

Ao não seguir essa tendência, e mesmo respeitando-se todas as garantias constitucionais ao réu, o processo penal pátrio continuará apresentando casos nítidos de cerceamento de acusação, e o Brasil permanecerá sendo visto como um país permissivo e produtor de malabarismos jurídicos/legislativos endereçados à preservação da impunidade, esvaziando, por completo, aquela “necessidade de eficácia punitiva estatal” que deveria pautar o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.

### Conclusão

O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, deu um grande passo ao estabelecer, de modo expresse, qual o sistema de processo a ser adotado pelo Brasil, havendo optado, em vista disso, pelo sistema acusatório.

Vários são os seus méritos, ao corrigir diversos problemas que atingem o processo penal como um todo. Mas, no que diz respeito à invocação desse mesmo sistema para o aparecimento de novas figuras ou estabelecimento de certas rotinas/formas de proceder, o projeto ficou muito a dever.

Essa dívida se fez sentir, a começar, na fase de investigação, com a criação do juiz das garantias, que nada tem a ver com o sistema acusatório, e que é totalmente prescindível aos olhos da doutrina e jurisprudência internacionais. Em sequência, tal dívida segue com a estruturação do perfil do juiz na fase processual, que passa a ser, quando da produção de provas, totalmente tendencioso, parcial e, o que é pior, cujo correspondente histórico só é encontrado – quem diria – justamente no sistema inquisitivo, cujos postulados são,

ao menos em tese, opostos aos do sistema acusatório proposto pelo projeto. Por fim, essa dívida se encerra com a equiparação entre os institutos da acusação e da denúncia, e concessão de mais e melhores armas ao réu, sem que haja qualquer justificativa para isso, sendo fruto, portanto, de um mero favor a ele alcançado.

Por essa soma de fatores, esperamos que os focos de incongruência sistêmica possam ser sanados a tempo por aquela Casa Legislativa, a fim de que o futuro processo penal brasileiro esteja realmente estruturado segundo os postulados do sistema acusatório.

### Referências

AMODIO, Ennio. O modelo acusatório no novo código de processo penal italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 15, n. 59, p. 125-155, jul./ set. 1990.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008a.

\_\_\_\_\_. Reflexões em torno de um novo código de processo penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 61, p. 113-131, 2008b.

\_\_\_\_\_. *Código de instrução criminal francês de 1808*. Curitiba: Juruá, 2008c.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público de Segundo Grau na Visão do STF. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, nº 16, p. 171-194, 2008d.

\_\_\_\_\_. A teoria da (indi)gestão da prova. Disponível em: <<http://www.intra.mp.rs.gov.br/opiniao/>>. Acesso em: 17 abr. 2009a.

\_\_\_\_\_. A atividade probatória *ex officio judicis* na recente reforma processual penal. Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=334](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=334)>. Acesso em: 22 jul. 2009b.

AULO GELIO. *Noches áticas. antología*. Tradução de Francisco García Jurado. Madrid: Alianza, 2007.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas. Con el Comentario de Voltaire*. 1 ed. 1. reimpressão. Traduzido por Juan Antonio de las Casas. Madri: Alianza, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO,

Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1 ed. 2 tir. Brasília Jurídica, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. 2 reimp. Coimbra: Almedina, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. Roma: Dell'Ateneo, 1946. v. 1.

CASTANHEIRA NEVES, A. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 2. Coimbra, 1995.

CÍCERO, Marco Túlio. *Sobre o destino*. IX. Tradução de José Rodrigues Seabra Filho. Tradução de *De Fato*. São Paulo: Nova Alexandria, 2001.

\_\_\_\_\_. *Sobre el orador*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Traduzido por José Javier Iso. Tradução de *De Oratore*. v. 300. Madri: Gredos, 2002.

\_\_\_\_\_. *Verrinas - La Pretura de Roma*. Segunda Sesión, Discurso Primero. In: \_\_\_\_\_. *Discursos*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Traduzido por José María Requejo Prieto. Madri: Gredos, 2000. v. 46, t. I, p. 105-188. Tradução de *Verrinas*.

COMOGLIO, Luigi Paolo; ZAGREBELSKY, Vladimir. Modelo acusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, a. 36, Fasc. 2, p. 435-492, abr./ jun. 1993.

OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1988.

ESMEIN, A. *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis de XIII siècle jusqu'à nos jours*. Paris: L. Larose et Forcel, 1882.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

ILLUMINATI, G. *La Presunzione d'innocenza del imputato*. Bolonia: Zanichelli, 1979.

INSTRUÇÕES de Torquemada. Compilação das instruções do ofício da santa inquisição, feitas pelo mui reverendo senhor Tomás de Torquemada. Pior

do Monastério da Santa Cruz de Segóvia, primeiro Inquisidor-Geral dos Reinos de Senhorios de Espanha. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição espanhola e seu processo criminal*. As instruções de Torquemada e Valdés. Curitiba: Juruá, 2008.

INSTRUÇÕES de Valdés. Compilação das instruções do ofício da santa inquisição, feitas em Toledo, ano de 1561. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição espanhola e seu processo criminal*. As instruções de Torquemada e Valdés. Curitiba: Juruá, 2008.

LANGER, Máximo. La Dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importancia de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

LOPES JR, Aury. A opacidade da discussão em torno do promotor investigador (mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa). *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, Ano 12, p. 10-11, n. 142, set. 2004.

LOZZI, Gilberto. *Favor rei e processo penale*. Milano: Giuffrè, 1968.

MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. In: *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RUBIANES, Carlos J. *Manual de derecho procesal penal*. 1 ed. 1 reimp. v. 1. Buenos Aires: De Palma, 1978.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

VOLTAIRE. Comentario sobre el Libro «de los delitos y de las penas» por un abogado de provincias. In: BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas. Con el Comentario de Voltaire*. 1 ed. 1 reimpressão. Traduzido por Juan Antonio de las Casas. Tradução de Dei Delitti e delle Pene y Commentaire sur le Livre «Des Délits et des Peines». Madri: Alianza, 2002.

WEBER, Max. A objetividade do conhecimento nas ciências criminais. In: COHN, Gabriel. *Introdução*. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 1986.

# A urgência de um novo Código de Processo Penal

Renato Casagrande

A gravíssima conjuntura de violência que se observa no País exige que avancemos no sentido da eficácia da sanção penal. Em prol da segurança e da previsibilidade jurídicas, precisamos dotar a Nação de uma legislação processual penal capaz de funcionar como instrumento de celeridade e eficaz distribuição de justiça.

É flagrante e inquestionável a necessidade de conformação da legislação processual penal à Carta de 1988. É patente a necessidade de dotar o Brasil de um Código de Processo Penal (CPP) moderno, na perspectiva de um processo que assegure, com eficiência e presteza, a aplicação da lei penal, sem prejuízo das garantias democráticas previstas no texto constitucional.

O atual CPP data de outubro de 1941, editado por Decreto-lei em pleno Estado Novo, com o Congresso Nacional fechado. Trata-se de um diploma inadequado à realidade contemporânea. O tempo presente exige um estatuto que prime pela eficiência, que não abrigue formalismos e procrastinações destituídos de sentido, que contribua para tornar o processo penal mais simples, mais célere e democrático.

Embora tenha sofrido várias alterações pontuais (algumas muito recentes, como as empreendidas pelas Leis nºs 11.689, 11.690, 11.719, de 2008, e 11.900, de 2009), o CPP vem resistindo às tentativas de reforma mais abrangente. Depois da Constituição

Renato Casagrande é Senador da República pelo Estado do Espírito Santo. Relator-Geral da Comissão Temporária de Estudo da reforma do Código de Processo Penal.

de 1988, que tanto ajudou a oxigenar a interpretação das normas de processo penal por parte dos tribunais, o parlamento brasileiro ainda não teve a oportunidade de se dedicar à reforma integral do mencionado diploma, de modo a aproximar a lei ordinária ao novo paradigma constitucional.

Algumas nações da América do Sul reformaram seus códigos de processo penal em épocas relativamente recentes, como Argentina (1991), Paraguai (1998), Equador (2000) e Colômbia (2004). No Brasil, a última Comissão de Juristas a produzir um anteprojeto de reforma integral do CPP foi designada pelo então Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, no início da década de 80, da qual resultou o Projeto de Lei nº 1.655, de 1983, posteriormente retirado pelo Executivo. Hoje, não faltam proposições legislativas que modificam pontos específicos do CPP (aproximadamente 66 tramitando no Senado e 134 na Câmara dos Deputados), mas nenhuma propondo a reorganização de toda a normativa processual.

Por isso foi que propusemos, em março de 2008, a constituição de uma Comissão de Juristas para elaborar anteprojeto de um novo CPP, na perspectiva de reforma global do referido diploma. O Plenário do Senado Federal aprovou, então, o Requerimento nº 227, de 2008. Mais tarde, colhidas as indicações dos líderes partidários, o então Presidente do Senado, Senador Garibaldi Alves Filho, designou os membros da Comissão Redatora.

Instalada em 09 de julho de 2008, a Comissão foi composta por destacados profissionais e estudiosos do direito processual penal brasileiro. A par das qualidades intelectuais de cada um dos juristas designados, o Presidente do Senado também não perdeu de vista a representatividade das instituições que operam diariamente com a matéria (magistratura, ministério público, polícia judiciária e advocacia).

Ao todo, nove membros compuseram a referida Comissão: Antonio Corrêa (Juiz

Federal); Antônio Magalhães Gomes Filho (Advogado e Professor da USP); Eugenio Pacelli (Procurador Regional da República); Fabiano Augusto Martins Silveira (Consultor Legislativo do Senado); Félix Valois Coelho Júnior (Advogado e ex-Secretário de Justiça do Amazonas); Hamilton Carvalhido (Ministro do STJ); Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Advogado e Professor da UFPR); Sandro Torres Avelar (Delegado Federal e Presidente da ADPF); Tito de Souza Amaral (Promotor de Justiça).

Tendo sido coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, com a relatoria do Dr. Eugenio Pacelli, a Comissão trabalhou exaustivamente buscando superar impasses institucionais e retomar o movimento de ampla reforma do CPP, com vistas a garantir unidade e sistematicidade à legislação processual penal brasileira.

O trabalho foi realizado a partir de uma visão ampla do que deva ser a nova legislação processual penal do País, garantindo-se, assim, a harmonia e coerência plena do novo modelo processual. No dia 22 de abril deste ano, presenciamos a entrega solene do anteprojeto ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney. Ato contínuo, o texto foi transformado no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156, de 2009, que *reforma o Código de Processo Penal*.

Estamos agora na fase de apreciação do projeto de Código, para o que foi designada Comissão Temporária de Estudo composta por onze Senadores, tendo sido fixado o calendário de tramitação do PLS nº 156, de 2009, e de outras várias proposições que lhe foram anexadas, na forma do art. 374 do Regimento Interno do Senado Federal.

Para assegurar legitimidade ao projeto de Código, realizamos várias audiências públicas destinadas a ouvir os comentários, críticas e propostas das instituições e entidades associativas diretamente envolvidas no sistema de justiça criminal. Além das audiências de Brasília (04 e 18/06), estivemos nas cidades do Rio de Janeiro (15/06), São Paulo (29/06), Recife (10/07),

Porto Alegre (10/08), Goiânia (20/08) e Vitória (24/08).

Em que pesem algumas divergências conceituais superáveis com diálogo e bom debate, as audiências deixaram claro que todos os atores comungam da mesmíssima opinião: tarda a hora de construirmos um novo CPP, e que esta será uma das missões mais nobres e desafiadoras do parlamento brasileiro.

Como já ressaltado, o atual CPP, nos seus quase sessenta e oito anos de vigência e a despeito das inúmeras alterações de que tem sido alvo, revela-se hoje inadequado às exigências de celeridade e eficácia do provimento jurisdicional, sem falar nos seus vínculos ideológicos totalmente defasados em relação às garantias processuais estabelecidas na *Constituição Cidadã*.

Há vasta literatura jurídica que aponta criticamente para os principais problemas e insuficiências do CPP. O que falta é fazer essa discussão com toda a sociedade brasileira. Como afirmado, mais do que proceder a alterações pontuais do atual diploma, impõe-se uma profunda revisão estrutural e de concepção.

O atual Código conserva ainda muito vícios inerentes ao pensamento autoritário que dominou sua época. Em inúmeros de seus dispositivos, notam-se claramente traços inquisitoriais que fragilizam direitos e garantias constitucionais do acusado. Esquece da vítima. Permanece refém de um excessivo formalismo. Revela-se, por fim, assistemático e confuso em alguns dos seus títulos e capítulos, depois de tantas alterações parciais.

O projeto de Código pretende fazer a guinada do processo penal brasileiro ao chamado modelo acusatório, no qual restam perfeitamente delineadas as funções do juiz, da acusação e da defesa. Nele, aprofundam-se a publicidade do processo e a participação das partes conforme os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Entre os diversos temas que compõem o PLS nº 156, de 2009, destacaríamos: a

presença do advogado na fase de interrogatório policial; a fixação de regras para as prisões provisórias; a melhor definição dos papéis de cada um dos sujeitos do processo penal; a previsão de novas medidas cautelares, oferecendo ao juiz outras alternativas além de prender e soltar; a alienação cautelar dos bens sequestrados; a medida de indisponibilidade dos bens; estratégias tendentes à racionalização do sistema recursal; o capítulo dedicado aos direitos das vítimas; o aumento do número de jurados no Tribunal do Júri, bem como a possibilidade de comunicação entre eles.

Observa-se, pois, que a proposta alinha-se à melhor doutrina jurídica, na medida em que consolida a orientação segundo a qual o juiz não deve ocupar função de proeminência na persecução penal. Até porque existe um órgão específico para cuidar da acusação – o Ministério Público.

Com efeito, pleiteia-se a aproximação entre Polícia e Ministério Público, uma vez que, de acordo com a proposta, o trâmite do inquérito policial ocorrerá diretamente entre essas duas instituições. Ao magistrado, por seu turno, compete o papel de juiz das liberdades públicas, sem ter a responsabilidade de movimentar o inquérito policial. A propósito, a terminologia adotada é muito sugestiva: juiz das garantias.

Precisamos estudar, ainda, todos os impactos da introdução dessa nova personagem na cena processual brasileira. Mas, em tese, o seu objetivo é nos fazer lembrar que jurisdição não é investigação, nem acusação. Tampouco defesa. Trata-se, antes, do julgamento imparcial de um caso concreto conforme o Direito vigente.

Em resumo, o PLS nº 156, de 2009, trouxe muitas inovações. É certo que alguns ajustes serão necessários para aprimorar o texto original, como é típico do processo legislativo. Mas o desafio está lançado. Felizmente temos um ponto de partida, e não podemos perder mais uma oportunidade como essa que se apresenta aos nossos olhos. Estamos convencidos de que

as questões puramente corporativas devem ser deixadas de lado em prol de um objetivo comum mais elevado.

Com efeito, para mitigar a terrível sensação de impunidade que grassa no seio social – sensação, aliás, de consequências extremamente nefastas para a credibilidade das instituições e para a estabilidade do regime democrático – é fundamental que o novo CPP assegure maior rapidez no trâmite processual e nas decisões judiciais na área penal.

Vale lembrar, inclusive, que o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, prevê expressamente o princípio da duração razoável do processo, erigindo ao *status* de garantia constitucional o direito à rápida prestação jurisdicional.

O fundamento a embasar esse novo preceito constitucional é que a decisão judicial deve ser o mais pronta possível, de modo a conservar sua utilidade e adequação ao interesse reclamado. No âmbito penal, a duração razoável do processo é incompatível tanto com a espera indefinida da resolução do conflito, quanto com a possibilidade concreta de prescrição.

Ao acusado interessa ver sua situação jurídica definida com rapidez. À sociedade interessa que não haja impunidade e que a justiça seja feita, contribuindo para a restauração do equilíbrio social rompido com o crime.

No entanto, esse avanço no sentido de um processo penal célere há de ser rigorosamente compatibilizado com o resguardo dos direitos e garantias individuais estabelecidos na Carta Magna e nos tratados internacionais de que o Brasil é parte, com destaque para o Pacto de San José da Costa Rica.

Esse é, portanto, um dos muitos e colossais desafios para o Poder Legislativo: partindo do excelente trabalho produzido pela Comissão de Juristas e ouvindo os diversos setores da sociedade, gerar um novo CPP capaz de, a um só tempo, garantir agilidade ao trâmite das ações penais e assegurar o pleno exercício das garantias individuais, preservando o equilíbrio exigido pelo nosso sistema constitucional entre as necessidades de segurança pública e o respeito aos direitos da pessoa humana.



# A presença do cidadão na reforma do júri

## Observações sobre a Lei nº 11.689/08 e o Projeto de Lei nº 156/09

René Ariel Dotti

### Sumário

I. Introdução. § 1º Um depoimento pessoal § 2º O Projeto de Lei nº 156/09. II. A competência do Tribunal do Júri. III. O alistamento dos jurados. IV. O sorteio, a convocação e a recusa. V. A função do jurado. VI. Impedimento do jurado. VII. Suspeição do jurado. VIII. O compromisso solene. IX. A formação pessoal do livre convencimento. X. Atuação na instrução em plenário. XI. Intervenção nos debates e exames de prova. XII. Redação e leitura do questionário.

### I. Introdução

#### § 1º Um depoimento pessoal

Uma proposta de mudança legislativa, independentemente de sua natureza e extensão, frequentemente gera resistências. Elas podem provir de pessoas e de órgãos que procuram conservar o *status quo* por interesse material ou de outra ordem, ou resultar de prejuízos, reais ou imaginários, que a nova ordem positiva poderá provocar. Ou, ainda, mas não por último, de oposição científica ou acadêmica.

Meus colegas de comissões de juristas instituídas no Ministério da Justiça e eu pudemos avaliar essas hipóteses durante os trabalhos de elaboração dos anteprojetos de reforma da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Um simples exemplo serve para mostrar uma parte do universo de inquietações que se multipli-

René Ariel Dotti é Advogado. Professor Titular de Direito Penal da UFPR. Membro de Comissões de Reforma do Sistema Criminal Brasileiro (1979-2000). Corredator dos anteprojetos que se converteram na Lei nº 7.209/84 (nova Parte Geral do Código Penal) e Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Relator e revisor do anteprojeto de reforma do procedimento do júri, convertido no Projeto de Lei nº 4.900, de 1995, da Câmara dos Deputados. Detentor da Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados (2007).

cam para compor uma espécie de *provação bíblica*. Ele consistiu na erradicação do sistema do duplo binário (pena + medida de segurança). A contradição era insanável: como aplicar a medida de segurança (no pressuposto da periculosidade) após cumprida a pena privativa de liberdade, que deve ter, entre as suas finalidades, a ressocialização do condenado?<sup>1</sup> Houve severas críticas de alguns penalistas e artigos de imprensa denunciaram o que seria a abertura dos manicômios para comprometer a segurança pública. Uma outra novidade, a institucionalização das penas restritivas de direito foi considerada, por críticos amargos, como um passaporte para a impunidade. Hoje, passados 25 anos da reforma penal e penitenciária, pode-se afirmar que não se produziu o efeito dos “loucos nas ruas” e que os trabalhos gratuitos em favor da comunidade caracterizam uma das modernas formas de reação penal e de utilidade social para os delitos de menor gravidade.

Sinto-me à vontade para prestar esse *depoimento pessoal* também quanto ao projeto de uma lei autônoma para a execução penal. Uma objeção, carregada de indiferença pelos Direitos Humanos, apregoava que o sistema proposto era inexecutável em face das liberdades e dos direitos conferidos aos presos. Em outras palavras: o Estado que sacrifica a liberdade por meio da pena não teria meios humanos e materiais para assegurar a garantia constitucional mínima prevista na Constituição revista de 1969: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 153, §14).

A mesma experiência de dúvidas e incertezas eu vivi como relator e revisor do anteprojeto sobre a reforma do procedimento do júri, desde a minha indicação para participar das comissões de redação e revisão instituídas pelo Ministro Sálvio de Figuei-

<sup>1</sup> Exposição de Motivos da nova Parte Geral do CP: “Das medidas de segurança. 87. Extingue o Projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços”.

redo Teixeira<sup>2</sup>, até a minha renúncia, no ano de 2000, em solidariedade ao Ministro José Carlos Dias, que se afastou voluntariamente da Pasta da Justiça. Após amplo debate em reuniões internas e externas e eventos acadêmicos com grande número de participantes, a minha contribuição foi acolhida para se converter no Projeto de Lei nº 4.900, de 1995, da Câmara dos Deputados.<sup>3</sup> Mas, durante aqueles processos de meditação, redação, discussão e publicação do *disegno di lege*, eu pude avaliar as opiniões sensatas para aprimorar o texto e as manifestações de intolerância que se opunham à mudança. A supressão do questionário complexo, fonte de nulidades, por um modelo simplificado de indagação e resposta, constituiu uma batalha em separado. Conforta-me saber, pelos profissionais que operam no tribunal popular, que o novo procedimento tem dado bons resultados.

Penso que em relação às inovações projetadas para um código de processo penal harmonioso com as conquistas do Estado Democrático de Direito também ocorrerá a mesma resistência cultural. Escritores e professores que proclamam perante suas turmas de alunos e nos textos acadêmicos a importância dos princípios da ampla defesa, da contrariedade da instrução criminal e do devido processo legal não se constringem em negar as lições da cátedra para integrar o coro dos fundamentalistas do direito penal de emergência e para contribuir, por omissão, para o triunfo do *direito penal do inimigo*.

Afinal, os redatores do Projeto nº 156, de 2009<sup>4</sup>, devem estar espiritualmente

<sup>2</sup> Portarias nºs 3, de 10.6.1992 e 349, publicada no DOU de 17.9.1993, Seção II, p. 5277.

<sup>3</sup> Sobre o histórico da elaboração legislativa, vide dotti, René Ariel. “A reforma do procedimento do júri - Projeto de lei 4.900, de 1995”, em *Tribunal do Júri - Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, coordenação de Rogério Lauria Tucci (vários autores), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 288 e ss.

<sup>4</sup> O Projeto de Lei do Senado, nº 156, de 2009, doravante será referido apenas como *Projeto*.

preparados para uma reforma global do processo penal brasileiro, com as armas da convicção e da esperança, segundo as quais é a lei processual que deve girar em torno da Constituição, e não o contrário. Como acentua o Professor Eugênio Pacelli de Oliveira, “não é mais admissível compreender e muito menos seguir aplicando o processo penal sem a filtragem constitucional”.<sup>5</sup>

Uma declaração audaciosa, com a mesma coragem, embora em outro tempo e com diverso objetivo, foi feita há alguns séculos: é a Terra que se move em torno do Sol – como o centro do mundo planetário – e não o inverso. Seu autor foi levado ao Tribunal da Santa Inquisição e, para escapar da fogueira, foi obrigado a abjurar daquilo que era visto como uma heresia. Passaram os séculos e ninguém sabe ou lembra quem eram os inquisidores. Mas a humanidade não se esqueceu do visionário que, mesmo de joelhos, disse baixinho: “Eppur si muove”. Esse gênio foi – e continua sendo – Galileo Galilei (1564-1642).

As críticas, como o vento, passam. As verdades científicas ficam. Assim é e assim será com o projeto de hoje e lei de amanhã.

#### § 2º O Projeto de Lei nº 156/09

Relativamente ao Tribunal do Júri, a Exposição de Motivos ao Proj. de lei nº 156/2009, dispõe:

“Do ponto de vista instrumental, o anteprojeto acolhe os méritos de recentes reformas da legislação processual penal, notadamente as trazidas pela Lei nº 11.689, Lei nº 11.690 e Lei nº 11.719, todas do ano de 2008, além da Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, que alteraram, recente e profundamente, os procedimentos em processo penal (...) A se destacar, em matéria de procedimentos, a introdução no processo penal brasileiro de novas regras para o Tribunal do Júri,

<sup>5</sup> *Curso de Processo Penal*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3.

com o objetivo de permitir um processo muito mais ágil, sem qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa. A elevação do número de jurados de sete para oito demonstra a cautela com que se move o anteprojeto em temas de maior sensibilidade social. O julgamento por maioria mínima é e sempre será problemático, diante da incerteza quanto ao convencimento que se expressa na pequena margem majoritária. Naturalmente, tais observações somente fazem sentido em relação ao Tribunal do Júri, no qual se decide sem qualquer necessidade de fundamentação do julgado. Nos demais órgãos colegiados do Judiciário, o contingente minoritário vitorioso vem acompanhado de razões e motivações argumentativas, de modo a permitir, não só o controle recursal da decisão, mas, sobretudo, a sua aceitação. Não é o que ocorre no julgamento popular. Imponderáveis são as razões de condenação e da absolvição, tudo a depender de uma série de fatores não submetidos a exame jurídico de procedência. E os velhos e recorrentes problemas causados pelas nulidades na quesitação restam agora definitivamente superados. Com efeito, tratando-se de julgamento popular, no qual se dispensa a motivação da decisão, a soberania do júri deve ser definitivamente afirmada: ou se decide pela absolvição, ou, desde que por maioria qualificada, pende-se pela condenação, sem prejuízo de eventual desclassificação.”

#### II. A competência do tribunal do júri

Em obra reunindo diversos artigos sobre o tribunal popular, o seu coordenador, Rogério Lauria Tucci, escolheu muito bem o subtítulo: “Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira”.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> *Tribunal do Júri*, cit.

Antes mesmo da Independência (7.9.1822), a Lei de 18 de julho de 1822 instituiu, nos costumes jurídicos do Império, o tribunal popular, sob a influência e o estilo do Júri inglês. Originalmente, foi criado para julgar os delitos de imprensa.

Uma visita às *leis fundamentais* desde o Império brasileiro mostra que somente uma delas não incluiu expressamente o tribunal do povo em capítulos da organização judiciária ou da declaração dos direitos individuais. Veja-se:

Constituição de 25.3.1824. (*Dos Juízes e Tribunais de Justiça*): Art. 151. “O Poder Judicial é independente, e será composto de Juízes e Jurados, os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem”. Art. 152. “Os Jurados se pronunciam sobre o fato, e os Juízes aplicam a lei”. – Constituição de 24.2.1891.<sup>8</sup> (*Declaração de Direitos*)<sup>9</sup>: Art. 72, §31. “É mantida a instituição do júri”. – Constituição de 16.7.1934. (*Disposições Preliminares*)<sup>10</sup> Art. 72. “É mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei”. – Constituição de 10.11.1937. Omissa. – Constituição de 18.9.1946. (*Dos Direitos e das Garantias Individuais*)<sup>11</sup>: Art. 141, §28. “É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre impar o número de seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente de sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. – Constituição de 24.1.1967. (*Dos Direitos*

e das Garantias Individuais)<sup>12</sup>: Art.150, §18. “São mantidas a instituição e a soberania do júri que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.” – Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969. (*Dos Direitos e das Garantias Individuais*)<sup>13</sup>: Art. 153, §18. “É mantida a instituição do júri que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. (*Dos Direitos e das Garantias Individuais*) – Constituição de 5.10.1988. (*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*).<sup>14</sup> Art. 5º, inc. XXXVIII. “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude da defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Observações: (1) O tribunal popular foi reconhecido como expressão democrática por todas as Cartas Políticas, com exceção da Constituição de 1937, promulgada pela ditadura do Estado Novo (1937-1945), que o excluiu da relação dos órgãos do Poder Judiciário. A decisão dos jurados podia ser reformada quanto ao mérito, sob a vigência do Dec.-lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938. O art. 92, letra b, completava-se com o art. 96, assim redigido: “Se apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário do julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do júri nenhum apoio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para se aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso”.<sup>15</sup> (2) Houve, na época, opiniões sustentando a eliminação do Júri. Surgiu, então, o histórico pronunciamento de Magarinos Torres, que então presidia o Júri do Rio de Janeiro, para esclarecer que a omissão constitucional não implicava a re-

<sup>7</sup> Capítulo único do Título VI – *Do Poder Judicial*.

<sup>8</sup> A Constituição de 22 de junho de 1890 foi publicada pelo Decreto nº 510, da mesma data, mas para vigorar “desde já unicamente no tocante a dualidade das Câmaras do Congresso, à sua composição, à sua eleição e à sua função, que são chamadas a exercer, de aprovar a dita constituição, e proceder em seguida na conformidade suas disposições”.

<sup>9</sup> Seção II do Título IV – *Dos Cidadãos Brasileiros*.

<sup>10</sup> Seção I do Capítulo IV – *Do Poder Judiciário*, do Título I – *Da Organização Federal*.

<sup>11</sup> Capítulo II do Título IV – *Da Declaração de Direitos*.

<sup>12</sup> Capítulo IV do Título II – *Da Declaração de Direitos*.

<sup>13</sup> Idem, ibidem.

<sup>14</sup> Capítulo I do Título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*.

<sup>15</sup> Em ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro* Anotado. 4 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, vol.VI, p. 121.

vogação da legislação ordinária. O discurso por ele pronunciado, em 16 de novembro de 1937 – seis dias após a edição da constituição polaca –, encerra com estas palavras: “O júri, entretanto, subsiste. Cuidemo-lo dele com o zelo que merece”.<sup>16</sup> (3) Um dos clássicos erros judiciários decorrentes da supressão da soberania do julgamento popular, foi a condenação dos irmãos Naves à pena de 25 anos e 6 meses de prisão celular, pelo Tribunal de Apelação de Minas Gerais (4.7.1939), ao dar provimento ao recurso contra a segunda absolvição dos réus pelo Tribunal do Júri, acusados pela morte de um comerciante. Após cumprirem a metade da pena (reduzida, em grau de revisão, a 16 anos e seis meses), obtiveram o livramento condicional. Anos mais tarde, o “morto” apareceu na cidade. Os irmãos Naves pleitearam a indenização pelo erro, mas somente um deles recebeu, porque o outro faleceu antes da decisão.<sup>17</sup> (4) A Carta liberal de 1946 alçou o tribunal do povo ao Capítulo dos direitos e das garantias individuais. (5) A Constituição Federal de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969, foram editadas sob a vigência dos Atos Institucionais baixados pelos governos militares e restringiram a declaração de garantias previstas na Constituição anterior. (6) A referida Emenda nº 1, de 1969, suprimiu a garantia da soberania das decisões, abrindo possibilidade para o julgamento do mérito dos crimes contra a vida pelo Tribunal de Justiça em grau de apelação, caracterizando intolerável retrocesso marcado pela Constituição de 1937. (7) A *lei fundamental* de 1988 restabeleceu as garantias da CF 1946, salvo quanto à exigência do número ímpar de jurados. O *Projeto* prevê o número de 8 membros (art. 349). Não me parece

necessária e nem oportuna essa mudança. Há uma tradição brasileira nos órgãos judiciários quanto ao número ímpar de sua composição. O Supremo Tribunal Federal tem cinco membros em cada Turma e onze no plenário; as Turmas do Superior Tribunal de Justiça têm cinco juízes e os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça estaduais têm três. (8) A *cláusula de reserva* da competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida prevista na Constituição de 1988 não exclui a possibilidade da lei ordinária ampliar as hipóteses para outras infrações, dolosas ou culposas, que revelem na sua prática características e violações de direitos e interesses imediatos da população. Servem como exemplos os delitos de trânsito, os crimes contra o meio ambiente, contra o consumidor e contra a economia popular.

### III. O alistamento dos jurados

§ 1º *Ampliação do número de cidadãos alistados*. Dispositivo revogado: Previa o número de 300 (trezentos) a 500 (quinhentos) no Distrito Federal e nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil habitantes) e 80 (oitenta) a 300 (trezentos) nas comarcas ou termos de menor população (art. 439, primeira parte). Dispositivo vigente: Estabelece o número de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos), nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes, e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população (art. 425).

§ 2º *Maior universo de grupos sociais*. Dispositivo revogado: O juiz elaborava a lista requisitando a indicação de cidadãos que reunissem as condições legais, junto às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas (art. 439, segunda parte). Dispositivo vigente: Além dessas fontes, mais as seguintes: a) associações de bairros; b) entidades associativas; c) entidades cultu-

<sup>16</sup> Em AZEVEDO FRANCO, Ary. *O Júri e a Constituição Federal de 1946*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1950, p. 10 a 14 (Mantida a acentuação original. Os destaques em itálico são meus).

<sup>17</sup> DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 3 ed. “O caso dos irmãos Naves”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 108 e ss.



rais; d) instituições de ensino em geral; e) universidades; f) outros núcleos comunitários (art. 425, §2º).

§ 3º *A divulgação dos assuntos inerentes à função do jurado.* Não havia disposição anterior. Disposição vigente: Com a lista geral publicada pela imprensa e divulgada em editais afixados na porta do Tribunal do Júri, serão transcritos os arts. 436 a 446 do Código (art. 426, §2º).

§ 4º *O controle dos nomes e endereços da lista geral.* Dispositivo revogado: Os nomes e endereços dos alistados deveriam ser lançados em cartões iguais que, verificados na presença do órgão do Ministério Público, ficariam guardados em urna fechada a chave sob responsabilidade do juiz (art. 440). Dispositivo vigente: A verificação é feita na presença do Ministério Público, de advogado indicado pela seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de defensor indicado pelas Defensorias Públicas competentes, sendo que permanecem guardados em urna fechada, sob a responsabilidade do juiz presidente (art. 426, §3º).

§ 5º *A eliminação do "jurado permanente".* Não havia disposição anterior. Dispositivo vigente: "O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederam a publicação da lista geral dela fica excluído" (art. 426, §4º).

Observações: (1) O crescimento da população brasileira, considerando-se o tempo da entrada em vigor do Código de Processo Penal (1º.1.1942), e o tempo da publicação da Lei nº 11.689/08, além da lamentável estatística progressiva dos crimes dolosos contra a vida e a conseqüente criação de novos ofícios e tribunais populares, impunham a ampliação do alistamento. O *Projeto* conserva esses números e acrescenta: "... observando-se, sempre que possível, a proporcionalidade entre homens e mulheres" (art. 327). Esse complemento se harmoniza com o princípio da igualdade entre homens e mulheres quanto aos direitos e obrigações, nos termos da Constituição (art. 5º, I). (2) Os debates e o julgamento pelo Júri constituem

formas democráticas de acesso do cidadão para a prestação da justiça e um dos meios didáticos de prevenção e de repressão da violência e da criminalidade. Era indispensável, portanto, que, além de ampliação dos centros de requisição dos juizes de fato, houvesse uma *cláusula salvatória*, ou seja, a previsão de pesquisa em outros núcleos sociais. O *Projeto* mantém o dispositivo vigente (art. 327, §2º) e contém uma regra de notável expressão democrática, ao instituir a seguinte faculdade: "Qualquer cidadão que preencha os requisitos legais poderá se inscrever para exercer a função de jurado" (art. 327, §3º). O sistema legal em vigor e a criação do direito de ser jurado mostram a diferença do modelo autoritário anterior, segundo o qual o alistamento era feito "pelo juiz-presidente do júri (...) mediante escolha por conhecimento pessoal ou informação fidedigna (...)" (art. 439). (3) O cidadão-jurado, na perspectiva da Reforma, não poderia manter-se em uma posição passiva quanto ao conhecimento e à avaliação de seus deveres e direitos enquanto magistrado temporário. Os arts. 436 a 446 do Código de Processo Penal regulam a função do jurado quanto aos seguintes aspectos: a) obrigatoriedade do serviço do Júri, a salvo de preconceitos de qualquer natureza (CF, art. 5º, XLI e XLII); b) a sanção pecuniária pela recusa injustificada ao serviço do Júri e a expedição da relação das pessoas isentas de prestá-lo; c) a obrigação de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, imposta a quem se recusar ao serviço do Júri fundado em convicção religiosa, filosófica ou política; d) presunção de idoneidade moral e direitos obtidos pelo exercício efetivo da função de jurado; e) proibição de desconto nos vencimentos ou salário do jurado sorteado que comparecer à sessão do tribunal popular; f) previsão de multa a ser aplicada ao jurado que, sem causa legítima, deixar de comparecer no dia marcado para a sessão ou retirar-se antes de ser dispensado pelo presidente; g) hipóteses de aceitação de escusa fundada



em motivo relevante e dispensa dos trabalhos; h) a previsão da responsabilidade criminal do jurado nos mesmos termos em que o são os juízes togados por fato praticado no exercício da função ou a pretexto de exercê-la; i) aplicação, aos suplentes, quando convocados, dos dispositivos relativos às dispensas, às faltas, às escusas e à equiparação da responsabilidade penal. (4) O controle acerca dos nomes e endereços dos jurados que compõem a lista é da maior importância, não somente quanto à visibilidade dos atos do chamamento dos cidadãos, como também para evitar inclusões ou exclusões indevidas. (5) Um dos graves problemas do sistema anterior era a presença do jurado permanente ou habitual, que tinha seu nome mantido na relação da lista geral. Em Curitiba, chegou a ser criado um tipo de associação de membros do tribunal popular. A Reforma acaba com essa prática altamente nociva, que estimulava uma forma de *profissionalismo* do juiz de fato. O Projeto mantém o dispositivo vigente (art. 328, §4º). (6) O tema da seleção dos *juízes de fato* estimula debates e análises, com o objetivo de sensibilizar os *juízes togados* e os demais operadores do Tribunal do Júri, aprimorando a qualidade dos conselhos de sentença e, por via de consequência, dos julgamentos.<sup>18</sup>

#### IV. O sorteio, a convocação e a recusa

“§ 1º O sorteio de jurados para a reunião periódica. Dispositivo revogado: O sorteio deveria ser a portas abertas e um menor de 18 (dezoito anos) tiraria da urna geral as cédulas com os nomes dos 21 (vinte e um) jurados, que seriam recolhidas em outra urna, ficando a chave respectiva em poder do juiz. Tudo seria reduzido a termo pelo

escrivão, em livro destinado a esse fim (art. 428). Dispositivo vigente: Também a portas abertas, o sorteio é realizado pelo juiz, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, na presença do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública, previamente intimados para esse ato (arts. 432 e 433).

§ 2º *A convocação para comparecimento à reunião periódica*. Dispositivo revogado: A convocação era feita por edital e convite nominal (art. 429 c/c o art. 427). Dispositivo vigente: A convocação é feita pelo correio “ou qualquer outro meio hábil” (art. 434).

§ 3º *A divulgação dos assuntos inerentes à função do jurado*. Não havia disposição anterior. Dispositivo vigente: No mesmo expediente de convocação serão transcritos os arts. 436 a 446 do Código (art. 434, parágrafo único).

§ 4º *O conteúdo do edital de convocação*. Dispositivo revogado: O edital, afixado à porta do edifício do tribunal “e publicado pela imprensa, onde houver”, nele constando o dia do júri e o convite nominal aos jurados para o comparecimento “sob as penas da lei” (art. 429). Dispositivo vigente: O edital, afixado na porta do edifício do Tribunal do Júri, conterà, além da relação dos jurados convocados, os nomes do acusado e dos procuradores das partes, “além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento” (art. 435).

§ 5º *A recusa ao comparecimento*. Dispositivo revogado: A recusa ao serviço do Júri, por convicção religiosa, filosófica ou política, importará a perda dos direitos políticos (art.435). Dispositivo vigente: A recusa originará o dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos enquanto não for prestado o serviço imposto (art. 438).

<sup>18</sup> Especificamente sobre o assunto, BONFIM, Edilson Mougenot. “O seccionamento dos jurados, a questão da ‘notória idoneidade’ e a boa formação do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri”. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 309-693 e ss.

Observações: (1) Vide as observações retro quanto ao controle acerca do alistamento dos jurados (§4º, Cap. III). (2) O serviço de correio ou qualquer outra via hábil de comunicação, atende ao princípio constitucional da razoável duração do processo e caracteriza “um dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (CF, art. 5º, LXXVIII). O Projeto mantém o dispositivo vigente (art. 336). (3) Vide as observações retro (§3º, Cap. III). O Projeto mantém o dispositivo vigente (art.336, parágrafo único). (4) O edital de convocação dos jurados é outro meio tradicional de comunicação de atos processuais, que exige, para maior eficiência, a indicação de nomes e endereços dos protagonistas do processo, além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento. O modelo vigente altera a rotina que anteriormente previa a instrução perante o juiz togado e não perante o Júri. O Projeto mantém o dispositivo vigente (art. 337). (5) O serviço alternativo consiste em atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esse fim. O juiz fixará o serviço em atenção aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade (art. 438, §§1º e 2º). O *Projeto* mantém o mesmo dispositivo, com uma alteração e um complemento, ambos relevantes: a) estabelece que o juiz determinará o serviço alternativo “de modo a não prejudicar as atividades laborais do cidadão”; b) determina que, “sempre que possível, o corpo de jurados observará a proporcionalidade entre homens e mulheres” (art. 340, §§2º e 3º).

#### V. A função do jurado

“§ 1º A capacidade para o exercício da função. Dispositivo revogado: Maiores de 21 anos (art. 434). Dispositivo vigente: Maiores de 18 anos (art. 436).

§ 2º A isenção em função da idade. Dispositivo revogado: Maiores de 60

anos (art. 434). Dispositivo vigente: Maiores de 70 anos que requeram dispensa (art. 437, IX).

§ 3º O *direito/dever para todos*. Não havia disposição anterior. Dispositivo vigente: Nenhum cidadão pode ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução (art. 436, §1º).

§ 4º O *direito/dever para todos*. Dispositivo revogado: O efetivo exercício da função de jurado constitui serviço público relevante, estabelece presunção de idoneidade moral e assegura prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo, e preferência, em igualdade de condições, nas concorrências públicas (art.437). Dispositivo vigente: Mantém esses direitos, substituindo a palavra “concorrências” por “licitações” e acrescentando o provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária (art.440).

§ 5º *Desconto nos vencimentos*. Não havia disposição anterior. Dispositivo vigente: Nenhum desconto será feito nos vencimentos ou no salário do jurado sorteado que comparecer à sessão do júri (art. 441).

§ 6º *Dispensa*. Não havia disposição anterior. Dispositivo vigente: O jurado somente será dispensado por decisão motivada do juiz presidente, consignada na ata dos trabalhos (art. 444).

§ 7º *Responsabilidade criminal* Dispositivo revogado: Os jurados eram responsáveis criminalmente, nos mesmos termos em que o eram os “juizes de ofício, por concussão, corrupção ou prevaricação” (art. 438). Dispositivo vigente: O jurado, “no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será

responsável criminalmente nos mesmos termos em que o são os juízes togados” (art.445).”

Observações: (1) O *Projeto* mantém o dispositivo vigente (art. 338), que se ajusta à capacidade para o alistamento eleitoral e o voto obrigatório (CF, art. 14 §1º, I). Também servem de referência os dispositivos sobre a imputabilidade penal (CF, art. 228 e CP, art. 27) (2) O *Projeto* mantém o dispositivo vigente (art. 339, IX). Não se aplica o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), que considera como tal a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos). (3) A norma está em harmonia com os preceitos constitucionais que repudiam a discriminação em qualquer de suas formas e pune gravemente o racismo (CF, art. 5º, XLI e XLII). O *Projeto* mantém o dispositivo vigente e acrescenta a hipótese de admitir o cidadão no serviço do Júri quando a deficiência física que apresenta for “compatível com o exercício da função” (art. 338, §1º). A orientação está de acordo com o princípio da dignidade humana, que pressupõe a inclusão social de todos. (4) Um dos problemas práticos que reduz a melhor contribuição do tribunal popular na administração da Justiça é a falta de disponibilidade dos cidadãos para se integrar nesse processo de colaboração cívica. Surge, então, a necessidade de se ampliar os direitos e benefícios como contraprestação. O *Projeto* mantém os mesmos direitos do dispositivo vigente, tanto no que se refere à presunção de idoneidade moral e prisão especial (art. 341), quanto à preferência nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária (art. 342). (5) A lei de Reforma consagrou a experiência prática de compensar o tempo empregado na função com a dispensa ao trabalho profissional, sem descontos na remuneração. O *Projeto* mantém o dispositivo vigente (art. 343). (6) O sentido da norma é evitar, ou no mínimo reduzir, os expedientes de dispensa de jurados que

não assumem o dever legal que lhes é imposto. O *Projeto* mantém o dispositivo vigente (art. 346). (7) A responsabilidade criminal do juiz de fato é uma exigência natural em face do relevo da função. O *Projeto* mantém o dispositivo vigente (art. 347), que é especial em relação à norma geral prevista no art. 327 do Código Penal, a qual estabelece o conceito ampliado de funcionário público.

## VI. Impedimento do jurado

Parágrafo único. *Relação das hipóteses.* Dispositivo revogado: São impedidos de servir no mesmo conselho marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora; irmãos e cunhados, durante o cunhadio; tio e sobrinho; padrasto, madrasta ou enteado (art. 462). Dispositivo vigente (I): O mesmo impedimento ocorrerá em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar (art.448, §1º). Dispositivo vigente (II): Aplica-se aos jurados o disposto sobre impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados (art. 448, §2º). Dispositivo vigente (III): Não poderá servir o jurado que: I – tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior; II – no caso de concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado;<sup>19</sup> III – tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado (art. 449).

Observações: (1) A fórmula adotada na Lei nº 11.689/08, para regular as hipóteses de impedimentos, suspeições e incompatibilidades, procura absorver as regras já vigorantes nos códigos de processo civil e processo penal, e acolher orientação da doutrina e da jurisprudência a respeito de situações atualmente não consagradas expressamente. Além dos impedimentos

<sup>19</sup> A nulidade daí resultante é absoluta (RT 653/343 e 681/338).

atualmente previstos (CPP art. 462), acrescentam-se outras hipóteses acima indicadas. (2) Correspondência entre os dispositivos vigentes e os dispositivos do *Projeto*: a) o art. 448, §1º, corresponde ao art. 350, §1º; b) o art. 448, §2º, corresponde ao art. 350, §2º; c) o art. 449 corresponde ao art. 351.

### VII. Suspeição do jurado

Parágrafo único. *Relação das hipóteses*. Dispositivo revogado: Previa a suspeição “em razão de parentesco com o juiz, com o promotor, com o advogado, com o réu ou com a vítima” (art. 458). Dispositivo vigente: Aplica-se aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados (art. 448, §2º).

Observações: (1) Assim como se estabelece a equiparação de funções públicas entre o juiz de fato e o juiz togado para efeito de responsabilidade criminal, a mesma orientação legal é fixada para os casos de suspeição. (2) O *Projeto* mantém o dispositivo vigente (art. 350, §2º).

### VIII. O compromisso solene

§ 1º A liturgia do juramento e soberania do veredicto. Dispositivo revogado e Dispositivo vigente: “Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça” (arts. 464 e 472).

§ 2º Decisão vinculada à prova dos autos. *Projeto* (art. 374).

Observações: (1) Um dos momentos de grande relevo nos trabalhos do Júri é o compromisso solenemente prestado. A liturgia adotada pelo juiz de fato ao responder, de pé e com o braço direito, “assim o prometo”, assume um caráter simbólico inerente à instituição e a sua responsabilidade humana e social. A *imparcialidade* é uma das exigências impostas à judicatura de modo geral (LC nº 35/79, art. 35, I; CPC, art. 125,

I; CPP, art. 251/256). A imparcialidade, a liberdade de consciência e a determinação de justiça são deveres indeclináveis e virtudes que caracterizam a soberania dos veredictos como um dos requisitos de existência e de funcionamento do tribunal popular (CF, art. 5º, XXXVIII, letra c). O jurado pode decidir acima e além das regras jurídicas, resolvendo em favor da justiça o conflito entre a lei e o direito. Essa liberdade para decidir segundo a sua livre convicção e as exigências da justiça constitui exceção à regra da fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX).

Embora não relacionado formalmente entre os órgãos do Poder Judiciário (CF art. 92), o Júri exerce a jurisdição criminal nos limites da Constituição e da legislação ordinária. Sob outro aspecto, a liberdade de consciência e o dever de justiça permitem que o juiz de fato reconheça causas supra-legais de exclusão de crime e de isenção de pena, máxime com a nova orientação legal para o questionário (arts. 482 e 483).

O jurado não está obrigado a motivar por escrito a sua decisão. As teses de acusação e de defesa são conhecidas e decididas pelos parâmetros morais e não em função de balizas legais. Essa liberdade de consciência era incompatível com o questionário tarifado do sistema anterior. Um dos exemplos que uma jurisprudência conservadora não admitia era o reconhecimento da coação moral irresistível sem a identificação do coator. Muitas absolvições foram anuladas em grau de apelação com esse entendimento. É oportuno referir o seguinte paradigma do Supremo Tribunal Federal:

“1) Júri. Quesitos (omissão). O julgamento de fato da coação irresistível envolve a formulação de pelo menos três quesitos, posto que pressupõe sempre três pessoas, o agente, a vítima, e o coator. 2) A omissão do quesito referente à figura do coator, bem como a indagação sobre o fato gerador da coação ocasiona vício insanável, passível de nulidade. 3)

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Pedido de 'habeas corpus' indeferido".<sup>20</sup>

Outra hipótese é a inexigibilidade de outra conduta que, na lição do mestre Assis Toledo,

"é a primeira e mais importante causa de exclusão de culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito".<sup>21</sup>

(2) O Projeto mantém o dispositivo vigente, mas introduz relevante acréscimo: "Em nome da lei (...) proferir a vossa decisão de acordo com a prova dos autos, a vossa consciência e os ditames da justiça" (art. 374). Trata-se de aplicar o princípio geral segundo o qual "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova" (CPP, art. 157).

### IX. A formação pessoal do livre convencimento

§ 1º *O conhecimento individual de atos.* Dispositivo revogado: Onde fosse possível, o juiz-presidente mandaria distribuir aos jurados cópias datilografadas ou impressas da pronúncia, do libelo e da contrariedade, além de outras peças que considerasse úteis para o julgamento da causa (art. 466, §2º). Dispositivo vigente: Após o compromisso, os jurados receberão cópias da pronúncia e, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo (art. 472, parág. ún.).

<sup>20</sup> STF HC 57374 Rel. Min. rafaél mayer 1ª. T. DJ: 17.03.1980.

<sup>21</sup> ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. Verbete nº 283, p. 328, grifo nosso.

§ 2º *Limites da decisão de pronúncia.* Dispositivo revogado: Na pronúncia, o juiz deve dar "os motivos de seu convencimento" (art. 408). Dispositivo vigente: "A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação (...)" (art. 413, §1º).

§ 3º *Proibições impostas às partes durante os debates.* Não havia disposição anterior. Dispositivo vigente: Durante os debates, as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: a) à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação; b) à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade em benefício ou prejuízo do acusado; c) ao silêncio do acusado; d) à ausência de interrogatório (art. 478).

§ 4º *Proibição de leitura de documento ou exibição de objeto.* Dispositivo revogado: Proibia, durante o julgamento, a produção ou leitura de documento que não tivesse sido comunicado à parte contrária, com a antecedência, pelo menos, de 3 (três) dias (art. 475). Dispositivo vigente: Além da leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado ou apresentado com a antecedência mínima e ciência à outra parte de até 3 (três) dias úteis, prévios à sessão (art. 479).

§ 5º *Medidas para prevenir o juízo antecipado da culpa.* Projeto. O acusado terá assento ao lado de seu defensor (art. 375, §5º). Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período que permanecer no plenário no júri, salvo em claras e restritas hipóteses (art. 376, §2º).

Observações: (1) A maior e mais eficiente participação da cidadania no processo e no julgamento realizado pelo tribunal popular implica oferecer antecipadamente ao juiz de fato o conhecimento de atos relevantes do processo. O conhecimento da decisão de pronúncia, apenas como juízo de admissibilidade da acusação perante o Júri, e do relatório do processo - sem abordar o mérito da acusação e da defesa



–, são necessários para a melhor integração do jurado à causa penal. O *Projeto* mantém o dispositivo vigente (art. 374, §1º). (2) A decisão de pronúncia não pode cometer o excesso de linguagem e nem a usurpação da soberania do voto popular. O dispositivo vigente consagra a orientação da doutrina e da jurisprudência<sup>22</sup>. É equivocado o precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 96.123 – SP, de 3.2.09), no sentido de que, com a superveniência da Lei nº 11.689/08 – que deu nova redação ao art. 478 do CPP, vedando às partes referirem-se à decisão da pronúncia durante os debates, não mais haveria a nulidade pelo abuso da linguagem e intervenção na livre convicção do jurado. Com efeito, em duas oportunidades o juiz de fato toma conhecimento individual da pronúncia: ao receber a cópia (CPP art. 472, parágrafo único) e ao ter acesso aos autos (CPP, art. 480, §3º).<sup>23</sup> O *Projeto* mantém o dispositivo vigente (art. 315, §1º). (3) O jurado deve decidir a causa pela formação pessoal de seu convencimento. Essa é a principal razão pela qual se proíbe à parte referir-se à decisão de outro órgão, no caso, o juiz togado. O uso de algemas fora das hipóteses restritas da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, configura abuso de autoridade. Essa orientação foi consolidada após o julgamento do HC 91952, no qual se decretou a nulidade da condenação imposta pelo Tribunal do Júri ao réu que esteve desnecessariamente algemado durante o julgamento. As hipóteses do silêncio do acusado e da ausência do interrogatório também não podem autorizar a formação de um convencimento negativo. Cabe ao Juiz-Presidente orientar os jurados sobre a disposição legal em análise (CPP, art. 497, IV e X). O *Projeto* mantém o dispositivo vigente com o necessário complemento: as partes não podem se referir “aos depoimentos prestados na

fase de investigação, ressalvada a prova antecipada” (art. 380, III). Essa regra proclama a estrutura acusatória do processo criminal. (4) O parágrafo único do art. 479 do Código de Processo Penal esclarece quais são os documentos e os objetos que somente podem ser lidos ou apresentados com a juntada prévia aos autos e ciência da parte contrária. O *Projeto* mantém os dispositivos vigentes. (5) O objetivo didático da lei impõe a necessidade de se preservar os direitos fundamentais. No dispositivo em análise, essa garantia individual não foi prevista na redação original do Código de Processo Penal e na Lei nº 11.689/08. Trata-se de uma conquista em harmonia com o princípio constitucional da *presunção de inocência* (art. 5º, LVII) e um meio efetivo para neutralizar o sentimento preconceituoso. Sobre a proibição do uso de algemas, vide a observação nº 3, supra.

#### X. Atuação na instrução em Plenário

§ 1º *Colheita da prova oral*. Dispositivo revogado: O jurado podia inquirir as testemunhas de acusação e defesa (arts. 467 e 468). Dispositivo vigente: O jurado pode formular perguntas ao ofendido, às testemunhas e ao acusado (art. 473, §§1º e 2º e art. 474, §2º).

§ 2º *Leitura de peças*. Dispositivo revogado: Previa o conhecimento de qualquer peça do processo, que seria lida pelo escrivão, por ordem do presidente (art. 466, §1º). Dispositivo vigente: Proíbe a leitura de peças “que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis” (art. 473, §3º).

§ 3º *Acareações e outras diligências*. Dispositivo revogado: Admitia somente a acareação entre testemunhas (art. 470) e a possibilidade do juiz dissolver o Conselho de Sentença para a “verificação de qualquer fato, reconhecida essencial para a decisão da causa, [que] não puder ser realizada imediatamente, o Juiz dissolva o conselho, formu-

<sup>22</sup> STF HC 93299 Rel. Min. Ricardo Levandowski - 1ª T. DJ: 24.10.2008.

<sup>23</sup> No sentido do texto, o precedente do STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ: 16.3.2009.



lando com as partes, desde logo, os quesitos para as diligências necessárias” (art. 477). Dispositivos vigentes: As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos (art. 473, §3º). O juiz dissolverá o Conselho se ocorrer situação idêntica à prevista anteriormente (art. 481).

Observações: (1) O jurado deve participar na instrução e nos debates e, como um juiz, deve aproveitar não só a prova oferecida pela parte como também a colhida por si mesmo. É natural, portanto, que o seu convencimento será melhor formado. No regime anterior, ele formulava perguntas somente às testemunhas. Embora os revogados arts. 468 e 469 não se referissem à inquirição do ofendido (em caso, por exemplo, de tentativa de homicídio), essa faculdade existia diante do conceito extensivo de testemunha como informante. Não era possível ao jurado fazer perguntas ao réu porque o sistema de monopólio judicial o vedava, conforme o revogado art. 187 do Código de Processo Penal: “O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas”. Somente com o advento da Lei nº 10.792/03 essa faculdade foi deferida às partes (art. 188). O Projeto mantém os dispositivos vigentes (arts. 375, §3º e 376, §1º). (2) A Reforma mudou a prática das excessivas e desgastantes leituras de peças, que não raramente eram requeridas pela defesa com o objetivo de alongar o tempo do julgamento e cansar os jurados. O Projeto mantém essa limitação (art. 375, §4º). (3) Com o advento da Lei nº 11.689/08, houve absoluta mudança no procedimento de instrução judicial da causa. Os arts. 406 a 412 do Código de Processo Penal estabelecem uma *instrução preliminar*, ao contrário do regime anterior, no qual a instrução ordinária alongava o tempo entre a denúncia e a pronúncia. Com a Reforma, a colheita da prova é essencialmente realizada no plenário do Júri. O Projeto mantém o dispositivo (art. 375, §4º).

## XI. Intervenção nos debates e exames de prova

§ 1º *O pedido de informação e esclarecimento ao orador*. Dispositivo revogado: O jurado tinha a faculdade de, a qualquer momento durante os debates ou na sala secreta e por intermédio do juiz, pedir ao orador que indicasse a folha dos autos onde se encontrava a peça por ele lida ou citada (art. 476, parágrafo único). Dispositivo vigente: Os jurados podem, a qualquer momento e por intermédio do juiz, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado (art. 480).

§ 2º *Acesso aos autos e aos instrumentos do crime*. Dispositivo revogado: O acesso era somente permitido quando o jurado estivesse recolhido à sala secreta (arts. 476 e 482). Dispositivo vigente: O acesso ocorre após encerrados os debates, porém, no plenário do julgamento, perante o público, e não na sala secreta (art. 480, § 3º).

Observações: (1) A Reforma ampliou a possibilidade de investigação da verdade material por parte do juiz de fato e estimula a sua atuação, e não a sua omissão durante os debates, como era comum no regime anterior. A regra ampliada permite conferir a sinceridade ou não da parte na exposição dos fatos e caracteriza uma referência de ética profissional. O Projeto mantém o dispositivo vigente (art. 382). (2)

O acesso antes do recolhimento à sala secreta oferece maior liberdade, ao contrário do que ocorria no momento próximo da votação. O Projeto introduz relevante modificação, ao retirar do texto do art. 480, §3º, a expressão “nesta fase do procedimento”, ou seja, após concluídos os debates. A redação proposta é esta: “Os jurados terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente”. Isto é, ainda durante a discussão da causa (art. 382, §3º).

## XII. Redação e leitura do questionário

§ 1º *A rotineira usina de nulidades.* Dispositivo revogado: (Art. 484 e parágrafo único). Dispositivo vigente: (arts. 482 e 483).

§ 2º *O Júri decide sobre o fato.* Não havia disposição anterior. Dispositivo vigente: O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido (art. 482).

§ 3º *Simplicidade, distinção, clareza e precisão.* Não havia disposição anterior. Dispositivo vigente: Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes (art. 482, parágrafo único).

§ 4º *A orientação diversificada do Projeto.*

§ 5º *O não conhecimento da tese da decisão: falso problema.*

§ 6º *O problema da troca de mão.*

§ 7º *Uma crônica de Olavo Bilac.*

observações: (1) A complexidade na redação e na compreensão dos quesitos tem provocado a proliferação de nulidades que comprometem o prestígio do Poder Judiciário e acarretam considerável perda de tempo, um esforço inútil de todos quantos participam do julgamento frustrado. São as múltiplas modalidades de erro judiciário, para além das hipóteses clássicas que versam sobre a autoria e a materialidade.

O saudoso J. F. Marques chegou a afirmar que a complicada e difícil euremática (sic)<sup>24</sup> dos quesitos e questionários, foi uma criação dos órgãos da superior instância,

<sup>24</sup> No original, a expressão heuremática foi grafada sem a letra h. Cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o termo significa o "complexo de normas para a aplicação dos heuremas". E por heurema entende-se a "prevenção ou cautela com o fim de assegurar a validade e eficácia dum ato jurídico" (Novo dicionário da língua portuguesa. RJ: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 891).

no exercício de útil política judiciária destinada a tentar corrigir os abusos do júri.<sup>25</sup> Esse trecho de sua lavra pode e deve ser considerado como um depoimento pessoal do pranteado mestre e ex-Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Na literatura nacional, uma das obras de maior prestígio profissional acerca da quesitação, é de autoria do Professor Marques Porto: *Júri – Procedimento e aspectos do julgamento*,<sup>26</sup> com várias reedições. Esse autor, em texto crítico após a publicação do Projeto de Lei nº 4.900, de 1995,<sup>27</sup> manifestou-se contrariamente à proposta de simplificação do questionário.

Pacelli de Oliveira pondera que as dificuldades de encaminhamento de questões jurídicas a pessoas sem conhecimento do Direito não são poucas (...). Não é por acaso que muitas anulações de processos do júri originam-se de equívocos tanto na formulação dos quesitos como na contradição das respostas.<sup>28</sup> O falecido Juiz togado, James Tubenclak, que durante muito tempo presidiu o Conselho de Sentença, também prestou valioso testemunho: Em nossa visão crítica, concluímos definitivamente que a causa exclusiva, geradora da deficiência dos quesitos em proporção alarmante, situa-se na deficiência da lei<sup>29</sup>. O depoimento do prestigiado mestre de processo

<sup>25</sup> MARQUES, José Frederico. *O Júri*. Coletânea Estudos de Direito Processual Penal. RJ: ed. Forense, 1960, p. 235, grifo nosso.

<sup>26</sup> MARQUES PORTO, Hermínio Alberto. *Júri – Procedimentos e aspectos do julgamento*. Questionários, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

<sup>27</sup> Mensagem nº 1.272/94, Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1995.

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2007, p. 559, (grifo nosso). O exímio processualista entende que o interrogatório do réu deve merecer um quesito específico "ainda que em aparente conflito com as teses apresentadas pela defesa técnica" (Ob.cit., p. 560). Essa hipótese está incorporada na Lei nº 11.689/2008 (Parágr. ún. do art. 482).

<sup>29</sup> Tribunal do Júri - contradições e soluções, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990, p. 118. (grifo nosso). Uma nova edição dessa obra veio a público pela Saraiva, 1994. Vide, p. 123.

penal e notável ex-integrante do Ministério Público Estadual paulista, Tourinho Filho, é igualmente expressivo: Aliás, o questionário, no Júri, continua sendo, como há cinquenta anos, fonte inexaurível de nulidade. Depois de tantos anos de vigência do atual Código, ainda não se sabe se, na legítima defesa, os quesitos sobre a moderação e os meios necessários devem ser formulados englobada ou distintamente...<sup>30</sup>

Esse era um dos problemas mais graves do Júri brasileiro e foi considerado por Rui Stoco, em linguagem crítica muito expressiva “uma absurda complexidade do sistema de formulação do questionário a ser submetido aos jurados”.<sup>31</sup>

As dificuldades práticas nessa área específica das perguntas e respostas do questionário dirigido aos *juízes de fato* e o imenso número de julgamentos anulados têm motivado a redação de monografias e artigos que visam esclarecer a *arte* e a ciência de redigir quesitos.<sup>32</sup> Na verdade e na prática, um *tormento bíblico* que tem atormentado há muitas décadas os jurados, os Juízes de Direito, os agentes do Ministério Público, os defensores, os escrivães, os Oficiais de Justiça e tantos outros serventuários.

Uma das maiores autoridades intelectuais na área do Tribunal do Júri é o Desembargador Rui Stoco. Sobre o tema, vale repetir suas palavras: “Como se verifica, hoje, lamentavelmente, o Júri converteu-se em perigosa fonte de nulidades e assumiu o estigma da ineficiência e da morosidade. No sistema vigente,<sup>33</sup> de cada quatro

julgamentos dois são anulados por vícios do questionário ou por decisão contrária à prova dos autos, levando os Tribunais de Justiça a determinar sua renovação. Exemplo claro e evidente desse equívoco do Código de Processo Penal em vigor, que sequer foi inteiramente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mantendo formalismos indesejados, a dano da garantia e dos princípios da defesa efetiva e da celeridade, foi o recente julgamento e condenação, pelo Tribunal do Júri da capital de São Paulo, de um coronel que comandou a invasão, pela força policial, da Casa de Detenção, considerada um dos maiores presídios do País, que a imprensa denominou de ‘Massacre do Carandirú’. Aos jurados foram submetidas duas séries de quesitos. A maioria deles sobre questões de direito. Os juízes leigos, homens do povo, não afeitos à teoria do Direito, tiveram que responder a questões acerca do ‘estrito cumprimento do dever legal’, ‘excesso doloso e culposo no cumprimento do dever legal’, ‘inexigibilidade de conduta diversa’, ‘excesso doloso e culposo na conduta exigida’ e outras. As formulações e as respostas dadas poderão conduzir à anulação de um julgamento rumoroso, custoso, importante e demorado, levando ao descrédito e à desmoralização do Poder Judiciário, frustrando e aumentando e até perenizando a dor dos parentes das vítimas e impondo ao acusado uma demora na definição que não se coaduna com aqueles princípios constitucionais referidos. Esses aspectos foram, em uma segunda reportagem, posterior àquela de 06.11.2000, evidenciados pelo jornal *O Estado de São Paulo*, afirmando que ‘se a reforma do Código de Processo Penal já tivesse sido aprovada pelo Congresso, os jurados do caso U.G. teriam tido uma tarefa muito mais fácil...’.<sup>34</sup>

(2) A redação do vigente art. 482 do Código de Processo Penal restaura a norma

<sup>30</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 25 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 152, grifos do original.

<sup>31</sup> Crise existencial do Júri no Direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 252-664.

<sup>32</sup> SOUZA, Aélío Paropat. Quesitos do Júri no Direito Sumular. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 283-679.

BARBOSA, Marcos Elias de Freitas. Regras e quesitos do Júri ante o Código Penal de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 233-649.

<sup>33</sup> O artigo Tribunal do Júri e o projeto de reforma de 2001 foi publicado na Revista Brasileira de Ciência Criminais, v. 36, out./dez. 2001.

<sup>34</sup> Reforma pode diminuir contradições nos Júrís. O Estado de S. Paulo, Cadernos Cidades, de 08.jul.2001, p. C-5. Apud Rui Stoco. Ob. cit, p. 194 (grifo nosso).

da Constituição Imperial (1824), que estabelecia: “Os Jurados se pronunciam sobre o fato, e os Juizes aplicam a lei” (art. 152). O *Projeto* também declara que o Conselho de Sentença “será questionado sobre a matéria de fato admitida pela pronúncia e a que tiver sido alegada pela defesa em plenário” (art. 384). (3) Dispositivo revogado: (art. 484 e parag. ún. a 487). Dispositivo vigente: “Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: I – a materialidade do fato; II – autoria ou participação; III – se o acusado deve ser absolvido; IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. §1º. A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado. §2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado? §3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre: I – causa de diminuição da pena alegada pela defesa; II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. § 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso. § 5º Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito. § 6º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em

séries distintas (art. 483). (4) A orientação do *Projeto* é diferenciada: “Encerrados os debates, o Conselho de Sentença será questionado sobre a matéria de fato admitida pela pronúncia e a que tiver sido alegada pela defesa em plenário” (art. 384). Penso que o texto vigente é mais adequado<sup>35</sup>. Com efeito, na redação do questionário o Juiz levará em conta também o interrogatório do acusado. Esse critério considera o interrogatório como o núcleo da defesa, embora possa, eventualmente, haver divergência entre o que diz o réu e o que sustenta o seu defensor. Essa hipótese não é extravagante. A contradição entre as teses da negativa de autoria e da legítima defesa ou a distinção entre coautoria e participação demonstram essa possibilidade. Quanto aos quesitos, o *Projeto* estabelece que eles “serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: I se deve o acusado ser absolvido; II – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; III – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia. §1º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas. §2º Respondido positivamente o primeiro quesito por 4 (quatro) jurados, o juiz-presidente encerrará a votação, proferindo sentença absolutória. §3º Se for negado por maioria o primeiro quesito, o juiz formulará separadamente os quesitos pertinentes a cada uma das causas de diminuição de pena, qualificadoras e causas de aumento. §4º Se tiver sido sustentada em plenário a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito preliminar a respeito. §5º Resolvido o quesito, encerra-se a sua apuração” (art. 385). Também penso que

<sup>35</sup> A supressão do libelo (CPP art. 416/422, revogado) já fora proposta no Anteprojeto Frederico Marques (1970) e no Projeto nº 1.268, de 1979, coordenado por Francisco de Assis Toledo e aprovado pela Câmara dos Deputados (Proj. de Lei nº 1.655-B, de 1983), aprovado em forma de substitutivo e publicado no DCN, seção I, supl. De 17.8.1984. A redação final foi publicada no DCN, seção I, de 19.10.1984.



a eliminação dos quesitos sobre a materialidade e autoria ou participação trará consideráveis prejuízos quanto aos reflexos da decisão na justiça civil e nas situações de participação de menor importância, ou se um dos concorrentes quis participar de crime menos grave (CP, art. 29, §§ 1º e 2º), ainda que possa haver indagação sobre causa de diminuição de pena alegada pela defesa (art. 385, II). A omissão da pergunta sobre a materialidade também poderá acarretar perplexidade no espírito do julgador e resultar em possível nulidade do julgamento por manifesta contrariedade à evidência do *corpus delicti*.

Há determinados temas de processo penal cujas origens se perdem na noite dos tempos. Eles refletem estados da alma em sua mais original expressão antes de serem tratados pela ciência jurídica. Pode-se afirmar que um desses assuntos indelével é a reação humana ao tomar conhecimento de um fato supostamente delituoso. A materialidade surge como a primeira alteração de pessoa ou coisa perceptível no mundo exterior. É a imagem da lesão física, do corpo inerte, da agressão moral, da casa destruída e de tudo o mais que a lei define como o *resultado da infração*. A reação natural entre as pessoas de bem é a de tristeza pelo acontecimento, como forma anônima de solidariedade. Em seguida à pergunta interior “o que foi?”, segue-se outra: “quem fez isso?”. (5) Um falso problema foi constantemente levantado durante todo o tempo de elaboração do anteprojeto original e revisto até a fase de se converter em projeto de lei. Argumentavam criminalistas conservadores que a fórmula de simplificação do questionário impediria o conhecimento da tese ou teses de defesa recepcionadas pelo Júri por parte dos tribunais togados em grau de recurso para exercer o controle de legalidade quanto à decisão adequada ou manifestamente contrária à prova. Aquela objeção foi respondida em dois momentos: a) quando o juiz redige os quesitos levando em conta o interrogatório e as alegações das

partes (art. 482, par. ún.); b) quando a ata dos trabalhos deve descrever fielmente: “os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos” (art. 495, XIV). (6) Em artigo publicado sob o sugestivo título “Júri popular: erro do jurado – o amargo quatro a três”,<sup>36</sup> o Advogado e Professor Antônio Carlos de Carvalho Pinto analisa a prática do erro judiciário do tribunal popular, que pode ocorrer, frequentemente, pela troca de mão. E explica: “O certo é que, em 99% das vezes, ao depositar o seu voto na sacola, aquela cédula que irá condenar ou absolver, nesse precioso, importante e dramático instante, o jurado vale-se de sua memória, depositando o ‘sim’ ou o ‘não’, segundo a lembrança que tem, de qual das mãos carrega um ou outro voto! E, essa lembrança pode falhar!!! E, muitas vezes falha!!! É que, não obstante o jurado possa rever os votos antes de depositar, isto nunca acontece, até porque, nesse exato momento há uma célere expectativa no recinto; os votos são depositados em rápida seqüência e todos se apressam para logo responderem ao Magistrado, que está diante dos olhos de todos, esperando resposta à sua indagação. Como os votos dos jurados são aferidos por maioria, logo se percebe a importância de cada um deles, bastando ressaltar que, na votação de quatro X três, em verdade, um único voto é que decide o julgamento!”.<sup>37</sup> E prossegue o criminalista: “Nos julgamentos em que participei, e que passam de algumas centenas, jamais pude observar um só jurado, uma única vez, consultar suas mãos após iniciada a coleta de votos; ao contrário, sempre tenho presenciado os votos saírem de sob a mesa para a urna, utilizada apenas a memorização, que se inicia quando o Magistrado anuncia que vai proceder a leitura dos quesitos”.<sup>38</sup> (7) Em crônica antológica, muito oportunamente intitulada *O Júri*, Olavo Bilac (1865-1918) conta a história de um “desventuradíssimo sujeito” conforme

<sup>36</sup> RT 674/370 e ss.

<sup>37</sup> Ob. cit. p. 371 e ss.

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

as próprias palavras do escritor imortal. “A acusação fora frouxa; a defesa fora calorosa e clara, e calara no espírito do júri. O réu sentia que a palavra do seu advogado ia pouco a pouco abrandando os corações dos jurados, e transformando-lhes as rijas fibras musculares em mole cera. E o desgraçado exultava. Pelas janelas do velho casarão do antigo Museu, mirava ele lá fora o céu azul, o livre céu luminoso retalhado pelo livre revoar das andorinhas. (...) A oração do advogado acabara. Alguns jurados, comovidos, enxugavam os olhos. O presidente do tribunal, do alto do estrado, lançava sobre o réu um olhar enternecido e amável. Formularam-se os quesitos. Fechou-se sobre o júri a porta da sala secreta. E toda a gente que enchia a sala das sessões rejubilava e sorria, certa de que o homem

seria absolvido. Puro engano! Quando o presidente leu as respostas aos quesitos formulados, houve um espanto grande e indizível: o sujeito estava condenado a quinze anos de prisão! Como? Por que? – os jurados não tinham medido as palavras, tinham confundido as respostas, tinham trocado os quesitos, e força era declarar o réu criminoso... Em vão, tentando demover do seu propósito o juiz, clamava o advogado que a intenção do júri fora outra, pois não havia ali um jurado que não estivesse convencido da inocência do mísero. Em vão! O juiz declarou terminantemente que de boas intenções está o inferno calçado, e o pobre diabo teve de desistir dos seus belos projetos de bom jantar e de noitada alegre; e voltou para a cadeia, sem compreender aquela atrapalhão”.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Olavo Bilac - Obra reunida, ed. Nova Aguilar S/A, RJ, 1996, p. 423.



# As medidas cautelares no projeto do novo CPP

Rogério Schietti Machado Cruz

## Sumário

I. Introdução. II. Principais inovações do projeto, relativamente às medidas cautelares pessoais. III. A ideia central do novo sistema. IV. Requisitos comuns a todas as cautelares. V. Prisão para garantia da ordem pública. VI. A fiança. VII. A liberdade provisória. VIII. Considerações finais.

### I. Introdução

Bem observou Augusto Thompson (1976, p. 115) que

“Nem sempre, ou quase nunca, os projetos de código espelham as convicções e o grau de desenvolvimento científico de seu(s) autor(es). A legislação positiva tem de conformar-se ao sentimento médio da sociedade a que se destina, às ideias que o senso comum elege à categoria de postulados intocáveis. Diante dessa barreira reacionária, várias opções abrem-se para o jurista: orgulhosamente agredir tais sentimentos, redigindo em diploma fiel às suas convicções, sabendo, de antemão, que nenhum resultado prático obterá com seu trabalho; renunciar, comodamente, à confecção da obra; submeter-se, servilmente, à *communis opinio*, traíndo-se a si mesmo; ou agindo com engenho, articular de tal forma a proposta que, cedendo em tudo que importe mais aparência

Rogério Schietti Machado Cruz é Procurador de Justiça do MPDFT, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor de Direito Processual Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público do DF e Territórios.

que substância, e desta sorte evitando um conflito ostensivo com os padrões defendidos pela ideologia dominante, conseguir habilmente a introdução de princípios representativos das ideias novas, os quais disfarçados, escondidos, camuflados, dão condições à lei futura de fomentar transformações revolucionárias. Esta última postura é, sem dúvida, a única cônica para quem deseja, realmente, concretamente, servir ao semelhantes”.

Imagina-se que tenha sido esta uma das tantas dificuldades enfrentadas pela Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal, ao elaborar o Anteprojeto de um novo Código de Processo Penal, convertido no Projeto de Lei do Senado (PLC) nº 156, de 2009, que se augura venha a converter-se em lei, dentro de um prazo razoável, dando ao país um novo código, moderno e republicano.

Um dos primeiros desafios a vencer pelos autores do Anteprojeto, supomos, tenha sido o de definir as diretrizes da novel legislação, o seu espírito, algo que, tratando-se de obra coletiva, não é de todo singelo, mormente quando compõem o grupo juristas de variadas origens e carreiras.

Outra provável dificuldade enfrentada pelos membros da Comissão foi superar o dilema referido na advertência de Augusto Thompson, de tal modo a, driblando um conflito ostensivo com o pensamento doutrinário conservador, habilmente introduzir novos paradigmas e conferir nuances a institutos já existentes, o que é indispensável quando se pretender romper com uma tradição vetusta e incompatível com a realidade normativa pós-1988.

E, nesse aspecto, loas ao Anteprojeto, que incorpora, em seu texto, não apenas alguns princípios expressos na Constituição, como, também, faz questão de positivar regras que a doutrina e a jurisprudência pátrias têm construído, com inspiração na Carta Política de 1988, fazendo coro a Winfried Hassemer, quando diz que “O direito

processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado”.<sup>1</sup>

No mais, a tarefa deve ter sido braçal e, sobretudo, intelectual, consistente em construir, por sucessivas reuniões e debates<sup>2</sup>, um texto coeso, moderno e que logre traduzir o ponto de equilíbrio entre a necessidade de punir autores de condutas criminosas, com eficiência e sem dilações indevidas, e a necessidade, por outro lado, de aperfeiçoar mecanismos de proteção do indivíduo, ante as iniciativas estatais que possam interferir em direitos e interesses fundamentais, como a liberdade, a honra, a imagem etc.

## *II. Principais inovações do projeto, relativamente às medidas cautelares pessoais*

A leitura de todo o Projeto induz, sem qualquer dúvida, à ilação de que as mais significativas mudanças propostas pela Comissão se localizam no Livro III, que cuida das Medidas Cautelares pessoais.

A Exposição de Motivos do Projeto enfatiza que foram estabelecidas quatro diretrizes principais, a saber: 1) a prisão e outras formas de intervenção sobre a pessoa humana somente se justificam em face da sua concreta necessidade, indicada mediante fundamentação detalhada, de modo a explicitar a cautelaridade da medida; 2) as

<sup>1</sup> Com a mesma percepção, Claus Roxin (2000, p. 10), ao lecionar que “o processo penal é o sismógrafo da Constituição do Estado”.

<sup>2</sup> A Comissão de Juristas do Senado Federal, ao longo do trabalho de elaboração do texto do Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, recebeu sugestões e críticas de diversos setores da sociedade civil. No âmbito de Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a Associação do MPDFT constituiu comissão para subsidiar debate legislativo a respeito do PLC 156/09. Integram o grupo, sob nossa coordenação, os seguintes Promotores de Justiça: Alesandra Campos Morato, André Vinicius Espírito Santo de Almeida, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Berenice Maria Scherer, Fausto Rodrigues de Lima, Jefferson Lima Lopes, José Pimentel Neto, José Theodoro Correa de Carvalho, Kedyma Cristiane Almeida Silva, Sérgio Eduardo Correia Costa Gomide, Rodrigo de Abreu Fudoli e Thiago André Pierobom de Ávila.

medidas cautelares dependem da iniciativa da parte quando ainda inexistir relação processual, pois, quando já instaurada a lide, há de reservar-se ao juiz o poder de, excepcionalmente, adotar providência que traduza o seu dever de zelar pela efetividade da jurisdição; 3) as medidas cautelares, por afetarem bens e direitos do acusado, sujeitam-se a critérios de proporcionalidade, vedando-se o uso de medida inadequada, desnecessária e desproporcional ao bem que se pretende proteger com a medida, impondo-se a escolha da medida – ou medidas – que, no caso concreto, se revele menos gravosa para o acusado, dentre as igualmente idôneas a alcançar o objetivo cautelar; 4) a prisão preventiva, bem assim as demais providências cautelares, deve perdurar por um tempo que não ultrapasse o razoável, o que justifica a fixação de prazos máximos de sua duração.

Sob essas diretrizes, o Projeto aporta algumas novidades, como as seguintes:

“1. Possibilidade de adoção de medidas cautelares ex officio somente na fase processual da persecução penal (art. 513).

2. Explicitação do princípio da taxatividade das medidas cautelares, dos objetivos que devem permear qualquer cautela (assegurar os fins da persecução criminal e a reparação civil) e da própria idéia de cautelariedade das medidas, com a verificação da permanência dos motivos (artigos 514 e 518).

3. Indicação do critério de proporcionalidade como norte na adoção das cautelares, impedindo a aplicação de medida mais gravosa que a pena decorrente de eventual condenação (art. 515).

4. Possibilidade de aplicação cumulativa das cautelares, por critérios de necessidade, adequação e vedação de excesso, sempre presentes as exigências cautelares do caso concreto (art. 517).

5. Possibilidade de prévia oitiva do sujeito passivo da medida cautelar, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o que positiva a regra da bilateralidade de audiência (contraditório) sobre tão importante decisão (art. 519).

6. Reafirmação do dever de fundamentar a decisão cautelar, com indicação expressa de seu fundamento legal, da presença de justa causa, das circunstâncias fáticas (concretas) que justificam a medida, da indicação da sua necessidade e das razões para a escolha da (s) específica (s) medida (s), exigindo-se, ainda, a indicação dos motivos (insuficiência e inadequação) para não aplicar medidas cautelares menos gravosas (art. 520). No mesmo artigo se reforça a necessidade de fixar-se data para reexame da medida.

7. Extenso elenco de medidas cautelares pessoais (15 modalidades), que podem ser aplicadas cumulativamente, desde que se preveja, em relação à infração objeto do processo, pena privativa de liberdade (artigos 521 e 522).

8. Regulamentação do uso de algemas e da força, em moldes similares ao da Súmula 11 do STF (art. 525).

9. Elenco dos direitos do preso que devem ser a ele informados: silêncio, identificação dos responsáveis por sua prisão, cópia do mandado, contato telefônico com familiar ou pessoa indicada, assistência de advogado e recolhimento em cela separada dos presos condenados (art. 534).

10. Simplificação das hipóteses de flagrante, fundindo as hipóteses, antes distintas, de quem é encontrado e de quem é perseguido, logo após, à prática do crime, em situação que faça presumir ser o autor da infração (art. 538).

11. Vedação à incomunicabilidade do preso (art. 540, § 1º).

12. Possibilidade de não lavratura do auto de prisão em flagrante em caso de verificação de causa excludente de ilicitude na conduta do conduzido (art. 540, § 6º).

13. Previsão das providências que o juiz deverá adotar ao receber o auto flagrancial: relaxar a prisão ilegal, convertê-la em preventiva, arbitrar fiança ou conceder liberdade provisória (art. 543).

14. Possibilidade de decretação da prisão preventiva sob os mesmos fundamentos e com a mesma terminologia atuais, explicitando-se, porém, que não pode ser utilizada como antecipação da pena ou tendo como móvel a gravidade abstrata do crime; além disso, somente poderá ser aplicada quando outras medidas cautelares se revelarem inadequadas ou insuficientes (art. 544).

15. Limitação da prisão preventiva para crimes dolosos punidos com mais de 4 anos, salvo se cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Se houver razões humanitárias (idade, gestação ou prole pequena), somente será possível a prisão em casos de descumprimento injustificado de outras medidas cautelares pessoais ou, na última hipótese (razões humanitárias), se as exigências cautelares de extraordinária relevância e a insuficiência de outras medidas tornarem necessária a cautela extrema (art. 545).

16. Estabelecimento de prazos máximos de duração da prisão, por fases processuais, com limite máximo de 600 dias (art. 546), ou de 3 anos, se contados de forma interrupta, em caso de fuga e recaptura (art. 547), sem prejuízo de outras medidas cautelares (art. 548).

17. Possibilidade de decretação de prisão preventiva com prazo certo de duração (como se dá em relação

à temporária), observados os limites máximos previstos (art. 549).

18. Obrigatoriedade de reexame judicial a cada 3 meses, quanto à persistência dos motivos da prisão preventiva, incorporando-se ao direito positivo o princípio da provisoriedade da medida cautelar (art. 550).

19. Reforço da exigência de que a prisão temporária deve ser decretada apenas quando não houver outro meio para garantir a realização de ato essencial à apuração do crime, tendo em vista indícios precisos e objetivos de que o investigado obstruirá o andamento da investigação, não se prestando para o fim de interrogar o investigado (art. 551).

20. Cabimento da Prisão Temporária para qualquer crime punido com pena máxima igual ou superior a 12 anos, ou de quadrilha (art. 551, § 1º), abandonando-se o sistema atual, que elenca, de modo taxativo, os crimes sujeitos a tal espécie de prisão provisória.

21. Indicação de que o prazo da Prisão Temporária não excederá 5 (cinco) dias, com possibilidade de uma prorrogação, restando claro, portanto, que o prazo poderá ser menor do que 5 dias, porém não maior do que 10, sempre condicionado o decreto à persistência da sua necessidade para a realização do ato investigativo (art. 552).

22. Manutenção da regra de que a fiança pode ser concedida por requerimento do interessado ou, de ofício, pelo juiz ou pela autoridade policial, independentemente de audiência do Ministério Público (art. 564).

23. Modifica-se a divisão de competência e atribuições para a fiança: ao juiz, permite-se o arbitramento de fiança sem limites qualitativos ou quantitativos da pena; à autoridade policial, permite-se que fixe a fiança

ao preso em crimes punidos com pena de reclusão, limitada a até 5 anos, ou, sem limite quantitativo algum, nos crimes punidos com detenção, desde que não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 556).

24. Possibilidade de aumento do valor da fiança, para até o décuplo do valor máximo, que é de 100 salários mínimos, o que resultaria, em valores atuais, na importância máxima de R\$465.000,00 (art. 560).

25. Extenso elenco de medidas cautelares pessoais (15 modalidades), que podem ser aplicadas cumulativamente, desde que se preveja, em relação à infração objeto do processo, pena privativa de liberdade (artigos 521 e 522). Além da Fiança, da Liberdade Provisória e da Prisão Provisória, as outras medidas cautelares pessoais consistem em Recolhimento Domiciliar (artigos 576/578); Monitoramento Eletrônico (artigos 579/582); Suspensão do Exercício de Função Pública ou Atividade Econômica (art. 583); Suspensão das Atividades de Pessoa Jurídica (art. 584); Proibição de Frequentar Determinados Lugares (art. 585); Suspensão da Habilitação para Dirigir (art. 586); Afastamento do Lar ou Outro Local de Convivência Com a Vítima (art. 587); Proibição de Ausentar-se da Comarca ou do País (art. 588); Comparecimento Periódico em Juízo (art. 589); Proibição de se Aproximar ou Manter Contato com Pessoa Determinada (art. 590); Suspensão do Registro de Arma de Fogo e da Autorização para Porte (art. 591) e Suspensão do Poder Familiar (art. 592).

26. Fixação de prazos de duração das medidas cautelares, oscilando entre 180 e 720 dias, salvo em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 593)

27. Possibilidade de decretação de prisão preventiva em caso de des-

cumprimento injustificado de uma das medidas cautelares, podendo haver substituição por outra medida, sempre se ouvindo a defesa (art.596).

28. Previsão ainda de liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, quando não houver fundamento para a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou aplicação de outra medida cautelar pessoal, ou quando cessaram os motivos que justificaram a prisão provisória ou outra medida cautelar pessoal ou, ainda, findo o prazo da medida cautelar pessoal aplicada anteriormente; em caso de não comparecimento injustificado a ato do processo para o qual o réu tenha sido intimado, adotará o juiz a providência do artigo 596, ou seja, buscará o juiz aplicar outra medida cautelar (art. 597)."

Essas e outras modificações propostas no Projeto ora analisado mereceriam longo estudo, mostrando suas nuances e os desdobramentos que cada um dos fecundos temas correlatos suscita. Porém, dadas as limitações e os objetivos deste ensaio, centraremos nossa atenção sobre os aspectos que nos parecem merecedores de maior atenção, nos debates que o PLS 156/09 há de estimular, quer no ambiente político, quer na Academia.

### III. A ideia central do novo sistema

O grande mérito do Projeto do novo Código de Processo Penal reside na introdução de um cardápio de medidas, à escolha do juiz criminal, para responder às exigências cautelares que cada caso singular demanda.

Como já tivemos oportunidade de registrar (CRUZ, 2006, *passim*), nosso sistema processual penal ainda trabalha com soluções bipolares, é dizer, ou o acusado responde ao processo com total privação



de sua liberdade, ou, então, lhe é concedido o direito à liberdade “provisória”, quer mediante o simples compromisso de comparecimento aos atos processuais (no caso da liberdade provisória sem fiança), quer, se exigida a fiança, mediante a obrigação de não mudar de residência sem autorização judicial e de não ausentar-se por mais de oito dias sem comunicar ao juiz. Assim, a única medida cautelar alternativa à prisão *ad custodiam* em nosso país é a liberdade provisória, que se qualifica, por ser um substitutivo da prisão em flagrante, como uma contracautela.

Outra característica do sistema vigente é que não se admite submeter alguém ao regime de liberdade provisória sem que esteja previamente preso em flagrante. Em outras palavras, se alguém está em liberdade desde o início da persecução penal, não poderá ser submetido ao regime de liberdade provisória, com ou sem fiança – que importa em obrigações processuais –, pois esta pressupõe que o acusado tenha sido preso em flagrante, ou, quando muito, preso em razão de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, se admitida a autonomia jurídica dessas duas modalidades de prisão.<sup>3</sup>

O Projeto abandona essa lógica – ainda que não totalmente, como teremos oportunidade de indicar mais adiante – ao seguir a tendência mundial de utilização do encarceramento provisório como *extrema ratio* nos procedimentos penais. Essa, aliás, é uma das Regras das Nações Unidas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade, as conhecidas Regras de Tóquio, de 1990, que postula a adoção de medidas substitutivas à prisão provisória “sempre que possível” (item 6.2.).

<sup>3</sup> Com a reforma processual de 2008, não mais subsistem as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença penal condenatória recorrível, cabendo ao juiz, ao proferir uma ou outra decisão, expressa e fundamentadamente dispor sobre a manutenção ou decretação da prisão do réu, conforme os termos dos artigos 413 § 3º e 387, parágrafo único, respectivamente, c/c 312 do Código de Processo Penal.

Essa declaração oficial das Nações Unidas refletiu a percepção, já incorporada ao direito positivo de alguns países ocidentais, de que as medidas cautelares, principalmente as de natureza pessoal, por privarem o sujeito passivo da persecução penal de um de seus mais preciosos bens – a liberdade –, quando ainda não houve decisão definitiva sobre sua responsabilidade penal pelo fato que lhe é imputado, devem ser utilizadas apenas quando não for possível a adoção de outra medida menos gravosa, porém de igual eficácia.

Tal é o significado do princípio da proporcionalidade no processo penal, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade ou subsidiaridade (chamado, também, de princípio da intervenção mínima, da indispensabilidade, ou da proibição de excesso) que se encontra materializado, *inter alia*, nos Códigos de Processo Penal da Itália (art. 275), de Portugal (art. 193), da Espanha (art. 502.2.), da Alemanha (art. 116) e da França (art. 137).

A propósito, no âmbito direito europeu, berço e fonte de toda a nossa legislação, tem sido fértil a produção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o assunto (VILAR, 1988, p. 160). Sem embargo, o documento mais importante a tratar da matéria, na Europa continental, é a Recomendação R (80) 11, do Conselho de Ministros, de 27 de junho de 1980, na qual se enfatiza a necessidade de reduzir-se, por razões humanitárias e sociais, o uso das prisões provisórias nos países ao mínimo compatível com os interesses da Justiça, mediante os seguintes princípios:

- “1. A detenção provisória somente pode ser decretada contra os que legitimamente sejam suspeitos de haver cometido um delito e existam razões sérias para crer-se na ocorrência de perigo de fuga, de obstrução do curso da justiça ou do cometimento de uma infração grave;
2. Ainda que existam, esses perigos somente justificam a prisão provisória

ria de modo excepcional, para responder a situações particularmente graves.

3. Para decretar a prisão provisória o juiz deverá levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, particularmente as circunstâncias relativas à natureza da infração penal, a importância dos indícios que pesem sobre o sujeito passivo da medida, a pena susceptível de ser-lhe imposta em caso de condenação, a personalidade, os antecedentes judiciais do réu, sua situação pessoal e social e seus vínculos sociais, e, por último, o comportamento do réu, sobretudo em relação às obrigações que lhe foram impostas em processo penal anterior.

4. A prisão provisória não deve ser ordenada se a privação da liberdade é desproporcional em relação à natureza do crime atribuído ao réu e à pena a ele correspondente.

5. Toda decisão que decrete a prisão provisória deve indicar o mais precisamente possível o seu objeto, e ser especialmente motivada.”

E, naquilo que mais diz respeito ao tema ora em exame, a Recomendação R (80) 11 afirma a ideia de que a autoridade judiciária, para poder decretar a prisão cautelar (provisória), deve examinar se alguma medida alternativa pode ser aplicada no lugar da prisão.

Assim, reverberando o que já dissemos (CRUZ, 2006, p. 132), se a pena privativa de liberdade, como zênite e fim último do processo penal, é um mito que desmorona paulatinamente, nada mais racional do que também se restringir a utilização da privação da liberdade do réu antes da sentença condenatória definitiva. É dizer, se a prisão como pena somente deve ser aplicada aos casos mais graves, em que não se mostra possível e igualmente funcional outra forma menos afliitiva e agressiva, a privação da liberdade como medida cautelar também

somente há de ser utilizada quando nenhuma outra medida menos gravosa puder alcançar o mesmo objetivo preventivo.

Essas recomendações, que já fazem parte da inteligência doutrinária mais qualificada, foram incorporadas ao texto do Projeto, dando-lhe cariz moderno e situando-o bem à frente do direito vigente.

Bem percebeu a Comissão de Juristas que, em tema de intervenção estatal na liberdade humana, uma das mais fiéis balanças a pesar os interesses conflitantes é a regra-princípio da proporcionalidade, que, na linguagem da Exposição de Motivos, significa «que o remédio não pode ser mais agressivo que a enfermidade». Em termos práticos, e entre outros efeitos derivados da observância desse princípio, cumpre ao aplicador da lei penal confrontar as medidas cautelares com o resultado de uma provável condenação, para se aferir eventual «excesso na dose», com a aplicação de medida cautelar mais grave que a pena decorrente de eventual sentença penal condenatória. Ademais, como dito no texto introdutório ao Projeto, “o recurso à prisão somente será legítimo quando outras medidas cautelares revelarem-se inadequadas ou insuficientes.”

Cabe, aqui, um pequeno reparo. Afirma-se que “entre as possibilidades de escolha, cabe ao juiz eleger aquela mais adequada ao caso concreto, atento aos parâmetros de necessidade, adequação e vedação de excesso.” Na verdade, o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios ou máximas, quais sejam, a adequação ou idoneidade (da medida cautelar, *in casu*), a necessidade (subsidiariedade ou proibição de excesso), e a proporcionalidade em sentido estrito, termos que estão sobrepostos tanto na Exposição de Motivos quanto na redação do artigo 517, parágrafo único, do Projeto.

De todo modo, tendo essas diretrizes explicitamente como norte, o Projeto induz o juiz da causa a elaborar um criterioso exame da situação concreta que lhe

é apresentada, com vistas a decidir, ante a exigência de providência cautelar voltada a proteger interesse ou direito ameaçado pela total liberdade jurídica do investigado ou acusado, qual ou quais das medidas postas à sua disposição deverá fazer incidir à espécie.

Não há hierarquia entre as 15 (quinze) medidas cautelares elencadas no artigo 521 do Projeto, mas, ineludivelmente, a prisão provisória (em qualquer de suas espécies) ocupa posição de destaque, pelo elevado grau de intervenção que produz na liberdade física do sujeito passivo da cautela.

Eis porque se determina o dever judicial de somente fazer uso da prisão *ante tempus* quando “outras medidas cautelares pessoais revelarem-se inadequadas ou insuficientes, ainda que aplicadas cumulativamente.” (§ 3º do artigo 544, sendo a regra repetida no § 2º do artigo 545, no *caput* do artigo 550, no § 1º do artigo 551, bem assim, ainda, no inciso VI do § 2º do artigo 520, do Projeto).

#### IV. *Requisitos comuns a todas as cautelares*

Desse modo, é plenamente possível que estejam presentes os motivos ou requisitos que justificariam a prisão preventiva, mas, sob a influência do princípio da proporcionalidade e à luz das novas opções fornecidas pelo legislador, deverá valer-se o juiz de uma ou mais das medidas alternativas à prisão cautelar, desde que considere sua opção suficiente e idônea para obter o mesmo resultado – a proteção do bem sob ameaça – de forma menos gravosa.

Sendo assim, tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares propostas pelo Projeto destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a concreta imposição da pena), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais.

O que varia, portanto, não é a justificativa ou a causa final da cautela, mas o grau de lesividade e a dose de sacrifício decorrente de cada uma delas. Decretar a prisão preventiva ou determinar o recolhimento domiciliar noturno tem, na sua *ratio essendi*, igual preocupação em proteger o processo, a jurisdição ou a sociedade, variando apenas a *quantidade* – se é que assim podemos nos referir – da liberdade retirada do âmbito de disponibilidade do investigado ou acusado.

Isso equivale a dizer que os motivos justificadores da prisão preventiva são os mesmos que legitimam a adoção de qualquer outra das medidas cautelares a que alude o art. 521 do Projeto, sendo equivocado condicionar a escolha de uma dessas últimas – no caso, a fiança – ao não cabimento da prisão preventiva, como o faz o inciso I do artigo 558.

Igual raciocínio orienta, indevidamente, a medida cautelar da liberdade provisória, cuja posição topográfica – destacada em capítulo próprio, assim como a fiança, após todas as outras quatorze medidas – não autoriza o intérprete e aplicador da lei processual penal a acreditar, mesmo com a dicção do artigo 597, que se trate de providência que dispensa a verificação da presença das exigências cautelares ou motivos que, em maior ou menor grau, conferem lastro a qualquer medida que interfira na liberdade humana.

Essa subsidiariedade inerente ao sistema das cautelares já é consagrada em outros diplomas processuais. No direito alemão, por exemplo, há dispositivo a indicar o uso da medida cautelar alternativa à prisão como uma medida de “suspensão” da execução da ordem de prisão. Eis o que diz o § 116 da StPO: “O juiz suspende a execução de uma ordem de detenção que somente está justificada por perigo de fuga quando medidas menos radicais atendam suficientemente o prognóstico de que o fim da prisão preventiva poderá também ser alcançado por elas.”

Mais adiante, no item 4 desse mesmo preceito, reforça-se essa ideia, ao estabelecer-se que o juiz pode suspender a execução de uma ordem de prisão quando está fundado suficientemente no prognóstico de que o imputado seguirá determinadas instruções e que por isso se alcançará o fim da prisão.

A leitura desses dispositivos legais torna evidente no direito alemão o que, para nós, ainda é fruto de uma proposta de interpretação lógica e teleológica da futura normatização: que a liberdade obtida por meio da aplicação de uma medida alternativa à prisão preventiva deixa subsistente a decisão que serve de lastro a tal providência mais extrema, “suspendendo somente seu efeito, o encarceramento, que é substituído por um estado de liberdade corporal, porém submetido a vínculos especiais” (MAIER, 1982, p. 88).

Não é por outro fundamento que se prevê, no Projeto, a possibilidade de decretação de prisão preventiva, ante o descumprimento injustificado de qualquer das demais medidas cautelares (artigo 596 c/c 598 e 572).

#### *V. Prisão para garantia da ordem pública*

Questão bem problemática, na doutrina e na jurisprudência pátrias, diz respeito à possibilidade de decretação de prisão preventiva, para fins de garantir a ordem pública, um dos três fundamentos possíveis para tal medida cautelar pessoal. Há toda uma crítica ao caráter generalizante e abstrato dessa expressão, mercê da qual tem grassado o encarceramento provisório sob tal justificativa, ligada a alegações de necessidade de preservar a paz social, de manter a credibilidade da justiça, de restabelecer a confiança no Poder Judiciário etc.

Em verdade, como bem acentuado por João Gualberto Ramos, “A prisão preventiva decretada por garantia da ordem pública não é cautelar nem antecipatória, mas medida judiciária de polícia, justificada e

legitimada pelos altos valores sociais em jogo. A magistratura, formada por agentes políticos do Estado, tem papel suficientemente importante na defesa social que a legitima politicamente para decretar a medida, não referente, todavia, à atividade concreta que desenvolve no processo penal condenatório.” (RAMOS, 1998, p. 43)<sup>4</sup>

O Projeto mantém a mesma redação do atual artigo 312 do Código de Processo Penal, preferindo não inovar na matéria.

Parece transparecer um receio, da Comissão de Juristas, de que qualquer outra redação possa dificultar a aprovação do Projeto, tendo em vista que o tema é muito sensível perante a comunidade jurídica e a sociedade em geral.

Vale mencionar que o Projeto de Lei nº 4.208/01, um dos vários que compuseram as reformas pontuais do Código de Processo Penal, previa, em sua redação original, outra dicção ao seu artigo 312. Deveras, aquele PL substituía “ordem pública (e econômica)”, por “existência de fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrava ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.”

A proposta recebeu críticas consistentes, porquanto implicava a impossibilidade de reger, com a medida extrema, situações de notória gravidade, deixando sem proteção legal situações que efetivamente perturbam gravemente a paz e a ordem públicas, a exigir a pronta e eficaz atuação estatal.

Por isso, ao final da tramitação do Projeto na Câmara dos Deputados, por meio de uma Emenda Substitutiva Global, optou-se pelo retorno à redação atual do CPP. Em outras palavras, abriu-se mão de construir uma alternativa, que, de um lado, não desprotegesse em demasia a sociedade ante o risco de que a liberdade do acusado

<sup>4</sup> Em defesa da legitimidade da prisão preventiva como instrumento de defesa social, consulte-se BECHARA, 2005, p. 161 - 176.

pudesse gerar-lhe algum risco de dano, mas que, de outro lado, não perpetuasse a situação de incerteza e abstração que a atual redação do artigo 312 propicia.

Há que se encontrar, então, um ponto de equilíbrio, ou seja, uma redação que atenda tanto aos interesses do indivíduo contra excessos do poder coercitivo estatal, quanto aos interesses igualmente legítimos da sociedade contra comportamentos que colocam sob risco grave e concreto o pacífico e ordeiro convívio social.

Nesse particular, cremos devamos nos valer da experiência de outros países – evidentemente com sua adaptação à realidade brasileira – no trato jurídico dessa delicada questão.

Os países centrais com que temos maior vínculo e afinidade jurídica assim positiavam a matéria:

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, com as alterações promovidas recentemente (2003), prevê, em seu artigo 503, a decretação da *prisión provisional*, desde que se persigam algum dos seguintes objetivos:

“(a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; (b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto; e (c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.”

No item 2 desse mesmo dispositivo, o legislador prevê que também será cabível a decretação da prisão provisória “para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos”, acrescentando que, para valorar a existência desse risco, se atenderá “a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.”

Na França, o *Code de Procedure Penal*, também recentemente alterado (2000), declaradamente permite, no artigo 137, a detenção provisória – ou outras medidas cautelares, ali chamadas de *contrôle judiciaire* – como uma necessidade para a instrução ou “a título de medida de segurança” (*à titre de mesure de sûreté*), seguindo tradição que vem desde Faustin Hélié, no Século XIX. Para a decretação da prisão cautelar, o artigo 144 do Código exige, entre outros requisitos, que se demonstre, com apoio na prova dos autos, que a prisão constitui o único meio para cessar a infração ou prevenir sua reiteração (*Mettre fin à l’infraction ou prévenir son renouvellement*), ou para cessar a perturbação excepcional e persistente à ordem pública, provocada pela gravidade da infração, as circunstâncias em que foi cometida ou a importância do dano causado (*Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l’ordre public provoqué par la gravité de l’infraction, les circonstances de sa commission ou l’importance du préjudice qu’elle a causé*).

Por sua vez, o *Codice di Procedura Penale*, de 1988, da Itália, é mais detalhado na indicação, no artigo 274, dos requisitos que justificam as medidas cautelares, no curso do processo. Com efeito, prevê que tais medidas são dispostas quando, pela modalidade e circunstâncias do fato e pela personalidade do investigado ou acusado, revelada por comportamentos ou atos concretos ou por seus antecedentes penais, “subsiste o concreto perigo de que cometa delitos graves com o uso de armas ou de outros meios de violência pessoal, ou dirigidos contra a ordem constitucional ou, ainda, delitos de criminalidade organizada ou da mesma espécie do que é objeto do processo”. (...*sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l’ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede*).

O Código que, a meu aviso, se mostra mais claro e preciso na indicação dos



requisitos para a decretação da custódia preventiva é o Código de Processo Penal de Portugal, de 1987 e reformado em 1998, cujo artigo 204 dispõe que “Nenhuma medida de coacção, à excepção da prevista no artigo 196º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida: a) Fuga ou perigo de fuga; b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas”.

Pode-se claramente perceber, portanto, que a prisão cautelar também se utiliza em outros ordenamentos com funções de medida de segurança ou de defesa social, o que é compreensível ante a necessidade de proteger a sociedade contra investidas criminosas que perturbam a paz e a ordem públicas.

Com efeito, em tema de prisões cautelares, ao Estado caberá apreciar qual dos interesses aparentemente contrapostos, a saber, o poder punitivo e o de coerção, de um lado, e o direito à liberdade, de outro, há de prevalecer na situação concreta que lhe é colocada a decidir. Esse dilema se resolverá, por conseguinte, ora a favor da proteção do direito subjetivo do acusado, fundamental à liberdade, ora a favor do dever fundamental de prestar segurança à vítima, a terceira pessoa ou à comunidade como um todo, eventualmente ameaçadas pelo comportamento do acusado.

É dizer, será tanto ilegítima a omissão estatal do dever de proteção da sociedade, por atuação insuficiente dos seus órgãos repressivos, quanto o excesso eventualmente cometido em desfavor do imputado, ao argumento de ser devida a proteção penal efetiva de toda a coletividade, visto que ao Estado incumbe “zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos

fundamentais dos indivíduos, não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados” (SARLET, 2001, p. 150).

Daí a razão pela qual seria de melhor alvitre que o Projeto avançasse na previsão de requisitos mais precisos e claros para a decretação da segregação *ad custodiam*, abandonando a tão criticada expressão “garantia da ordem pública”. Seria, portanto, conveniente dispor, de modo explícito, que a prisão cautelar, além de servir para impedir a fuga do réu (assegurando a aplicação da lei penal) e para proteger a instrução criminal (cautela instrumental), somente pode ser utilizada, sempre em caráter excepcional, quando for o único meio adequado e necessário para evitar que a liberdade do indiciado ou acusado perturbe gravemente a ordem pública ou econômica, quer pela probabilidade de reiteração criminosa, quer pelas circunstâncias da prática ilícita ou, ainda, pela gravidade de suas consequências.

## VI. A fiança

Uma das boas modificações propostas na legislação processual penal pela Comissão de Juristas do Senado diz respeito ao instituto da fiança, que é retirada do ostracismo a que foi relegada com as sucessivas reformas do Código de Processo Penal de 1941, nomeadamente com a reforma introduzida com a Lei nº 6.416/77, que passou a permitir a concessão de liberdade provisória quando o juiz, pelo exame do auto de prisão em flagrante, não identifique a necessidade da cautela.

Assim, a fiança, que já era considerada uma medida de contracautela, substitutiva da prisão em flagrante, ficou relegada a um segundo plano, visto que, a partir daquele momento histórico, a liberdade provisória passou a ser obtida sem o pagamento de fiança, mesmo quando afiançável o crime.

O Projeto tenta, em um primeiro olhar, resgatar a importância da fiança, inclusive



com a elevação de seus valores e o alargamento de seu cabimento, permitindo o uso dessa providência para quaisquer crimes, ressalvados aqueles que a Constituição qualifica como inafiançáveis.

No entanto, embora seja fiança incluída entre as medidas *cautelares*, parece ainda ser tratada como um instituto com função *contra-cautelar*, ou seja, como *substituto da prisão em flagrante*, como se depreende da redação dada ao artigo 555, onde está escrito que a fiança continua a servir para tão-somente “permitir que o preso, após o pagamento e assinatura do termo de compromisso, seja imediatamente posto em liberdade.”

Na verdade, a fiança é, ou deveria ser, mais do que isso, pois nada impede que sirva ela, também, para manter o *status libertatis* do investigado ou acusado que responde solto ao processo, e não apenas para restituí-la, como sugere o referido preceito. O que importa é analisar se, no caso concreto, há ou não exigência de providências cautelares, é dizer, se, uma vez presente o *fumus comissi delicti*, afigura-se necessário restringir, total ou parcialmente, o direito de ir e vir do investigado ou acusado. Se a conclusão é a de que existe, sim, o *periculum libertatis*, resta saber qual ou quais das providências elencadas no artigo 521 do Projeto atenderá à exigência cautelar.

Deveras, ante situação concreta que, no sistema original, permitiria a decretação da prisão preventiva, poderá o magistrado optar por outra (s) medida (s) cautelar (es), com igual idoneidade/eficácia para a proteção do bem jurídico ameaçado, com menor afetação da liberdade individual. Isso está claro, entre outros dispositivos, na dicção dos artigos 517 e 544, § 3º do Projeto.

Porém, faltou ao reformador completar esse intento, não deixando resquícios de uma lógica que se pretende abandonar – a referida “bipolaridade cautelar” atual – quando se vê, no artigo 558, ainda a vinculação de uma das cautelares alternativas – a fiança – à ausência de requisitos autorizadores da preventiva, *verbis*:

“Art. 558. Não será concedida fiança:

I – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva;”

Há outro aspecto que não pode passar em branco na crítica construtiva que se faz ao texto do Projeto: a manutenção da regra que permite à autoridade policial, no ambiente de uma Delegacia de Polícia, arbitrar a fiança, “nos crimes punidos com detenção ou prisão simples, qualquer que seja o limite máximo da pena cominada, ou reclusão, com pena fixada em limite não superior a 5 (cinco) anos, exceto se praticados com violência ou grave ameaça à pessoa” (art. 556, § 1º)

Vê-se que a proposta confere ainda mais poder à autoridade policial do que a redação atual do CPP, a qual autoriza a fiança em Delegacia apenas aos crimes punidos com pena de detenção ou prisão simples (art. 322).

Entendemos que o Fórum é o ambiente mais adequado e seguro para a prática de tão importante ato processual, como o é a concessão de liberdade provisória ao indivíduo preso em flagrante. Essa tarefa há de cumprir um Juiz de Direito, garante dos direitos do preso, e não quem exerce suas funções em local destinado à investigação de crimes, nem sempre compatível com a missão de tutelar a liberdade humana.

Para obviar eventual e justa crítica de que tal medida redundaria em atraso na soltura do autuado, quando cabível, bastaria que se estabelecesse o direito do réu em ser conduzido, tão logo lavrado o auto de prisão em flagrante, à presença da autoridade judicial, para ser ouvido informalmente e para avaliar-se o cabimento, ou não, de liberdade provisória, com ou sem fiança, providência, aliás, já passível de ser colocada em prática, bastando aos juízes dar cumprimento ao disposto no art. 7º, item 5 do Decreto 678/92 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Tal providência, aliás, resultaria ainda em outro benefício para a salutar atividade

de persecutória estatal, qual seja, inibir a prática de tortura, tendo em vista o natural receio, por parte de agentes de segurança pública, de que a visualização do preso pela autoridade judiciária revele a violência empregada, além do necessário, para a efetivação da prisão do suspeito.

Sem embargo, é de reconhecer-se que, pela extensão continental do território brasileiro, a atribuição, com exclusividade, a uma autoridade judiciária do poder de arbitrar fiança poderia resultar em grave prejuízo para o preso, naquelas hipóteses em que, pela sistemática atual, ou mesmo pela defendida no Projeto, fosse possível, pela menor gravidade da conduta, ser solto por iniciativa da própria autoridade policial.

Assim, é contornável tal inconveniente, bastando, em caráter excepcional, permitir o arbitramento da fiança pela autoridade policial, quando não houver, na comarca, juiz competente a quem o preso possa ser conduzido, tão logo efetuada sua prisão em flagrante.

### VII. A liberdade provisória

O Projeto mantém a liberdade provisória, um instituto muito criticado pela doutrina, não pelo lúdimo objetivo a que se destina permitir ao réu responder ao processo em liberdade, mas por sugerir, por sua nomenclatura, que a liberdade do investigado ou réu seja algo excepcional<sup>5</sup>. Em verdade, o que se espera, no curso de um processo penal, é que o *status libertatis* seja mantido, sacrificado apenas quando, por razões excepcionais, seja necessário lançar-se mão da prisão, esta sim provisória.

Não se compreende o porquê de haver sido a *Liberdade Provisória* incluída como uma das medidas cautelares arroladas no artigo 521, sendo, portanto, passível de ser

<sup>5</sup> Francesco Carrara, em meados do Século XIX, já criticava a expressão liberdade 223 provisória pois denotava a idéia de que a prisão é o estado normal (Cf. FERRAJOLI, 2003, p. 503)

usada de forma isolada ou cumulativa, e, logo adiante, receber tratamento em Capítulo próprio (o IV), à parte das demais cautelares pessoais.

Outrossim, reitera-se o já apontado equívoco cometido em relação à fiança, qual seja, o de manter a sistemática atual, em que a fiança e a liberdade funcionam como medida de “contra-cautela”, cabível apenas para situações de réu ou investigado preso, quando ausentes os motivos para a prisão preventiva.

Ora, se há motivos para a prisão preventiva e nenhuma das diversas medidas cautelares, inclusive a fiança e a liberdade provisória, forem suficientes para tutelar o direito ameaçado com a liberdade do autor do ilícito penal, o caso é mesmo de decretação da prisão preventiva, ou da conversão do flagrante, na forma preconizada pelo artigo 543 do Projeto.

Mas, como ali se diz expressamente, deverá o juiz arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso, quando a medida extremada, embora cabível, puder ser substituída por outra, igualmente adequada e eficaz, com carga coativa menor.

Por que, então, prever-se, em inciso próprio (inciso IV), a possibilidade de o juiz “conceder liberdade provisória”, se esta medida já está implicitamente referida no inciso III (outras medidas cautelares)? Parece que a resposta está no fato de que o Projeto não trata a Liberdade Provisória como uma das medidas cautelares (embora arrolada com as demais), mas como uma medida de *contra-cautela*, destinada apenas a dar liberdade a quem foi preso em flagrante, repetindo o anacrônico modelo atual.

A insistência inclusive com a nomenclatura de assim tratar o instituto da liberdade provisória não se justifica, mesmo porque, dentre as medidas cautelares, já existe uma, denominada “comparecimento periódico em juízo”, que se presta à mesma finalidade da “liberdade provisória”, sendo suficiente

apenas acrescentar, à obrigação referida no artigo 589 do Projeto, que o investigado ou acusado também será obrigado a comparecer aos atos processuais.

Sob diversa angulação, vê-se que os incisos do artigo 597 não se sustentam no sistema proposto. Isso porque, se não há fundamento para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, ou mesmo para aplicação de outra medida cautelar pessoal, o caso é de puro relaxamento da prisão, porque ilegal e porque não há nada a tutelar cautelarmente. E se há necessidade, pelo menos, de assegurar a presença do acusado nos futuros atos processuais, basta que se lhe imponha a obrigação mencionada no parágrafo anterior, com o acréscimo sugerido.

Igual providência a – simples soltura do réu, sem ônus quaisquer – haveria de adotar-se quando cessarem os motivos que justificaram a prisão provisória ou outra medida cautelar pessoal (inciso II), ou o esgotamento do prazo de duração da medida cautelar anteriormente aplicada, ressalvada a possibilidade a que alude o § 2º do artigo 593 do Projeto.

### VIII. Considerações finais

Vivemos em um país onde as leis proliferam, muitas delas feitas de modo açodado, fruto de maiorias partidárias momentâneas, nem sempre apoiadas em boa técnica e em consistência científica. Semelhante *inflação legislativa*, expressão cunhada por Luigi Ferrajoli, vulgariza a regulação da convivência social e induz a pensar-se que os conflitos humanos podem ser solucionados apenas no plano normativo.

Há, todavia, leis indispensáveis a uma nação. Uma delas é o Código de Processo Penal, instrumento de concretização do direito penal e de proteção do indivíduo contra os abusos estatais. E, infelizmente, o código que temos já caminha para a apo-

sentadoria compulsória, pois completará 70 anos de vida em menos de dois anos, carregando, em sua existência, além de um conteúdo genético enrugado pela ideologia vigente na ambiência política de então, uma sucessão de remendos, qual a criação de Mary Shelley.

Já se observou que conhecemos uma história legislativa republicana sem que tenhamos um Código de Processo Penal integralmente nascido da atividade democrática parlamentar (CHOUKR, 2005, p. 2). Anseia-se que tenha chegado o momento de mudar essa nada auspiciosa tradição.

### Referências

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal*. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRUZ, Rogerio Schietti M. *Prisão Cautelar: dramas, princípios, alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Coletiva. São Paulo: RT, 2003.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 5, p. 62, 1994.

MAIER, Julio. *La ordenanza procesal penal alemana*. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1982.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

THOMPSON, Augusto. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: RT, 1976.

VILAR, Silvia Barona. *Prision provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Bosch, 1988.

## Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor por *e-mail* (livros@senado.gov.br) com indicação do endereço do autor para eventual envio de exemplar impresso. Da mensagem eletrônica deverá constar autorização para publicação sem ônus na Revista e posterior visualização na Internet, bem como declaração de ineditismo do artigo. Referida mensagem deverá ainda ser seguida de assinatura digital. Não havendo esse recurso, pedimos o encaminhamento em separado por fax ou pelos Correios da carta de autorização/declaração de ineditismo devidamente assinada.

O texto do artigo a ser publicado deve ser formatado preferencialmente para papel A4, em corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5 e gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela), com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Ressaltamos que o artigo enviado para publicação ficará disponível para avaliação durante seis meses. Findo esse prazo e ainda havendo interesse das Edições Técnicas em publicá-lo, entraremos em contato para confirmar o ineditismo e a atualidade do conteúdo. Não havendo mais interesse do Editor, o artigo será desconsiderado sem comunicação prévia.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

### *Exemplos de citação direta:*

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

### *Exemplos de citação indireta:*

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados

além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

*Exemplo de monografia no todo:*

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

*Exemplo de parte de monografia:*

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

*Exemplo de artigos de periódicos:*

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

*Exemplo de artigos de jornais:*

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

*Exemplo de referências em meio eletrônico:*

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.