

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

EDIÇÃO ESPECIAL

REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

EDITORIAL:

A ESPERADA REFORMA PROCESSUAL PENAL

O velho Código de Processo Penal, concebido no início da década de 40 do século XX, em pleno Estado Novo, está em vias de sofrer profunda modificação.

As Leis ns. 11.689, 11.690 e 11.719, publicadas no *Diário Oficial* respectivamente em 10 de junho (as duas primeiras) e 23 de junho (a última), representam o resultado parcial da chamada “reforma processual penal”.

O IBCCRIM sempre propugnou pela idéia de um projeto de Código de Processo Penal inteiramente novo, por entender que se faz necessária uma mudança estrutural na vigente Lei Processual, cujos princípios não estão em consonância com aqueles estabelecidos na vigente Constituição da República, que em outubro próximo completa vinte anos.

Esta não foi, porém, a solução adotada pela Comissão de Reforma, que, como se sabe, apresentou ao Ministério da Justiça oito anteprojetos em 2001, três dos quais, após sete anos, agora se transformaram em lei. Dois outros projetos, voltados aos temas de prisão e medidas cautelares e recursos, ainda aguardam aprovação no Congresso Nacional.

As modificações ora aprovadas são profundas. Inspiradas no Código Modelo de Processo Penal Ibero-Americano, que serviu de base para a reforma levada a efeito na última década em diversos países latino-americanos, as novas leis tratam do procedimento do júri, da prova e do procedimento em geral, e objetivam modernizar o processo penal e alcançar a tão esperada celeridade e efetividade.

A reforma estabelece novo paradigma para o processo penal brasileiro, a saber: a) as formalidades inúteis do atual procedimento do júri, que mais têm se prestado a servir como fonte inesgotável de nulidade, foram eliminadas; b) a atuação de assistentes técnicos indicados pelas partes passa a ser admitida; c) o juiz poderá absolver sumariamente o acusado, após a apresentação da resposta preliminar; d) a identidade física do juiz passa a existir também no processo penal; e) o art. 594 do Código de Processo Penal, que prevê o recolhimento do acusado à prisão para poder apelar, é finalmente revogado; f) a citação por hora certa, na hipótese do acusado se esquivar, dolosamente, do chamamento pessoal, é permitida; g) o interrogatório do acusado, como meio de defesa que é, passa a ocorrer somente após a oitiva de

todas as testemunhas; h) o juiz poderá determinar, na sentença, o valor da indenização à vítima, sem necessidade de processo de liquidação, quando for de fácil constatação o *quantum* do prejuízo sofrido pelo ofendido; i) a testemunha ou o ofendido que tiver temor de depor na presença do acusado será inquirida mediante videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, o acusado será retirado da sala, dentre outras novidades.

Deverá merecer especial atenção do magistrado criminal a disciplina das provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. São elas inadmissíveis, segundo o texto constitucional, assim como o são as provas derivadas das ilícitas. As novas disposições contidas no art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, da forma como redigidas, poderão trazer problemas no tocante à chamada “fonte independente de prova”, tida pelo legislador como “aquela que por si só, segundo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Caberá à doutrina e à jurisprudência importante papel balizador do que se deve considerar prova contaminada, diante do texto aberto e genérico da lei.

A reforma não se fará, certamente, sem percalços. Já se discute a aplicação do direito intertemporal, principalmente no procedimento do júri, com a revogação do recurso do protesto por novo júri. Outros problemas também serão enfrentados, em especial nos processos em andamento, cujos procedimentos são bem diversos daqueles que entrarão em vigor no mês de agosto de 2008. Um dos questionamentos imbrica-se com a aplicação imediata da lei processual penal e a possibilidade de restar ferida norma de cunho penal e processual.

O debate é rico e, sem dúvida, contribuirá para o progresso democrático do processo penal. A reforma traz tantas novidades que, antes mesmo de sua promulgação, tem gerado polêmicas. O IBCCRIM dá início aos debates com este *Boletim*, possibilitando ao leitor tomar contato com as primeiras idéias e críticas a respeito de importantes aspectos das novas leis, que se acham no período de sessenta dias de *vacatio legis*.

Ainda que não seja a reforma imaginada pelo IBCCRIM, ela aí está. O que se espera é que seja, acima de tudo, instrumento de garantia da dignidade humana e de respeito à Constituição da República.

EDITORIAL:

- | | |
|--|----|
| A ESPERADA REFORMA PROCESSUAL PENAL | 1 |
| O POMAR E AS PRAGAS
Marcos Zilli | 2 |
| O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL MATERIAL COMO GARANTIA FUNDAMENTAL
Paulo Rangel | 4 |
| TRÊS REFLEXÕES SOBRE O NOVO PROCESSO DO TRIBUNAL DO JÚRI
Luis Fernando Camargo Vidal | 5 |
| A MUDANÇA DO FATO OU DA CLASSIFICAÇÃO NO NOVO PROCEDIMENTO DO JÚRI
Antonio Scarance Fernandes | 6 |
| O FIM DO PROTESTO POR NOVO JÚRI E O JULGAMENTO PELA MÍDIA
Roberto Delmanto Junior | 7 |
| A REFORMA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL
Guilherme de Souza Nucci | 8 |
| BOM PARA QUE(M)?
Aury Lopes Jr. | 9 |
| AS REFORMAS PARCIAIS DO CPP E A GESTÃO DA PROVA: SEGUE O PRINCÍPIO INQUISITIVO
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho | 11 |
| NOVAS LEIS DE PROCESSO: INQUIRIÇÃO DIRETA DE TESTEMUNHAS. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ
José Barcelos de Souza | 14 |
| LEI 11.690/2008 E AS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO
Marta Saad | 16 |
| COM A PALAVRA, AS PARTES
Rogerio Schietti Machado Cruz | 17 |
| O TRATAMENTO DA PROVA ILÍCITA NA REFORMA PROCESSUAL PENAL
Maria Elizabeth Queijo | 18 |
| CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A LEI 11.690/08
Cleunice Valentim Bastos Pitombo | 20 |
| PROBLEMAS DE DIREITO INTERTEMPORAL E AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró .. | 23 |
| ASPECTOS GERAIS DA REFORMA PROCESSUAL
Pierpaolo Cruz Bottini | 26 |
| GARANTIAS ASSEGURADAS NOS JULGAMENTOS DE PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI (A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL)
Rui Stoco | 28 |
| PRAZO PARA ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO
Guilherme Madeira Dezem e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira | 29 |

O POMAR E AS PRAGAS

Marcos Zilli

Como produto de uma concepção autoritária, a legislação processual penal contém distorções que há muito exigiam uma adequação ao espírito constitucional. Como se sabe, os desequilíbrios em prol da atuação persecutória estatal são próprios da supremacia do discurso da defesa social e, portanto, incompatíveis com um regime de garantias típicos de um processo igualitário e democrático. A reforma, nesse ponto, procurou resgatar uma antiga dívida. No vasto campo da atividade probatória, contudo, alguns desvios verificados no curso do processo legislativo, lamentavelmente, mitigaram o impacto de importantes inovações. De qualquer modo, no balanço entre os avanços e os retrocessos o resultado é, sem dúvida, positivo.

Com efeito, a reafirmação do princípio do livre convencimento fez-se acompanhar de uma limitação à formação do material cognitivo. Resulta daí a distinção entre os elementos informativos e as provas. Os primeiros são obtidos na fase investigatória, sem a participação dialética das partes. Prestam-se para a fundamentação das medidas cautelares e também para a estruturação de uma acusação. As provas, por sua vez, têm o seu regime jurídico ligado ao contraditório judicial⁽¹⁾. São aquelas produzidas com a participação do acusador e do acusado e mediante a direta e a constante supervisão do julgador. Somente em situações excepcionais é que se admite um contraditório postergado. É o caso das provas antecipadas — quando evidenciado o perigo real e concreto de perecimento do objeto probatório — e das não repetíveis — como no caso de alguns exames periciais. Logo, uma vez não preenchidos os requisitos da cautelaridade, a prova deverá ser produzida, necessariamente, em juízo.

Mas, a coesão de um modelo processual de partes foi comprometida. Isso porque a proibição total de inserção dos elementos informativos no campo cognitivo, desenhada pela proposta original da Comissão de Reforma, foi sensivelmente abrandada. Pela versão aprovada, fica o juiz autorizado a buscar naqueles elementos o reforço para certas provas produzidas em contraditório, confirmando assim a veracidade de uma das teses. Mais lógico seria que o conflito resultante de provas divergentes, não superável pela possibilidade de obtenção de novas provas, levasse à absolvição do acusado e não à invocação de elementos colhidos unilateralmente.

De qualquer modo, o reforço das partes

na condução da atividade probatória não é incompatível com o princípio publicístico⁽²⁾ e os efeitos dele decorrentes na delimitação do papel desempenhado pelo julgador. De fato, a composição entre os interesses contrapostos representados pelo poder-dever punitivo e pela liberdade jurídica é que levou à consagração, uma vez mais, de poderes instrutórios a cargo do juiz. A dimensão, contudo, deve assumir contornos próprios de um processo democrático. Daí ser a atuação complementar e jamais inibidora da atuação das partes. Trata-se, inclusive, de importante mecanismo para o resguardo da própria dimensão dinâmica da igualdade processual.

Indesejado, entretanto, é o poder inserto no inciso I do artigo 156 o qual permite a determinação, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, da produção de provas antecipadas. A previsão, se mal conduzida, pode levar o juiz ao perigoso terreno da atuação investigatória subvertendo-se, assim, o sentido de um processo penal de matriz acusatória. Ora, como se sabe, investigar e instruir são fenômenos diversos. O primeiro concentra as energias para a construção de uma acusação de modo que o sujeito que a conduz dificilmente deixará de ficar a ela vinculado. Diferente é o fenômeno da instrução. Aqui, pelo experimento probatório, examina-se a veracidade ou não de uma imputação que foi apresentada por um sujeito invariavelmente diverso do julgador. Todos participam desse experimento. Uns de forma prevalente — as partes —, outros apenas em caráter suplementar — juiz ou jurados —, desde que informados pela necessidade de melhor aclarar os fatos. Trata-se de condição indispensável para a adequada e justa prestação jurisdicional e para a composição dos interesses públicos contrastantes que permeiam o processo penal.

Mas, o livre convencimento também encontra barreiras no campo das provas ilícitas tendo a reforma, nesse aspecto, regulamentado a vedação constitucional. Com efeito, embrenhou-se o legislador no terreno sempre perigoso das definições, declarando serem ilícitas as provas obtidas em violação às normas constitucionais ou legais. Não se vê aqui alteração do conceito já consagrado pela doutrina e pela jurisprudência e que, na verdade, deita as suas raízes no ensinamento de Nuvolone, figurando Grinover⁽³⁾ como a sua principal adepta.

A prova ilícita é, portanto, aquela obtida mediante desrespeito aos direitos fundamentais da personalidade — intimida-

de, privacidade, integridade física e liberdade. A ilicitude liga-se ao momento da obtenção o que nos remete a uma atividade extraprocessual. São os clássicos exemplos da confissão obtida mediante emprego de tortura e da apreensão de provas com a invasão de residência. Reforça-se, assim, a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas. Quanto às últimas o vício fica restrito ao momento da introdução da prova no processo. A sua obtenção foi lícita, porém, quando de sua incorporação ao processo, descuroou-se da observância dos mandamentos processuais. Dessa forma, enquanto a prova ilícita sequer pode ser admitida, a ilegítima é admissível, porém, torna-se inválida. O ato de produção pode ser repetido, até mesmo porque a prova já foi obtida e a questão liga-se aos meios adequados para a sua introdução no processo. Já quanto à prova inadmissível, não será possível a sua repetição. Afinal, o vício liga-se à obtenção, vale dizer, à descoberta da prova. E, caso tenha sido inadvertidamente admitida, deverá ser extirpada dos autos e inutilizada, uma vez preclusa a respectiva decisão.

A inadmissibilidade não deveria ser puramente formal. Por isso, correta era a previsão constante na versão original que impedia o pronunciamento judicial por parte do magistrado que tivesse tomado conhecimento do conteúdo da prova ilícita. O parágrafo, todavia, foi vetado sob argumento de que comprometeria a eficácia do processo penal. Haveria, reconheça-se, especial dificuldade em estruturar o mandamento, notadamente, naqueles juízos únicos o que poderia, inclusive, prejudicar a celeridade de processos de réus presos. Dessa forma, a problemática da prova ilícita, quando enfrentada pela própria sentença, abre o caminho para a impugnação pela via da apelação não se olvidando, por óbvio, da possibilidade de impetração do *habeas corpus* para a correção do constrangimento decorrente de uma indevida admissão.

Mas não é só. A inadmissibilidade também se estende às provas derivadas, vale dizer, aquelas que estão ligadas por um nexo causal às provas ilícitas. É a consagração da teoria dos frutos da árvore envenenada cunhada pela Suprema Corte norte-americana ao longo de várias décadas. E aqui repousa o grande perigo da reforma: a sedimentação, no terreno normativo, de uma construção jurisprudencial que, pelas características daquele sistema jurídico, é pautada pela mobilidade própria da riqueza dada pela casuística.

De fato, a primeira aparição do princí-

pio *fruit of the poisonous tree* remonta ao ano de 1920 no caso *Silverthorne Co.* A questão foi sucessivamente invocada até que em 1963, no caso *Wong Sun*⁽⁴⁾ a Suprema Corte assumiu uma postura rigorosa: não importa o quão remota é a ligação entre as provas. Cabe à parte que produziu a prova declarada ilícita demonstrar que as demais não derivaram dela, sob pena de inadmissibilidade de todas. A partir de então, a jurisprudência norte-americana, preocupada com as distorções provocadas pela teoria e, sobretudo pelos altos custos sociais, atenuou o critério da contaminação das provas derivadas incorporando outras regras tais como a da conexão tênue, a da descoberta inevitável, a da boa-fé policial e a da fonte independente. Neste último caso, aliás, as decisões são consideravelmente polêmicas não sendo possível detectar uma diretriz muito clara o que, aliás, é próprio de um sistema dirigido à solução da casuística. Citam-se os casos: *Wong Sun* (1963), *O'Bremski* (1967)⁽⁵⁾, *Bacall* (1971)⁽⁶⁾ e *Murray* (1988)⁽⁷⁾.

De qualquer forma e, de acordo com a reforma, a contaminação não ocorrerá em duas hipóteses. A primeira liga-se à inexistência denexo de causalidade entre as provas derivadas e a originariamente ilícita o que, convenhamos, era afirmação desnecessária⁽⁸⁾. Afinal, se não há o nexo não há que se falar em prova derivada. A única utilidade para tal previsão seria a de afastar a possibilidade de invocação do critério da conexão tênue. Ou seja, somente a ausência completa de causalidade é que obsta a contaminação. Configurado um vínculo, ainda que remoto, o vício se propaga e a inadmissibilidade probatória amplia os seus horizontes.

A segunda hipótese envolve a chamada "fonte independente" que, como examinado, é fator de constantes controvérsias no direito norte-americano. Nesse ponto, a redação dada pelo legislador não é clara. Propõe a adoção de um raciocínio hipotético⁽⁹⁾. Com efeito, a fonte é reputada independente quando, por si só, pudesse conduzir ao objeto da prova. O legislador sugere, portanto, uma avaliação judicial sobre as fontes geradoras da prova derivada. É caso configurada alguma que pudesse levar à obtenção daquele fato, independentemente da prova originariamente ilícita, a contaminação deixará de existir. A operação proposta é perigosa podendo levar a um alargamento da tolerância judicial das provas derivadas desvirtuando o sentido da teoria.

Na verdade, a questão de fundo que envolve a problemática das provas ilícitas liga-se aos limites éticos do exercício do poder estatal. De fato, em países cuja história foi marcada por períodos de exceção, em que as violências e os abusos às liberdades públicas constituíram triste realidade, a legitimação do Estado é obra de reconstrução diária. Reconquistar a confiança coletiva exige, sobretudo, uma mudança de paradigmas por parte dos agentes pú-

blicos. Daí o repúdio às ações arbitrárias. A proibição, todavia, por si só, seria inócua caso não fosse acompanhada de uma rigorosa sanção e que é justamente a imprestabilidade processual das provas obtidas ilicitamente assim como das derivadas. O mecanismo deve ser visto, sobretudo, como forte estímulo ao aprimoramento técnico-científico da atividade investigatória, com a superação definitiva do emprego de métodos espúrios. O custo social é, muitas vezes, alto. Mas, ainda é o melhor remédio que se dispõe para a sedimentação dos valores do Estado de Direito.

NOTAS

- (1) É o que dispõe o art. 155, *caput*: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.
- (2) **TUCCI, Rogério Lauria.** *Princípio e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- (3) *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. 2ª ed. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- (4) Agentes policiais, através de confissões, invadiram várias residências até que um dos moradores indicou Wong Sun como vendedor de heroína. Invadiram a sua residência, porém, não encontraram o entorpecente. Mesmo assim, o Ministério Público procurou utilizar as declarações dos vizinhos, obtidas após as invasões domiciliares, para fundamentar a acusação. http://supcourt.ntis.gov/get_case.html. Acesso em 16.06.2008.
- (5) Uma menina de 14 anos foi encontrada em uma busca ilegal realizada no apartamento do réu. As suas declarações não foram consideradas ilegais porque foram reputadas oriundas de uma fonte independente e anterior à busca ilegal. Isso porque os pais já tinham noticiado o sumiço da menor e já havia informações de que ela estaria no interior do apartamento. **LFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.** *Criminal Procedure*. 2ª ed., West: St. Paul, 1992, p. 473.
- (6) Agentes alfandegários apreenderam, sem qualquer ordem judicial, objetos e contataram oficiais franceses para que investigassem outras atividades relacionadas com o agente. Os oficiais conseguiram apreender documentos que o vinculavam a outros crimes. Esta atuação foi considerada independente da conduta ilícita anterior e, portanto, reputada válida. <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/443/1050/>. Acesso em 16.06.2008.
- (7) Policiais estavam investigando atividades relacionadas a drogas e viram Murray e outra pessoa saírem de um depósito. Avisaram outros policiais que conseguiram detê-los em poder de maconha. Os policiais ingressaram no depósito e constataram que havia vários pacotes. Saíram e obtiveram um mandado. Entraram pela segunda vez e apreenderam o material. A Suprema Corte manteve a prova nos autos. Entendeu tratar-se de uma fonte independente. <http://supreme.justia.com/us/487/533/case.html>. Acesso em 16.06.2008.
- (8) É o que dispõe o art. 157, § 1º: "São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras..."
- (9) Art. 157, § 2º: "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."

Marcos Zilli

Mestre e doutor em Direito Processual; professor Doutor de Processo Penal na Faculdade de Direito da USP e coordenador do Departamento de Relações Internacionais do IBCCRIM



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

1º VICE-PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

2º VICE-PRESIDENTE: Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO: Carlos Alberto Pires Mendes

2º SECRETÁRIA: Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRA: Sílvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

Carlos Vico Mañas

Marcio Bártoli

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maurício Zanoide de Moraes

Tatiana Viggiani Bicudo

COORDENADORES-CHEFES:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Avila Maronna

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Guilherme Madeira Dezem

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

NÚCLEO DE PESQUISAS: Jacqueline Sinhoretto

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM

junto ao Olapoc:

Flávia D'Urso,

Glauber Callegari

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS: Juliana Garcia Belloque

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

CONVÊNIO: André Augusto Mendes Machado

HISTÓRIA: Roberto Maurício Genofre

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Renata Flores Tibyriçá

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Andrei Koerner

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Rui Stoco

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL MATERIAL COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

Paulo Rangel

O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL MATERIAL COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

É cediço, em doutrina e jurisprudência pátrias, que o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa tem inteira aplicação no âmbito do Direito Penal, pois *“lei posterior que de qualquer modo vier a prejudicar o agente não terá aplicação retroativa, ou seja, não poderá alcançar os fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor”*⁽¹⁾. Até aqui nenhuma novidade, muito menos dificuldade de compreensão.

“CF: Art. 5º XL – A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

O problema é quando nos deparamos com uma modificação processual penal. Até porque toda a doutrina, quando trata do princípio, o analisa apenas no âmbito do Direito Penal, como se o processo penal não fosse lei penal ou como se o princípio da aplicabilidade imediata, com sede infraconstitucional (art. 2º do CPP), se sobrepusesse à Constituição da República. É pior: como se o tal *tempus regit actum* tivesse a força normativa da Constituição. Ledo engano.

Tourinho⁽²⁾ nos define o que são normas penais: *“Todas aquelas que atribuem virtualmente ao Estado o poder punitivo, ou também, aos órgãos do mesmo Estado ou a particulares o poder de disposição do conteúdo material do processo, vale dizer da pretensão punitiva.”*

Destarte, podemos asseverar que existem normas processuais penais materiais⁽³⁾ que são amparadas pelo princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, por se tratar da garantia política do cidadão contra o exercício arbitrário do Estado e da sua mínima intervenção na esfera das liberdades públicas. Isso é viver em um Estado Democrático de Direito. É o preço que pagamos por viver em uma democracia.

Se o conteúdo do texto legal for de Direito Processual Penal material devemos submetê-lo à Constituição da República, sob pena do princípio da aplicabilidade imediata (art. 2º do CPP) se sobrepor ao da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, XL da CF). Em nenhum momento a Constituição diz que o referido princípio, ou que a expressão “lei penal”, somente se aplica ao Direito Penal material. Disso se ocupam os inimigos da Constituição, os que pensam ser ela apenas uma folha de papel.

Não há conflito entre os dois princípios, nem poderia haver. O que há é um “mal-estar hermenêutico”, ausência de interpretação constitucional.

Trata-se de (re)afirmação dos direitos e garantias *fundamentais*. Quer-se dizer: normas que fundam, que servem de alicerce, que dão início a uma construção, que tem caráter essencial e determinante e, por isso, dão origem ao Estado Democrático de Direito.

Logo, pergunta-se: a Lei 11.689/08 quando suprime o recurso de protesto por novo júri e transforma o seu procedimento especial escalonado em procedimento sumário, encurtando-o e diminuindo a oportunidade de defesa, dentre outras modificações, aplica-se aos fatos (crimes) anteriores a sua vigência?

Entendemos que não. Vejamos.

O recurso de protesto por novo júri tem sua origem no Império, quando o réu era condenado a pena de cinco anos de degredo ou desterro, três de galés ou prisão, ou pena de morte (art. 308 do Código de Processo Criminal de Primeira Instância), dando ao acusado a oportunidade de ser levado a novo julgamento a fim de que eventual erro judiciário pudesse ser revisto e reparado.

Ingressando na República mudamos sua fundamentação: será admissível sempre que a pena for igual ou superior a 20 anos de reclusão. Trata-se de matéria, exclusivamente, de Direito Penal benéfica ao réu que, uma vez excluída do Código, tem ultra atividade aos fatos que foram cometidos antes da vigência da Lei 11.689/08. Em outras palavras: a lei em comento é mais gravosa não podendo retroagir para alcançar os fatos que lhe são pretéritos.

Trata-se de aplicação do princípio constitucional da irretroatividade da lei processual penal mais severa (art. 5º, XL), sob pena de criarmos uma instabilidade jurídica. A lei nova, se benéfica, retroage. Do contrário, irá regular os fatos futuros. O princípio da aplicabilidade imediata da lei processual penal (art. 2º do CPP) tem que passar no filtro axiológico da Constituição, ou seja, *se for benéfica* a lei processual penal nova aplica-se, desde logo, aos fatos sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Do contrário, *não*.

No caso em tela, a revogação do protesto por novo júri é prejudicial ao réu que, quando na data do fato, tinha direito ao novo julgamento, caso fosse condenado ao *quantum* de pena igual ou superior a 20 anos de reclusão, em primeiro julgamento. As regras dos arts. 607 e 608 revogadas são de Direito Processual Penal

material. Envolvem pena e o direito amplo de defesa.

Quanto ao rito sumário adotado houve diminuição do direito de defesa, coarcando-o. Antes, o réu tinha direito a um rito bifásico com maior oportunidade de defesa. Agora, a lei nova restringe colocando-o em contato com seu *defensor público (não o advogado)* pela primeira vez na AIJ quando já será interrogado, sem que antes possa ter dito ao defensor público quais seriam suas testemunhas (§ 3º do art. 406).

Ora, como o defensor irá arrolar testemunhas e fazer uma resposta prévia a altura do fato imputado se sequer esteve com o réu, anteriormente? Como iremos ouvir as testemunhas de defesa, em um único ato, se o defensor público sequer sabe quem é o réu e quando souber já será na AIJ? A lei nova é boa para os advogados, mas não para a Defensoria Pública que é quem defende a maioria dos réus no júri. Os juízes, ao determinarem a citação do réu, desprovido de advogado, deverão determinar sua vinda ao fórum para se entrevistar com o defensor público a fim de que este possa oferecer a resposta prévia. É o mínimo.

Destarte, para os fatos cometidos anteriormente a vigência da lei o rito a ser seguido será o escalonado pela irretroatividade da lei processual penal material mais gravosa.

Somos contra a revogação do protesto por novo júri. Na democracia não se luta para perder direitos, mas para conquistá-los e preservá-los. Melhor seria mudar a fundamentação do recurso. Caberia sempre que a decisão dos jurados fosse por 4x3, condenando ou absolvendo. Ou se aumentássemos o número de jurados para 12, exigindo decisão por maioria, quando houvesse empate adotaríamos o resultado mais favorável ao réu.

Vamos aguardar o que a doutrina e os tribunais irão dizer.

NOTAS

- (1) GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 119, v.1.
- (2) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 117, v. 1.
- (3) Cf. CARVALHO, Américo Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 1997, p. 263.

Paulo Rangel

Doutor em Direito pela UFPR e promotor de Justiça, titular do II Tribunal do Júri

TRÊS REFLEXÕES SOBRE O NOVO PROCESSO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Luis Fernando Camargo Vidal

Veio a lume o novo procedimento do júri, inspirado na racionalização e simplificação. Das inúmeras inovações, três têm alcance na estrutura e vida do processo penal.

A nova lei afastou-se em boa hora do projeto original que extinguiu o sumário de culpa, e manteve a sua ordenação básica tal qual no Código vigente, estruturando-a entre o recebimento da denúncia e a pronúncia, sob a denominação de instrução preliminar. Porém, como no projeto, a nova lei suprimiu a oferta do libelo-crime acusatório. Em seu lugar previu um relatório do juiz que será distribuído junto com a decisão de pronúncia ao jurado, após o compromisso do conselho de sentença (arts. 423, II, e 472, parágrafo único). Seguem a instrução e os debates.

Evidencia-se que foi rompida a autonomia do juízo da causa em relação ao juízo de culpa, própria do processo bifásico, pois se vinculou a pronúncia imediatamente à oferta do relatório do punho do juiz, na outra fase, quando a lei anterior exigia um ato postulatório da parte acusatória. Este fato tem relevância porque a ruptura se faz com a liberalidade da dispensa da formalização da acusação pela parte, tal qual admitida pela pronúncia, e não como denunciada.

Dáí resulta que, na nova lei, quem afinal acusa é o juiz pronunciante, e não a parte. É tanto é assim que a instrução em plenário se inicia sem que o jurado e a defesa técnica tenham acesso a uma única palavra sobre os termos da acusação, por quem deve fazê-la. Inacreditavelmente, o acusador só irá se pronunciar sobre o que quer no já adiantado do julgamento, quando dos debates. O absurdo é tão patente que a lei, contraditoriamente, proíbe o uso da pronúncia como argumento de autoridade nos debates (art. 478, I). Corretamente veda a lei o uso retórico da pronúncia, mas abusa dela para substituir ato da própria parte e formalizar a acusação.

Caberá refletir sobre a conformação disso ao Devido Processo Penal, particularmente à luz do princípio acusatório. Curvada ao argumento falacioso e repetido *ad nauseam* de que o libelo é fonte inesgotável de nulidades, a nova lei incumbiu o juiz de suprir inércia da parte acusatória, e reservou a ele a oportunidade de gerar a nulidade ao redigir relatório, quando lhe incumbiria garantir legalidade. O problema desperta interesse do controle de constitucionalidade.

Foi saudada a simplificação dos quesitos, particularmente a unificação das teses ab-

solutórias em uma pergunta. Temos aqui o estabelecimento do julgamento instantâneo, que muito seduz, mas do qual ainda haverá o que se lamentar.

Sintetizar a oportunidade do acusado de livrar-se da condenação numa única pergunta concede a vantagem de permitir a formação da maioria pela vontade e sem atenção aos motivos.

Porém, sintetizar isso num regime de plena incomunicabilidade dos jurados impede a formação da vontade pela maioria refletida: a dúvida que impedia absolver na primeira tese cede diante da percepção de que outros assim já pensavam, e assim sucessivamente, até que no exame da segunda ou terceira tese surge a maioria.

Mais ainda, sintetizar impede saber a coerência lógica do raciocínio condenatório e impede o controle de verossimilhança da decisão condenatória com a prova dos autos, de modo que veda o julgamento do recurso de apelação do acusado em termos adequados.

Não estamos aqui diante de um vício da magnitude do anterior, pois a desconformidade não é irreconciliável com o Devido Processo Penal. Porém, a depender do comportamento da jurisprudência na tarefa de conformação da aplicação da lei aos valores constitucionais, ainda haverá o dia em que os aplausos se farão lamentosos dos que não sabem as razões da condenação.

Por fim, e esta era a resposta que o governo queria dar à sociedade indignada com os problemas fundiários no país, extinguiu-se o protesto por novo júri, o bode expiatório da absolvição no caso do Pará.

Nestes tempos em que doutos e autoridades se queixam da vassalagem à acusação e do pacto de bem viver entre funcionários do sistema de justiça, é de se questionar a conveniência política de privar o cidadão de um mecanismo de controle inercial contra condenações abusivas.

Só o tempo dirá se há razão na desconfiança, mas que os vingadores sociais estão a festejar, isso lá estão. Preparem-se os réus.

Estas três alterações relevantes, e que suscitam problemas em níveis diferenciados de reflexão, têm em comum evidenciar que não houve racionalização ou simplificação do procedimento. O que confunde papéis constitucionais, dificulta o acesso aos elementos do julgamento, e reduz a esfera de proteção dos acusados não corresponde a isso.

Luis Fernando Camargo Vidal
Juiz de Direito em São Paulo



COORDENADORES REGIONAIS:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

2ª REGIÃO (AC, AM e RR):

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e AL):

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e SE):

Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):

Márcio Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

Ricardo Guinalz

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Carina Quito

COORDENADORES ADJUNTOS:

Andre Pires de Andrade Kehdi,
Caroline Braun, Cecília Tripodi,
Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana
e Renato Stanzola Vieira

"A relação completa dos colaboradores do Boletim do IBCCRIM encontra-se em nosso site."

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas
Tel./Fax (11) 6215-3596
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativa/M - Tel. (11) 6602-3344

"O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas."

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

TIRAGEM: 15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Administrativo Financeiro	2
Comunicação e Eventos	3
Biblioteca	4
Diretoria/Presidência	5
Internet	6
Secretaria	7
Núcleo de Pesquisas	8

www.ibccrim.org.br

E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e
boletim@ibccrim.org.br

A MUDANÇA DO FATO OU DA CLASSIFICAÇÃO NO NOVO PROCEDIMENTO DO JÚRI

Antonio Scarance Fernandes

Quando escrevemos o livro *Reação Defensiva à Imputação* (Revista dos Tribunais, 2002), ressaltamos a relevância do tema da correlação entre o fato imputado e a sentença e, ainda, a importância de ser dado maior destaque ao assunto da classificação do fato, pois, na realidade, o acusado não se defende, como normalmente se afirma, somente do fato descrito, mas também da classificação a ele dada pelo órgão acusatório.

Em virtude de ter sido promulgada nova lei sobre o procedimento do júri, parecem-nos assim interessante verificar de que forma a mudança do fato ou da classificação foi por ela tratada. Entenda-se, aqui, a expressão mudança do fato de forma ampla, de sorte a abranger casos em que houve descoberta de fatos novos ou de novos agentes.

Quando responder à acusação, o denunciado ou querelado poderá “alegar tudo que interesse a sua defesa” (art. 406, § 3º), incluindo-se, aí, matéria referente a erro na classificação do fato imputado ao acusado. Como o juiz, na pronúncia, deve “declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena” (art. 413, § 1º), poderá corrigir o equívoco na classificação efetuada pela acusação.

Se, na pronúncia, o juiz discordar da classificação dada ao fato pelo promotor ou querelante, há duas possibilidades. Se, apesar da alteração, o crime resultante da nova classificação continuar sendo da competência do júri, ele “poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito à pena mais grave” (art. 418). O mesmo sucede em outros procedimentos por força da aplicação do art. 383, do CPP. Caso, em virtude da mudança na classificação, o crime deixe de ser da competência do júri, o juiz “remeterá os autos” ao juízo competente para o prosseguimento da causa (art. 419).

Merece realce o tratamento dado pela nova lei à hipótese em que ocorre a demonstração da existência de circunstância elementar não contida na denúncia ou queixa e que configure uma circunstância qualificadora ou uma causa de aumento.

Antes, havia divergência na interpretação do antigo art. 408, § 4º: “O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou na denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave.” Para parcela da doutrina, estaria o juiz autorizado a incluir qualificadoras ou causas de aumento na pronúncia, sem aditamento à denúncia pelo Ministério Público, o que, para outros, era inadmissível, sendo obrigatória a aplicação do art. 384, parágrafo único.

Agora, em que pese ser a redação do novo

artigo 418 semelhante à do antigo 408, § 4º, a dúvida ficou dissipada, pois, conforme § 3º, do art. 411, “encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código”, ou seja, se durante a instrução ficar evidenciada a existência de circunstância elementar não contida na denúncia ou queixa, configurando qualificadora ou causa de aumento, deve o juiz, consoante o art. 384, baixar os autos para aditamento do Ministério Público, com nova oportunidade de defesa.

Em caso de haver “indícios de autoria ou de participação de outras pessoas não incluídas na acusação, o juiz, ao pronunciar ou impronunciar o acusado, determinará o retorno dos autos ao Ministério Público, por 15 (quinze) dias, aplicável, no que couber, o art. 80 deste Código”, o qual prevê a separação do processo. Assim, o promotor poderá aditar a denúncia e incluir novos acusados, os quais serão citados, devendo ser realizada nova instrução, ou, oferecer denúncia em separado com instauração de outro processo.

O mesmo dispositivo poderá servir para a hipótese em que surgir elementos idôneos a respeito de novos fatos criminosos, conexos com aquele da denúncia, levando ao seu aditamento, com renovação da instrução, ou ao oferecimento de outra denúncia.

Outra regra que trata de mudança fática é a do artigo 421, § 1º: “Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público.” Depois, conforme parágrafo seguinte, “os autos serão conclusos ao juiz para decisão”. A ocorrência normalmente citada para exemplificar a regra é da morte superveniente da vítima, que exige a modificação da acusação por tentativa de homicídio para homicídio consumado. Neste caso, pelo novo dispositivo, o Ministério Público, recebendo os autos, deve aditar a denúncia, e o juiz, após ouvir a defesa, proferir nova decisão de pronúncia.

Quanto à desclassificação no julgamento em plenário, a nova lei trouxe importantíssimas alterações.

No art. 492, § 1º, a primeira parte corresponde, com diferente redação, ao que estava no § 2º, do mesmo dispositivo. Prevê que, se “houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir em seguida a sentença (...)”.

Todavia, a segunda parte do novo § 1º, do art. 492, contempla hipótese antes não suficientemente regulada pela legislação em vigor. Determina a aplicação, “quando o delito resultante da nova tipificação for

considerado pela lei como infração de menor potencial ofensivo, do disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Quando passou a vigorar, entre nós, a Lei nº 9.099, muito se discutiu sobre a possibilidade de, em caso de desclassificação em plenário de Júri, ser efetuada a transação prevista no artigo 76. Prevaleceu o entendimento de que os autos deveriam ser remetidos ao Juizado Especial. Posteriormente, a Lei 11.313/2006, reabriu a discussão, ao prever que, em casos de reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação dos danos e da composição civil. Com isso, sem se discutir, aqui, sobre as afirmações de inconstitucionalidade em virtude da competência exclusiva do Juizado Especial para a aplicação da Lei nº 9.099, admitiu-se que, nos processos de júri, fosse feita a transação. Ora, se ela era possível no início do processo, nada impedia que fosse feita, ao final, em caso de desclassificação. De qualquer forma, permanecia ainda alguma dúvida a respeito. Agora, com o § 1º, do art. 492, quis o legislador que fossem aplicadas as regras dos arts. 69 e seguintes da Lei 9.099. Assim, deve o juiz elaborar sentença com a declaração da desclassificação, aguardar o decurso de prazo para o recurso do Ministério Público, e, depois, designar audiência para os fins previstos nos artigos citados.

Outra relevante regra é a do § 2º, do artigo 492: “Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.” Antes grassava divergência sobre a matéria, havendo os que, a nosso ver sem razão, sustentavam a continuidade da votação dos quesitos pelos jurados, a fim de resolverem sobre os crimes conexos. O entendimento predominante era no sentido do dispositivo enfocado. Ora, se, em virtude da votação dos jurados, o crime passa a ser de competência do juiz singular, não havia razão para continuarem votando delitos conexos que, desde o início, não eram da competência do júri. Diferente, contudo, se os jurados absolvem o acusado pelo crime do júri, quando, então, deverão continuar no julgamento dos crimes conexos, pois, nesse caso, afirmaram a competência do júri para o caso.

Antonio Scarance Fernandes

Professor titular de Processo Penal;
procurador de Justiça aposentado e
coordenador do ASF Cursos e Eventos

O FIM DO PROTESTO POR NOVO JÚRI E O JULGAMENTO PELA MÍDIA

Roberto Delmanto Junior

As Leis nº 11.690 e nº 11.689 trouxeram importantes alterações ao Código de Processo Penal, tornando-o em boa parte mais democrático.

Muitas novidades merecem elogios, como a justa atenção dispensada à vítima, que passa a ser comunicada dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos (art. 201, § 2º). Igualmente, o fato das partes formularem as suas perguntas, durante a audiência, diretamente às testemunhas (art. 212), a simplificação dos quesitos no Tribunal do Júri (art. 483) etc.

Não obstante várias as louváveis mudanças, a extinção do *protesto por novo Júri* não nos pareceu acertada.

Sempre nutrimos simpatia por esse instituto que estava presente em nosso ordenamento desde o Código de Processo Penal do Império de 1832. A sua inspiração é inglesa, sendo cabível, àquela época, nas condenações a (a) degredo ou desterro por cinco anos ou mais; (b) galés ou prisão por três anos ou mais; e (c) à morte. Logo depois, em 1841, como explica **Florêncio de Abreu**⁽¹⁾ foi ele restringido somente às condenações à morte ou a galés perpétuas.

Embora abolidas as penas perpétuas e de morte, o protesto por novo Júri, em nossa República, foi mantido na Justiça Federal (Consolidação das Leis Penais), bem como nos Códigos de Processo Penal do Distrito Federal e de Alagoas, para as penas de 30 anos. Em Pernambuco, para as iguais ou superiores a 24 anos; em Sergipe, para as condenações iguais ou superiores a 20 anos, desde que havidas por *maioria de votos*; já em Minas Gerais e Rio de Janeiro admitia-se o protesto mesmo nas condenações unânimes. No Maranhão, cabia o protesto para todas as condenações iguais ou superiores a 20 anos e, às superiores a 10 anos, somente se a condenação fosse por maioria. Em Santa Catarina, cabia o protesto para as condenações por maioria de votos a 12 anos e, na Bahia, superiores a 10 anos; no Paraná, se a condenação fosse igual ou superior a 10 anos e, para as superiores a 6 anos quando o veredicto não reunisse dois terços dos jurados, consoante ensina **Epínoia Filho**⁽²⁾.

No Decreto nº 167 de 1938 foi o protesto por novo Júri mantido para as condenações iguais ou superiores a 24 anos, unânimes ou não, afirmando **Magarinos Torres**⁽³⁾, à época, que “*não cabem aqui louvores à nova lei pela conservação da antigualha, em sua forma primitiva*”, tendo sido, até há pouco, preservado no Código de Processo

Penal de 1941 para as condenações a 20 anos ou mais, independentemente do número de votos.

É verdade que esse recurso, durante sua longa vida, foi alvo de críticas. **Borges da Rosa**, por exemplo, afirmou que o legislador manteve a tradição sem realizar um exame crítico, “*pois que, se o fizesse, provavelmente não adotaria o referido recurso*”, não fazendo sentido haver um duplo julgamento já que “*uma decisão do Júri, clara, completa e concordante, deve, em regra, ser irrevogável, desde que não houver vício ou preterição de fórmulas no processo*”⁽⁴⁾.

Vozes a seu favor também ecoaram, sendo o protesto defendido por **Florêncio de Abreu**⁽⁵⁾. Aliás, **Pimenta Bueno** ao deduzir os argumentos favoráveis ao protesto por novo Júri, dizia, em 1922, que mesmo sendo o Júri imparcial, “*póde a eloquencia do accusador, impressões desfavoráveis ao reo, o horror do crime por si só, uma convicção momentânea, um erro funesto, seduzir ou desvairar o espírito dos jurados; e que penas tão graves como a de morte, ou privação perpetua tão dolorosa da liberdade não devem ter execução sem uma revisão, embora as formulas tenham sido guardadas, e que essa revisão não póde ser outra sinão a de um novo jury*”⁽⁶⁾.

E após 176 anos de existência, a nossa tradição foi, enfim, abolida, e por quê?

Comentando a exposição de motivos do Projeto de Reforma do Júri recém-aprovado, **René Ariel Dotti** defendeu a extinção do recurso, aduzindo ser forçoso reconhecer que a “*estratégia*” de quase sempre aplicar a pena abaixo de 20 anos compromete a aplicação da *pena justa*, exclusivamente para “*fugir do ônus de um novo julgamento com a fatigante reencenação da vida e da morte dos personagens do fato delituoso*”, bem como “*evitar os riscos de uma absolvição do réu que já foi condenado*”⁽⁷⁾, como aconteceu, há pouco, no famoso e triste assassinato da irmã **Dorothy Stang**, defensora da floresta amazônica no Pará, tendo um fazendeiro, condenado a mais de 20 anos pela acusação de ser o mandante do crime, sido absolvido em um segundo Júri.

Poder-se-ia, assim, argumentar que o protesto por novo Júri garantia nada mais do que o privilégio do segundo julgamento “*errar por último*”.

Ousamos discordar, mesmo porque temos, hoje, uma situação jamais pensada.

Trata-se do julgamento pela mídia, transformando-se os processos criminais em verdadeiros *reality shows*, novelas da vida real com capítulos diários, havendo forte contaminação da opinião pública de um País inteiro. O julgamento acaba sen-

do realizado pela sociedade, fora do plenário do Júri...

A absolvição pelo segundo Júri de uma pessoa antes condenada, é, nesse contexto, a maior prova de que a primeira condenação era frágil, por vezes parcial diante do clamor público, demonstrando-se, daí, ser o recurso do protesto por novo Júri muito importante.

Afinal, não se trata de evitar o risco de uma ulterior absolvição; cuida-se de reduzir as chances de uma errônea condenação, sendo o princípio *favor libertatis* o fundamento de todo Estado Democrático de Direito.

Lembramos, ainda, que ao contrário do que sucede, em regra, nos Estados Unidos e na Inglaterra, exigindo-se *unanimidade* do Conselho de Sentença⁽⁸⁾, atualmente no Brasil não há nenhuma exigência nesse sentido, admitindo-se condenações a altas penas com a diferença de um único voto (quatro a três), o que denota fragilidade na convicção dos jurados.

Ademais, com a abolição do protesto por novo Júri, deparamo-nos com uma grande iniquidade.

Com efeito, a pessoa condenada pelo juiz singular a 30 anos por extorsão mediante seqüestro com morte (CP, art. 159, § 3º) tem a possibilidade de ver o mérito de sua condenação reexaminado em uma apelação, a qual devolve todo o conhecimento da causa à segunda instância, *bastando ser o recurso interposto no prazo legal*.

Já agora o condenado à mesma pena pelo Tribunal do Júri, por homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º), ainda que por quatro votos a três, não mais têm a possibilidade de um novo julgamento pelo Júri, a não ser se o Tribunal anular o julgamento em razão de uma nulidade ou entender ter sido a decisão *manifestamente* contrária à prova dos autos (o que é mais limitado).

São por essas razões que, ao invés do radicalismo de se aniquilar o protesto por novo Júri, entendemos melhor tivesse ele sido mantido, quiçá restringindo-o a condenações iguais ou superiores a 24 anos, como já ocorrera no passado, ou limitando o protesto para as *condenações não unânimes* a penas altas, como já ocorrera no Sergipe.

Gostaríamos de salientar, para finalizar, consoante sustentávamos em 2001 com apoio em **Georges Levasseur**, **Jorge de Figueiredo Dias**⁽⁹⁾ e **Américo Taipa de Carvalho**⁽¹⁰⁾, que “*preceitos processuais penais que incidam sobre direitos individuais, como a liberdade, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição, restringindo-os de qualquer manei-*

ra em relação à lei processual penal anterior, não devem aplicar-se a processos por fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor; abrindo-se exceção, pelos motivos expostos, e nesse estrito âmbito, à regra *tempus regit actum*¹¹). A norma benéfica revogada deve, assim, ser aplicada ultratativamente, sendo este o caso dos arts. 607 e segs. do CPP, isto é, do protesto por novo Júri.

Perdemos uma tradição liberal; aumentaram-se as chances de erro judiciário em tempos que trazem novos desafios ao Júri. Tempos, em que as pessoas são julgadas primeiramente pela mídia, contaminando toda a população, nela se incluindo os jurados, que não precisam motivar a sua decisão.

Um segundo Júri traria maior segurança. Se estivermos errados, o futuro dirá.

A REFORMA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

Guilherme de Souza Nucci

Após quase setenta anos em vigor, finalmente alterou-se a legislação processual brasileira em larga escala. O cenário das mais extensas modificações concentrou-se no Tribunal do Júri, com a edição da Lei 11.689, de 9 de junho de 2008, com *vacatio legis* de sessenta dias. Pretendemos destacar apenas alguns pontos, dentre positivos e negativos, da reforma aprovada e em vias de entrar em vigência.

Durante a fase de formação da culpa, que antecede o juízo de admissibilidade da acusação, prevê-se a instrução por meio da audiência única. Nesse momento processual, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas de acusação e de defesa, nesta ordem, à oitiva de peritos, se for o caso, às acareações, ao reconhecimento de pessoas e coisas, ao interrogatório do réu e, finalmente, aos debates orais das partes. Conforme o caso, profere-se a sentença (art. 411, CPP).

A modificação aglutinadora deveu-se ao incentivo à celeridade processual. Entretanto, na prática, não parecem ter sido ponderados os percalços daí advindos. Considerando-se que as partes podem arrolar até oito testemunhas cada, totalizando dezesseis pessoas a serem ouvidas na audiência, sem contar outras, que podem ingressar como testemunhas do juízo, além de incluir, por vezes, peritos, acareações, reconhecimentos e, finalmente, o interrogatório, a audiência poderá contar com mais de vinte pessoas para a oitiva num único dia.

Assim ocorrendo, por cautela, deve o juiz reservar a pauta do dia todo para essa extensa colheita de depoimentos. Não bastasse, o tempo precisa contemplar, ainda, os debates e julgamento. Instala-se o método de uma audiência por dia de trabalho

NOTAS

- (1) Florêncio de Abreu, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 1945, p. 3.
- (2) Eduardo Espinola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, vol. VI, p. 250.
- (3) Antonio Eugenio Magarinos Torres, *Processo Penal do Júri no Brasil*, Rio de Janeiro: Jacintho, 1939, p. 535.
- (4) Inocêncio Borges da Rosa, *Processo Penal Brasileiro*, Porto Alegre: Globo, 1942, vol. IV, p. 44.
- (5) Ob. e p. cits.
- (6) Pimenta Bueno, *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, Rio de Janeiro: Jacintho, 1922, p. 249.
- (7) René Ariel Dotti, "A Reforma do Procedimento do Júri - Projeto de Lei 4.900, de 1995", in *Tribunal do Júri*, coord. Rogério Lauria Tucci, São Paulo, RT, 1999, p. 323.
- (8) Unanimidade criticada Pimenta Bueno (ob. cit., p. 193), citando Paley, para quem há, na verdade, uma

"unanimidade fictícia, que tem mais de coação do que de moralidade", mesmo porque "querer que doze indivíduos tirados à sorte d'entre uma multidão se accordem no mesmo parecer sobre pontos duvidosos, e a respeito dos quaes muitas vezes não se possa obter uma verdadeira unanimidade fechando-os em um gabinete até que a privação de todos os recursos reduza-os á forçada concórdia, é disposição mais própria dos séculos bárbaros que das épocas civilizadas".

- (9) Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português*, Lisboa: Aequitas, 1993, pp. 71 e 72.
- (10) Américo Taipa de Carvalho, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra: Coimbra editora, 1990, p. 221.
- (11) Roberto Delmanto Junior, *As Modalidades de Prisão Preventiva e seu Prazo de Duração*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, pp. 72 a 76.

Roberto Delmanto Junior

Advogado criminalista e doutor em Direito Processual Penal pela USP

forense nas Varas Privativas do Júri.

Entretanto, o que se fará caso alguma das testemunhas falte? A condução coercitiva somente poderá ser feita se tiver havido a intimação por mandado, que não é a regra (faz-se, normalmente, pelo correio). No mínimo, espera-se que, feita pelo correio, tenha sido recebida diretamente pela testemunha, o que é raro (em vários casos, muitas dessas intimações terminam entregues a empregados, parentes ou amigos). Afinal, a testemunha está sujeita a multa e a processo por crime de desobediência, determinando a prudência que sua intimação seja pessoal, com a clara advertência de que poderá ser processada caso não compareça. Ainda que se pudesse determinar a condução coercitiva, em grandes cidades essa diligência pode tomar o dia todo. Não podem as partes e as várias testemunhas aguardar, no fórum, indefinidamente.

Se a testemunha faltante advier do rol da acusação, por si só torna-se causa impeditiva para a oitiva de todas as testemunhas de defesa, dos peritos, da realização de acareação, do reconhecimento e do interrogatório. Outra data haverá de ser designada. O juiz reservará outro dia inteiro para tanto? Se o fizer, como ficará sua pauta, já estrangulada por outras audiências marcadas com o mesmo fim, ou seja, que também irão tomar o dia todo? Somente a prática irá demonstrar como se dará a criatividade de cada magistrado para contornar essa idéia legislativa de celeridade, hoje transformada em lei. Parece-nos, no entanto, não haver outra solução senão começar, com o tempo, a se dar a quebra da audiência una, por inexistir outro método razoável para colher a prova. O importante é que nenhuma testemunha deixe de ser ouvida por con-

ta disso. A lei, portanto, não conseguirá resolver os percalços materiais e a insuficiência de pessoal do Poder Judiciário.

Outro ponto crucial da reforma é a eliminação do libelo. Anteriormente, transitada em julgado a decisão de pronúncia, os autos eram encaminhados ao Ministério Público para a confecção do libelo-crime acusatório. Consistia de peça articulada, onde constaria a imputação, filtrada pela pronúncia, em formato de artigos. Pretendia-se que o órgão acusatório deixasse bem claro o conteúdo das teses a sustentar em plenário, vinculando-se a elas, sem surpreender a defesa. Exemplificando: inserindo-se o réu "A", no libelo, como co-autor, não poderia, em plenário, o promotor sustentar ser ele partícipe do crime.

Sob a alegação de que o libelo era peça geradora de muitas nulidades, terminou fulminado. Criou-se, entretanto, um paradoxo. A Lei 11.689/08, ao mesmo tempo em que fixa a pronúncia como contorno limitativo da acusação em plenário (art. 476, *caput*, CPP), pretende seja essa decisão judicial o mais concisa possível, "limitando-se" somente à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação (art. 413, § 1º, CPP). Ora, extinto o libelo, que serviria de fronteira para a imputação, substituído pela decisão de pronúncia, não se pode exigir que esta seja concisa e supérflua. Ao contrário, o magistrado necessita fundamentar detalhadamente certos aspectos da decisão que julga admissível a imputação. Exemplificando: havendo concurso de pessoas, torna-se curial que haja a delimitação, na pronúncia, de quem atuou como autor, ou co-autor, e quem agiu como partícipe. Outro aspecto, ainda com rela-

ção à pronúncia, diz respeito à necessidade de serem analisadas e, se for o caso, rechaçadas as teses levantadas pela defesa (por ex.: absolvição sumária, por legítima defesa). Não pode ater-se o magistrado unicamente ao cenário da materialidade e dos indícios suficientes de autoria, pois deixaria de fundamentar, como determina a Constituição Federal, a importante decisão acolhedora da acusação para levar o caso a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Pensamos que o equilíbrio deverá impedir e o juiz não se furtará a motivar convenientemente a decisão de pronúncia, inclusive pelo relevante aspecto de ser ela o contorno limitativo da acusação em plenário.

Outros pontos, que pretendemos apenas enumerar, constituirão palco de inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais: a) não há mais quesito obrigatório sobre atenuantes, além de se poder considerar que tanto as atenuantes como as agravantes teriam condições de acolhimento diretamente pelo juiz presidente, sem passar pelo crivo do Júri, com o que não podemos concordar; b) as decisões de absolvição sumária e impronúncia passam a ser impugnadas por apelação, o que é correto, pois são decisões terminativas; c) eliminou-se o protesto por novo júri, aspecto positivo, pois era recurso vetusto e disso-

ciado da atual realidade brasileira; d) há outras causas que proporcionam a absolvição sumária, o que também é correto, embora ainda se mantenha a decisão de impronúncia, a lançar o réu num limbo jurídico (não foi nem pronunciado nem absolvido); e) não há mais recurso de ofício com relação à absolvição sumária; f) instituiu-se multa atualizada para o jurado que, intimado, deixa de comparecer à sessão de julgamento, o que já era esperado há muito tempo; g) há, agora, serviços alternativos para o cidadão que se recusa a servir no Júri, por objeção de consciência, embora não se tenha especificado como tal serviço se dará; h) dificultou-se a separação do julgamento de co-autores e partícipes, determinando que, havendo a cisão, seja primeiramente julgado o autor do fato, elementos que podem ferir o princípio constitucional da plenitude de defesa; i) o relatório do juiz passa a ser feito por escrito e entregue aos jurados, o que é construtivo; j) a leitura de peças foi consideravelmente cerceada, algo que também é positivo, pois os julgamentos necessitam ser objetivos e concentrados; l) oficializou-se o direito ao aparte, em sintonia, pois, com a tradição do júri no Brasil; m) proibiu-se o uso de algemas no réu, como regra, medida harmônica à dignidade da pessoa humana; n)

proibiu-se menção à pronúncia ou decisão equivalente, ao uso de algemas, ao silêncio ou à falta de interrogatório do réu, sob pena de nulidade, algo que será, certamente, foco de tensões e desatinos; o) o questionário ganha novo formato e a mais inovadora alteração diz respeito ao quesito único para todas as teses de defesa: “o jurado absolve o acusado?”; p) preserva-se o sigilo das votações, não mais ocorrendo a divulgação do *quorum* completo; encerra-se a apuração ao ser atingido o quarto voto; q) admite-se, como jurado, qualquer pessoa com mais de dezoito anos, o que não nos pareceu adequado, já que a idade para ingressar na magistratura togada, após a Emenda Constitucional 45/04, elevou-se.

Essas são algumas das alterações produzidas no procedimento e na composição do Tribunal do Júri no Brasil. Muitas são positivas, outras, entretanto, soam-nos negativas. Porém, algo foi feito para contornar as várias décadas sem qualquer modificação da legislação processual penal. O tempo nos irá ditar se mais houve acerto que erro.

Guilherme de Souza Nucci

Livre-docente em Direito Penal pela PUCSP,
doutor e mestre em Processo Penal pela PUCSP
e juiz de Direito em São Paulo

BOM PARA QUÊ(M)?

Aury Lopes Jr.

A Lei 11.690/2008 é resultado de mais uma reforma pontual no arcaico Código de Processo Penal, virado que está, em verdadeira colcha de retalhos. E o problema já começa aqui: a insuficiência de uma reforma pontual, essencialmente minimalista, ilógica e geradora de inúmeras lacunas e dicotomias internas. Ademais, possui um gravíssimo vício de origem: a ausência de um princípio unificador que impede consistência e coerência sistêmica.

E, justiça deve ser feita, por mais qualificados que sejam os juristas que integram a Comissão — e o são, sublinhe-se — o problema é metodológico. Se lhes fosse dada a oportunidade de fazer uma reforma total, com a elaboração de um novo Código, que tenha a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos como núcleo imantador, a situação seria completamente distinta. Assim, há que se compreender a lógica da coexistência, onde o respeito pelo trabalho feito não é diminuído pelas críticas que faremos (que podem ser injustas...) a continuação.

Também se deve considerar que uma mudança legislativa nunca é suficiente, se com ela não vier uma mudança de menta-

lidades. O rompimento com o passado significa superação de paradigmas e estabelecimento de “outra” cultura jurídica. Para isso, o choque deve ser forte. A reforma pontual peca por insuficiência de choque cultural, de força para romper com a estrutura vigente. É inegável que quando as “novas práticas” têm de conviver com as “velhas práticas”, cria-se um terreno fértil para a manutenção do *status quo*. Muda-se tudo, para continuar como sempre esteve...

Registrada a irresignação com a sistemática adotada, façamos uma igualmente “pontual” (assumidamente inconsistente, portanto) análise das principais alterações na sistemática “das provas”.

O Direito é moderno e cartesiano, mas os juristas não deveriam sê-lo. E todos os esforços deveriam ser empreendidos para superar o paradigma da modernidade e do cartesianismo. Infelizmente, insistimos no mundo do “faz de conta que...”, fechando os olhos para a complexidade que aí está e, principalmente, a superação e insuficiência do monólogo jurídico.

O art. 155 não teve coragem para romper com a tradição brasileira de confundir atos de prova com atos de investigação⁽¹⁾,

com graves reflexos na eficácia probatória deles. A redação vai muito bem, até o ponto em que inseriram a palavra errada, no lugar errado. E uma palavra, faz muita diferença... Bastou incluir o “exclusivamente” para sepultar qualquer esperança de que os juízes parassem de condenar os réus com base nos atos do famigerado, inquisitório e superado inquérito policial. Seguiremos assistindo a sentenças que, negando a garantia de ser julgado a partir de atos de prova (realizados em pleno contraditório, por elementar), buscarão no inquérito policial (meros atos de investigação e sem legitimidade para tanto) os elementos (inquisitórios) necessários para a condenação. Significa dizer que nada muda, pois seguirão as sentenças “fazendo de conta que...” o réu está sendo julgado com base nas provas colhidas no processo, quando na verdade, os juízes continuarão utilizando as clássicas viradas lingüísticas do “cotejando a prova judicializada com os elementos do inquérito...” ou “a prova judicializada é corroborada pelos atos do inquérito...”. Quando um juiz faz isso na sentença, está dizendo (discurso não revelado) que condenou com base naquilo produzido no inquérito

policial (meros atos de investigação), negando o contraditório, o direito de defesa, a garantia da jurisdição etc., pois no processo não existem provas suficientes. Quem precisa “cotejar” e invocar o inquérito policial, quando a prova judicializada é suficiente? Aqui, a vedação de utilização dos atos de investigação (excetuando, é elementar, as provas técnicas irrepetíveis e aquelas produzidas no incidente judicializado de produção antecipada) já seria pouco.... O ideal seria ter coragem para romper, buscando a *exclusão física dos autos do inquérito*⁽²⁾. Isso sim seria dar ao inquérito o seu devido valor e garantir o julgamento com base na máxima originalidade da prova (colhida no processo e em contraditório).

O art. 156 sempre foi um grande problema, especialmente para aqueles comprometidos com o sistema acusatório-constitucional. Incrivelmente, ficou pior! É insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. De nada basta uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, autorizar que o juiz de ofício determine uma prisão preventiva (art. 311), uma busca e apreensão (art. 242), o seqüestro (art. 127), ouça testemunhas além das indicadas (art. 209), proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196), determine diligências de ofício (art. 156), reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art. 385), condene ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), admita o chamado recurso *ex officio* (art. 574, I e II, do CPP) etc.⁽³⁾.

Fica evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O juiz deve manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo. Deve-se descarregar o juiz de atividades inerentes às partes, para assegurar sua imparcialidade. Nesse contexto, o **art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório**, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.

A posição do juiz é o ponto nevrálgico da questão, na medida em que *“ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial*

al valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto; o rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um enxerido, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação”⁽⁴⁾.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, há muito tempo, e em diversas oportunidades, tem apontado a violação da garantia do juiz imparcial em situações assim, destacando, ainda, uma especial preocupação com a **aparência de imparcialidade** que o julgador deve transmitir aos submetidos à administração da justiça, pois, ainda que não se produza o pré-juízo, é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento.

Mas não basta a garantia da jurisdição. Não é suficiente *ter um juiz*, é necessário que ele reúna algumas qualidades mínimas, para estar apto a desempenhar seu papel de guardador.

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um *“princípio supremo do processo”*⁽⁵⁾ e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparo judicial justo.

Enfrentando esses resquícios inquisitórios, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos *Piersack*, de 01/10/82, e de *Cubber*, de 26/10/84, consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos pré-juízos conduz à falta de imparcialidade. Seguindo essas decisões do TEDH, aduziu o Tribunal Constitucional espanhol (STC 145/88), entre outros fundamentos, que o juiz-instrutor não poderia julgar, pois violava a chamada imparcialidade objetiva, aquela *“que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim de sua relação com o objeto do processo”*.

Em definitivo, *“a prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência”*. O juiz-instrutor é preventivo e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida pelos diversos pré-julgamentos que realiza no curso da investigação preliminar⁽⁶⁾.

A nova redação, além de incorrer no erro de manter a figura do juiz-ator, foi mais longe, permitindo no inciso I que o juiz “de ofício”, ordene, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e

proporcionalidade da medida.

Pronto, consagraram o juiz-instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de pena que se transforma o processo, formaliza essa decisão. É exatamente isso que **Cordero**⁽⁷⁾, define como o *primato dell'ipotesi sui fatti*, gerador de um *quadri mentali paranoidi*. A decisão já está tomada e o cenário é doentio: devemos nos preparar para atuar com juízes fazendo quadros mentais paranóicos. Na verdade, *transtorno delirante de tipo persecutório*, mas não no sentido de “estar sendo perseguido”, senão de que “deve perseguir” para reparar a injustiça sofrida pela vítima (ou pela “sociedade”, já que se coloca, ainda que inconscientemente, na posição de guardião da limpeza social). A questão poderia ainda ser tratada não no campo da patologia, mas como *sentimentos persecutórios*. De qualquer forma, são evidentes os prejuízos (decorrentes dos pré-juízos) para a imparcialidade do julgador.

Imaginem tais poderes nas mãos de algum juiz-justiceiro, titular de uma vara “especializada (de combate a)”, para compreender-se o tamanho do problema e o grave retrocesso de tal disposição legal. Perde-se um juiz e se ganha um inquisidor. Um bom negócio, sem dúvida... resta saber para quê e para quem...

O **art. 157** traz para dentro do CPP alguma disciplina sobre as provas ilícitas. A inovação, que dará muita dor de cabeça para todos, é a pouco clara disposição acerca do nexo causal que define a contaminação e ainda, a chamada teoria da fonte independente. Como regra, são disposições vagas e imprecisas, que recorrem a aberturas perigosas, como “trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal”. O que é isso? Uma porta aberta, para legitimar-se qualquer coisa que sirva a clara intenção de limitar ao máximo a eficácia do princípio da contaminação.

Mas tinha algo nesse projeto que representava uma grande evolução, rumo ao desvelamento do infantil (ou perverso?) cartesianismo vigente. Era o § 4º do art. 157, cuja redação original era: *“o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou o acórdão.”*

Elementar! É óbvio que o juiz que conheceu da prova ilícita não pode julgar, pois está contaminado. Não basta desentranhar a prova, deve-se “desentranhar” o juiz!

Mas, para surpresa e decepção geral, este inciso foi vetado(!), com uma pseudofundamentação, calcada em risíveis argumen-

tos. No fundo, venceu a ideologia punitivista, e o substancialismo inquisitório, daqueles que, julgando-se “do bem”, não tem pudores em fazer o mal (ao “outro”, é claro), custe o que custar.

A pergunta é: isso é bom para quem? Quem nos protege desse tipo de bondade?

Depois, o que se vê são mudanças epidérmicas, permitindo que as perícias sejam feitas por apenas um perito oficial (e isso é bom para quem?); possibilidade de indicar assistente técnico; maior proteção para a intimidade da vítima; comunicação à vítima do ingresso e saída do acusado da prisão, da designação de data das audiências e também da sentença e acórdão (os pistoleiros de plantão agradecem, pois isso facilitará bastante o trabalho deles...); e al-

gumas outras inovações de pouco relevo.

No fundo, infelizmente, se reforçou a matriz inquisitória do CPP, indo no caminho contrário àquele já sinalizado há muito tempo pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelas bem sucedidas reformas ocorridas em outros países.

Talvez seja melhor assim, seguirmos no mundo onírico, pensando que as coisas vão bem e fazendo de conta que não precisamos nos proteger da bondade dos bons...

NOTAS

(1) **LOPES JR., Aury.** *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 491.

(2) Sobre o tema, consulte-se nossa obra *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, onde explicamos detidamente essas questões.

(3) **LOPES JR., Aury.** *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 55 e segs.

(4) **FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y Razón*, p. 575.

(5) A expressão é de **Pedro Aragoneses Alonso**, na obra *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid: Edersa, 1997, p. 127.

(6) **OLIVA SANTOS, Andrés.** *Jueces Imparciales, Fiscales Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal*. Barcelona: PPU, 1988, p. 30.

(7) **CORDERO, Franco.** *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal; professor do Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS e advogado criminalista

AS REFORMAS PARCIAIS DO CPP E A GESTÃO DA PROVA: SEGUE O PRINCÍPIO INQUISITIVO

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Há sempre coisas não ditas acompanhando o que se diz e podem ser elas as mais significativas caso se queira compreender, de fato, o que está por trás dos discursos fáceis que dominam o cenário das reformas do Código de Processo Penal brasileiro. Tratam-se, como se sabe, de tentativas de *reformas parciais*, algumas absurdas, outras incongruentes, todas lotadas de boas intenções e poucas perspectivas de que venham a vingar, mormente naquilo ao qual se propõem como soluções salvadoras. Com projetos de lei tramitando no Congresso Nacional há algum tempo, algumas acabam de se concretizar, como foi o caso das Leis nº 11.689 e 11.690, ambas sancionadas em 9 de junho de 2008 e publicadas no dia seguinte, alterando, respectivamente, o procedimento do Tribunal do Júri e a matéria relativa à prova, com prazo de *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias da publicação, ou seja, com entrada em vigor em 10 de agosto de 2008.

O que se tem tentado fazer, em primeiro lugar (mas com as devidas exceções importantes como a simplificação dos quesitos no procedimento do Júri, hoje quase uma balbúrdia), são *mudanças para tudo permanecer como sempre esteve*, cumprindo o discurso de *Il Gattopardo*, no romance de Giuseppe Tomasi di Lampedusa: “*Se vogliamo che tutto rimanga com’è, bisogna che tutto cambi*”; em segundo lugar — o que é pior — tudo vem sendo conduzido sob a égide do discurso fácil da *celeridade* que adquire, no processo penal, feição por demais perigosa aos direitos fundamentais (a começar pelo devido processo legal), restando, em *ultima ratio*, por ser apenas uma *palavra sutil* no lugar de *punitivismo* e re-

pressão e, portanto, no mais das vezes, indo de encontro aos princípios e regras constitucionais.

Quando o assunto é reforma, o primeiro ponto é o fundamental porque trata do núcleo dos problemas: é preciso manter o foco no que há de ser reformado, fugindo-se às questões *intra-sistemáticas* para se reconhecer que o problema está no próprio sistema, o que se não atinge com reformas parciais e, desde este ponto de vista, meros remendos. Se é assim, *qualquer reforma deve ser global e incidente sobre todo ele*, bastando recordar a origem fascista do Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941), e seu absoluto descompasso para com a atual Constituição da República, democraticamente promulgada em 5 de outubro de 1988.

Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. Portanto, não recepcionado, o que já deveria ter sido declarado se se tivesse “vergonha” (como diziam os antigos, mas não ultrapassados), mesmo em tempos bicudos de neoliberalismo e consumo da ética.

Para lembrar, vale a noção de *sistema processual*, imprescindível mas muito descurada. É ela, como se sabe, decorrente da posição de Kant (“*conjunto de elementos sob uma idéia única*”; cf. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 4ª ed., Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1997, p. 657), a qual só pode ser bem compreendida através do conceito de *princípio unificador*, pensado como *motivo conceitual sobre o(s) qual(is) funda-se a teoria geral do processo penal*, podendo estar

positivado (na lei) ou não. Como ontológico (ou unificador), princípio é um *mito*, ou seja, *a palavra que é dita no lugar daquilo que, se existir, não pode ser dito, dado não se ter linguagem para tanto*, tudo no sentido da *idéia única* de Kant. Por tal via se vê que a diferenciação dos sistemas processuais entre *acusatório* ou *inquisitório* far-se-á através, antes de tudo, de tal princípio, determinado, aqui, pelo critério referente à *gestão da prova* (CORDERO, Franco. *Problemi Dell’Istruzione. Ideologie del Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1966, pp. 158-164). Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras — mas principalmente — o acertamento de um *caso penal* após a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, é a *gestão da prova* e a forma pela qual ela é realizada que identifica o princípio unificador.

Os demais elementos, que de um sistema podem ser emprestados ao outro, devem ser considerados, todos, *secundários*. É o caso, por exemplo, do processo comportar a existência de partes, o que para muitos, entre nós, faz o sistema — embora insustentável — tornar-se acusatório. No entanto, o argumento não é feliz, o que se percebe por uma breve avaliação histórica: quicá o maior monumento inquisitório fora da Igreja tenha sido as *Ordonnance Criminelle* (1670), de Luis XIV, em França; mas mantinha um processo que comportava partes.

A principal e única diferença definitiva, neste sentido (v., para uma análise do conjunto delas, BARREIROS, José António. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 12), remete à extrema concentra-

ção de poder nas mãos do órgão julgador, no sistema inquisitório, o qual recolhe a prova (antes de qualquer outro) e determina sua produção. Nele, o acusado é mero objeto de investigação e por isso a regra é que seja decretada sua *prisão cautelar*, ficando, assim, à disposição da instrução enquanto verdadeiro objeto e meio de prova. De certa forma, desaparece o cidadão; ou pode desaparecer.

No sistema acusatório, por outro lado, o juiz tem, primordialmente, a função de *garante das regras do jogo*, cabendo às partes apresentarem suas provas, *licitamente obtidas*, razão por que é imprescindível a paridade de armas. O acusado é, assim, *sujeito de direitos*, pois pode se defender em posição de igualdade em relação à acusação (logo, em liberdade: ganha expressão capital a *presunção de inocência*), buscando apresentar o que lhe couber de favorável. Visualiza-se o processo como “*uma discussão, luta ou duelo que entre acusador e defensor se estabelece, perante o olhar imparcial do juiz*” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 247).

O que se nota na estrutura inquisitória, portanto, é uma fusão das funções de acusador e juiz e a conseqüente confusão entre o que seriam métodos *para acusar* e métodos *para julgar*. O juiz, senhor da prova, sai em seu encaixo guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato, privilegiando-se o mecanismo “*natural*” do pensamento da civilização ocidental que é a *lógica dedutiva*, a qual deixa ao inquisidor a escolha da *premissa maior*, razão por que *pode decidir antes e, depois, buscar, quicá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão*. No mais das vezes esse juiz está marcado pelo *Complexo de Nicolas Marshall*, como saborosamente ironiza Alexandre Morais da Rosa (ROSA, Alexandre Morais da. “O Juiz e o Complexo de Nicolas Marshall”. <http://www.ibccrim.org.br>, São Paulo, 23 jul. 2003), um exemplo de pensador e magistrado. Estamos diante daquilo que Cordeiro, com genialidade, chamou de “*primato dell’ipotesi sui fatti*” (CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Roma: UTET, 1986, p. 51): eis o ponto central do sistema e sem o qual não é possível compreendê-lo, muito menos para efeitos de reforma.

É por isso que *só se muda o sistema caso se mude o princípio unificador*, o que significa *retirar*, na medida do possível, o espaço para que o juiz desenvolva o que Cordeiro chamou de “*quadro mental paranóico*” (porque pode tomar o *imaginário* como *real* possível), não deixando que ele seja o *gestor da prova*.

Como se sabe, todos os sistemas atuais são *mistos*, já que se não cogita de um sistema *puro*, mas não é preciso grande esforço

para entender que não há e nem pode haver um “*princípio misto*”, dado ser o princípio, no caso, uma *idéia única* e, portanto, *indivisível*. O modelo de sistema misto, do *Code Napoléon*, com a primeira fase inquisitória e a segunda fase, processual, amplamente contraditória (*mas valendo nela a prova produzida naquela*: eis o nó górdio da patifaria manipuladora!), foi a estrutura dual: investigação preliminar/processo, sendo adotada no Brasil na recente história de sua legislação processual penal, ainda piorada com a adoção do *inquérito policial* em 1871.

Ele nasce (o IP), assim (Lei nº 2.033, de 20.09.1871 e Decreto nº 4.824, de 22.11.1871), com a desvantagem de ser um *procedimento administrativo* e, de conseqüência, inviabiliza a extensão, para si, do *contraditório*, até porque a CR de 88 só o impôs como um direito individual quando houvesse *processo*, conforme art. 5º, LV: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*” A matéria é polêmica, todavia; mas no rigor conceitual não cabe falar de processo no IP.

Nesta esteira, o *sistema processual penal brasileiro* é, indubitavelmente, inquisitório, porque seu *princípio unificador* é o *inquisitivo*, já que a *gestão da prova* está, primordialmente, nas mãos do juiz, senhor do processo.

A solução parece estar na *superação da estrutura inquisitória* e, para tanto, *há de se dar cabo do inquérito policial*, não para se introduzir o chamado *juizado de instrução* (tão ruim quanto aquele), mas para, aproximando-se da matriz *acusatória*, permitir-se *tão-só uma única instrução, no crivo do contraditório*. No mais, a *acusação* poderia ser formulada com base em *investigação* realizada pela polícia, função para a qual existe e está preparada mais que ninguém, ainda que sob o *controle externo* do MP. *Sob as penas da lei*, um órgão de acusação consciente não deduziria ação — imaginando-o *engajado à democracia* — por mera *elucubração mental*. E o juiz, *longe da colheita da prova*, poderia ter as condições suficientes para, sem influências de qualquer gênero, preparar-se para o devido *acertamento do caso penal*.

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⁽¹⁾, 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 reali-

zação de diligências que julgar necessárias para “*dirimir suas dúvidas*”.

Ora, tal preceito é *inconstitucional* porque, de modo escancarado, rompe com o devido processo legal, formal e substancialmente. Ele é, por sinal, pior que o preceito derogado (“*Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.*”), o qual dava a impressão — embora não fosse, na prática, verdadeira — de não participar o juiz da colheita dos meios probatórios na primeira fase da persecução.

Agora, sem embargo, o texto é mais honesto se medido em relação à realidade que se vive, deixando claro o absurdo fascista das entranhas do sistema, inclusive em relação ao próprio magistrado. Afinal, permite-lhe expressamente, *nas duas fases da persecução*, ordenar *ex officio* a produção de provas (os fundamentos supre-se retoricamente a partir de conceitos indeterminados como *necessidade, adequação, proporcionalidade* e — pior — “*dúvida sobre ponto relevante*”) e, depois, cobra-se dele, a partir da base constitucional, equidistância e equilíbrio na condução do processo (ainda confundido, em 2008, com ação penal) e no acertamento do caso penal.

O art. 156, por outro lado, desmente a mera impressão que desavisados podem ter com o novo preceito do art. 155, uma bizarra tentativa de limitação à *livre apreciação da prova*, antes de tudo porque ofensivo ao modelo de pensamento da civilização ocidental, dado sequer ser razoável (eis um dos pontos de sua inconstitucionalidade) se permitir que o juiz ordene a produção de prova *sponte propria* na fase preliminar da persecução penal e, depois, *forme a sua convicção* tão-só “*da prova produzida em contraditório*”. Ora, embora tenham alguns que não entendam e outros que não queiram — ou não queiram ser —, o juiz é *um ser humano*, algo não muito difícil de perceber: numa democracia (quem a quer de verdade?), é sujeito, isto é, assujeitado e, assim, *subjectu*, “*posto debaixo*” da lei. Deste modo, mesmo imperando a Filosofia da Linguagem e os significantes remetendo para outros significantes a fim de, só depois, dar-se *sentido* aos textos, não pode ele, embora como um hermeneuta privilegiado, *dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa* (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 287 e segs.; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática Crítica e os Limites Lingüísticos da Lei. Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Org. Jacinto

Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 230).

É incompatível — e absurdo —, assim, exigir do juiz que se comporte contra a sua natureza (para não falar do inconsciente), o que, por certo, não fará. E a tentativa de reforma — parece evidente — aponta para o fracasso embora, por certo, ajude a consolidar o sistema brasileiro como inquisitório sem que se possa prosseguir com o engodo retórico comprado (com vidas inocentes) de Vincenzo Manzini e Jean-Jacques Régis de Cambacérès, escudeiros de mãos pesadas de Mussolini e Napoleão.

Não se salva da inconstitucionalidade nem o novo texto do art. 157, o qual aterra no âmbito infraconstitucional a regra do art. 5º, LVI, CR (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”), tentando explicitar a proibição à prova ilícita, como se para ganhar vida a Constituição fosse preciso uma reforma no CPP, algo muito próprio de um *Brasil Profundo* em matéria de respeito e aplicação das leis.

Ora, os §§ 1º e 2º, com conceitos indeterminados (o princípio da taxatividade não convive com eles em um espaço democrático porque a CR não deixa), quase acabam com o direito do cidadão, mais uma vez criando-se restrições onde a CR não criou e, pior, deixando a completude delas ao “critério” do juiz. Afinal, quem, de fato, dirá o que é e quando se dará uma prova derivada de outra ilícita em face do “nexo de causalidade” ou quando ela poderia ser obtida “por uma fonte independente” (§ 1º).

Não bastasse isto, quando se fala de “fonte independente” (quer-se, como na velha jurisprudência dos conceitos, bloquear a interpretação pela definição legal, imaginando ser isto possível ou já se sabia e se fez de propósito?), quem dirá o que são “trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal”, nos termos do § 2º?

Enfim, o que era bom do art. 157 foi vetado, isto é, o § 4º: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” E tudo em nome do concreto escopo das reformas, pelo menos do que se vê das “razões do veto”: “imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo”; mesmo que o preço para tanto seja aviltar a democracia processual-constitucional.

Deste modo, preferível teria sido não se reformar nada, deixando-se a CR construir a sua história. Em uma reforma global que mudasse o sistema, jamais se cogitaria de preceitos como estes.

O segundo ponto, por fim, consiste no discurso político justificador das reformas e decorre da adoção (ainda!) de premissas falsamente similares (por evidente que dentro da Filosofia da Consciência) para tra-

tar de fenômenos autônomos e distintos que são os objetos das disciplinas do Direito Processual Penal e do Direito Processual Civil. Com denominadores comuns diferentes, um sistema diverso (o que significa um princípio unificador diverso), um conteúdo do processo diverso e uma diversidade estrutural em cada elemento da trilogia fundamental (jurisdição/ação/processo), não há que se cogitar sobre uma teoria, muito menos geral. Ela, quando aparece, sempre acaba tendo os postulados do DPC aplicados ao DPP, o que invariavelmente significa a utilização de uma lógica patrimonial e privatista nesta dimensão do direito em cujo desenrolar *se vive e se morre*, que é o processo penal.

Daí, certamente, falar-se tanto em reformas em prol da “celeridade”, como se a questão do tempo, aqui, fosse equivalente, por exemplo, ao “pericimento de um bem”. Assim, se tem diferenças estruturais, há que se optar, sem meias palavras, por um processo penal de defesa social, típico dos regimes autoritários, ou por um processo penal constitucionalizado, garantidor dos direitos do acusado, limitador da violência do Estado; e este último, como é evidente, é incompatível com anseios de “celeridade” no sentido de *se condenar mais rápido* ou *se acalmar a sociedade*, exatamente porque seu escopo é garantir que só se puna por meio de um processo legal devido, com a observação do contraditório e dos direitos da defesa. E para tanto, não cabe a pressa.

Se a salvaguarda dos direitos e garantias individuais no processo penal é o melhor critério pelo qual se pode medir o grau de civilidade de um povo (PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio de Procedura Penale*. 4ª ed., Padova: Cedam, 1985, p. 26), mais cuidado se pede ao se reformar aquele que talvez seja, dentre todos os ramos do direito, o que maior impacto exerce sobre a vida humana e especialmente sobre aquela vitimada pela desigualdade no acesso às condições mínimas de vida.

Falar apenas em celeridade como parâmetro de justificação política neste caso é mais uma reafirmação do princípio da eficiência que pauta os sistemas penais em tempos de neoliberalismo. Pode-se, inclusive, argumentar que a principal causa da tão falada “morosidade” seja ligada aos problemas infra-estruturais do próprio Poder Judiciário, como por exemplo a carência de magistrados e serventuários, o que vem também demonstrar como a questão não se dá nem se soluciona no plano normativo, tampouco com o rigor da lei. Passa o tempo e, neste tema, ainda se carece, no Brasil, da *Accademia dei Pugni*, dos irmãos Verri e de Beccaria.

Infelizmente, no entanto, é, no fundo, o anseio punitivo que pauta e motiva as re-

formas parciais, em que pese o espírito democrático (sincero) de muitos dos autores das idéias reformistas; e é por isso que o país continua assim: porque se reforma e se reforma para não mudar nada, seguindo na crença que se melhora com mais pena, mais prisão, mais punição. Faz-se reforma pelas mudanças que, de fato, só se darão quando mudar a base epistêmica. Contudo, quanto sabem, de fato, os juristas, de epistemologia? Se é preciso, efetivamente, mudar o sistema, nota-se que não é algo simples nem fácil: é inquisitório, foi inquisitório, e se tu-do se reduzir à aprovação destas reformas parciais, continuará inquisitório.

Por evidente, muito mais proveitoso teria sido reutilizar o Projeto Frederico Marques, com tudo que a ele se aportou para, limpando-o das excrescências inquisitórias, construir-se algo mais próximo dos postulados constitucionais e, assim, com humildade (sem a qual não se vai adiante democraticamente), esperar que se estabeleça uma “cultura acusatória” (eis a mudança da mentalidade, por todos reclamada) e, destarte, possa-se fazer um novo Código de verdade.

Necessário, portanto — e mais que isso, urgente —, é ousar pensar em uma reforma global, o que significa dizer: um novo Código de Processo Penal. Se ele não vier, pelas razões de sempre — a serviço de alguma ideologia —, fatalmente se poderá, já em curto espaço de tempo, conferir-se os resultados alcançados com estas questionáveis reformas parciais, desde logo com cheiro de “mesma coisa”, por sinal algo que pode ser feito, hoje, com a lei dos Crimes Hediondos, RDD e toda a gama incoerente de uma legislação puramente repressivista, a qual elege alguns, engana outros e faz sofrer a todos.

NOTA

- (1) “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.”

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

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”*); chefe do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Paraná; coordenador do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR; e conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil pelo Paraná

NOVAS LEIS DE PROCESSO: INQUIRÇÃO DIRETA DE TESTEMUNHAS. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

José Barcelos de Souza

1. Até que enfim *legem habemus*, ou por outra, lei até que já tínhamos, mas sem uma interpretação pacífica, ou, mais provavelmente, com sua própria existência desconhecida por alguns juízes, num desmentido ao “*da mihi facta...*”. Tanto que um deles, posto inteligente, culto e já experiente na presidência de júri, virou-se para mim com ar de ofendido e, sem deferir ou indeferir meu pedido de inquirir a testemunha diretamente em plenário de um júri, ou sem perguntar os fundamentos do requerimento, me indagou se “não confiava no juiz”. Assim era, duvidoso para muitos, o direito de as partes, no Tribunal do Júri, examinar diretamente as testemunhas.

Entretanto, já estava claro esse direito no art. 467 do Código de Processo Penal, de acordo com o qual “*terminado o relatório, o juiz, o acusador, o assistente e o advogado do réu e, por fim, os jurados que o quiserem inquirirão sucessivamente as testemunhas da acusação*”, em que fiz o destaque, confirmado pelo subsequente, art. 468, que igualmente vai com meu destaque: “*Ouvidas as testemunhas de acusação, o juiz, o advogado do réu, o acusador particular, o promotor, o assistente e os jurados que o quiserem, inquirirão sucessivamente as testemunhas de defesa.*”

Os destaques foram para salientar que se tratava de uma *lex specialis*, que se opunha à *lex generalis* do art. 212, visto que nesse dispositivo o Código havia adotado o sistema de inquirição chamado *presidencial*, “*isto é, ao juiz que preside à formação da culpa cabe privativamente fazer perguntas diretas à testemunha. As perguntas das partes serão feitas por intermédio do juiz, a cuja censura ficarão sujeitas*” (*Exposição de Motivos Ministerial*, n. X).

Assim, de acordo com as citadas disposições especiais para a produção da prova testemunhal em plenário, não só o juiz, mas também as partes, poderiam inquirir, ao passo que, nos casos em que era de se aplicar a regra geral, somente o juiz inquiria, podendo as partes requerer perguntas.

Bons autores esclareceram o entendimento correto.

Era expresso sobre o assunto **Leão Starling**: “*A inquirição é confiada às próprias partes, diferentemente do que se dá no sumário*” (*Teoria e Prática Penal*, 2ª ed., 1950, p. 168). **Magalhães Noronha** igualmente apontava a diferença, dizendo que no júri as partes inquiriam diretamente as testemunhas (*Curso de Direito Processual Penal*, 2ª ed., p. 363). Também **Espínola Filho**, em mais de uma passagem, demonstrava-se de entendimento semelhante, dizendo, numa delas, que o jurado poderá fazer perguntas dire-

tamente à testemunha (*Código de Processo Penal Anotado*, 3ª ed., v. 4, pp. 433 e segs.).

Outros comentadores do vigente estatuto processual penal não emitiram opinião em contrário, conquanto nada dissessem a respeito da aludida diferença entre as inquirições da instrução criminal e do plenário. De seus comentários, todavia, se infere que entendiam poder as partes questionar diretamente as testemunhas.

É pena que alguns juízes, quer pelo hábito ao sistema da instrução criminal, quer pelo desconhecimento de uma orientação doutrinária em outro sentido, aliado à observação da prática mais freqüente em julgamentos pelo júri, quer pelo receio da maior dificuldade em controlar possíveis abusos, quer por ver na inquirição direta uma *capitis diminutio* à função do presidente, admitiam perguntas apenas por seu intermédio. Certo receio de que advogados se portariam abusiva e inconvenientemente na maneira de inquirir, ou de o precedente carrear dificuldades futuras nos trabalhos do júri, também poderiam concorrer para o entendimento predominante entre os juízes.

Vi isso muitas vezes, pois vinha de há muito tentando, em julgamentos em que atuei, não seguir a praxe geralmente aceita, tendo até em modesta obra, *Teoria e Prática da Ação Penal*, edição Saraiva, 1979, dedicado um estudo sobre a matéria.

Por isso mesmo, certamente terão um sabor de novidade as disposições das novas leis processuais sobre a matéria, tanto mais quanto uma das leis muda na instrução criminal o sistema presidencial para o de inquirição direta.

Boa novidade no que diz respeito à inquirição no Tribunal do Júri. Mas nem tanto no que se refere à instrução criminal. Teria sido bem melhor deixar como estava.

Vejamos inicialmente como ficou disciplinada a matéria na Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, (a entrar em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação), que alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao Tribunal do Júri.

Segundo dispõe o novo art. 473, o juiz-presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado inquirirão, sucessiva e diretamente, as testemunhas arroladas pela acusação; já para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos no artigo; e os jurados poderão formular perguntas por intermédio do juiz presidente (de maneira se-

melhante se tomam as declarações do ofendido, se possível, na ordem indicada para a testemunha de acusação).

Teria sido melhor que o juiz não inquirisse inicialmente, mas apenas se reservasse para, a exemplo do que a Lei n. 11.690, também do mesmo dia 9 de junho de 2008 — lei que altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova —, dispõe no parágrafo único do art. 212, usar da faculdade de complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos.

Lá, na instrução criminal, é que deveria o juiz perguntar, e isto logo de início, visto que a ele caberá proferir a sentença e em geral já tem a orientá-lo depoimentos das testemunhas no inquérito policial.

Em plenário do júri é que não deveria inquirir — e caso contrário por certo só o faria raramente, como na prática ainda acontece na atualidade — senão para algum esclarecimento complementar. Mesmo porque, existe nos autos uma decisão de pronúncia, pelo que com certeza não mais teria motivo para perguntar.

É por essa particularidade que nosso sistema de inquirição no júri difere do *cross-examination* norte-americano, com o qual tem em comum, todavia, um exame direto, mais a participação da parte contrária, o que muito o assemelha ao referido sistema do “exame cruzado”, ao qual, entretanto, não corresponde exatamente, uma vez que, neste, a inquirição das testemunhas é tarefa exclusiva das partes, não a fazendo também os jurados nem o juiz, que se limita a presidir ao ato. O advogado da parte que apresenta a testemunha faz, em primeiro lugar, o chamado “exame direto”, facultando-se à parte contrária, a seguir, sua inquirição, então chamada *cross-examination*.

Nosso sistema, entretanto, atende melhor ao princípio da verdade real, ao permitir que não só o presidente, mas também os jurados, perguntem à testemunha, mas ficaria bem melhor se o presidente ficasse para inquirir ao fim, se entendesse conveniente alguma complementação, agindo, assim, com moderação.

A inquirição das testemunhas pelas próprias partes é, aliás, da tradição de nosso direito, no que diz respeito ao júri.

Antigamente, era ato das partes, incluído o próprio réu (**Pimenta Bueno**, *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, 2ª ed., 1857, n. 241, p. 148; **Galdino Siqueira**, *Curso de Processo Criminal*, 2ª ed., 1917, n. 288, p. 216; **João Mendes de Almeida Júnior**, *O Processo Criminal Brasileiro*, 3ª ed., 1920, v. 2, pp. 415-6), tendo a regra legal recebido encô-

mios do provento **Pimenta Bueno**. Ao juiz era lícito fazer perguntas, mas **João Mendes** aconselhava certo comedimento.

Tendo o juiz passado a também inquirir, embora sem exclusividade, com o advento do Decreto-lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938, que federalizou o processo do júri, critério esse seguido pelo Código vigente, o encargo de inquirir, atribuído ao presidente, incidiu na crítica de **Magarinos Torres** (*Processo Penal do Júri*, 1939, n. 117, p. 432), que presidiu por muitos anos o Tribunal do Júri do Distrito Federal. É que das minúcias só conhecem bem as próprias partes; sabem elas melhor para que fim foram produzidas as testemunhas, podendo ir diretamente aos pontos de interesse para a causa, pelo que as perguntas do juiz seriam desnecessárias.

De qualquer modo, o que muito importa é que, tendo uma das partes inquirido a testemunha, e tendo a outra o direito de contra-inquiri-la, uma e outra diretamente, podemos repetir o que **Francis L. Wellman**, no livro *The Art of Cross-Examination* (Nova Iorque, 1937, 4ª ed., p. 7, disse a respeito do *cross-examination*: ainda não se achou substituto para ele “*as a means of separating truth from falsehood, and of reducing exaggerated statements to their true dimensions*” (“*como meio de separar a verdade da falsidade, e de reduzir afirmações exageradas a seu verdadeiro tamanho*”).

Com efeito, certas limitações que se encontravam e foram, posto mais adequadas ao sistema presidencial de inquirição, mantidas no art. 212, como a inadmissibilidade de perguntas que não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida, não podem ser levadas para a inquirição em plenário do júri. Não constam da disciplina da inquirição no Tribunal do Júri, e a repetição de perguntas é uma técnica de inquirição para a obtenção da verdade que os próprios juízes por vezes usam quando inquirem. Igualmente, perguntas que aparentemente possam parecer estranhas ao processo, podem ser apenas pouco objetivas, mas são por vezes usadas no início do exame direto sem outro objetivo que o de deixar mais relaxada ou descontraída uma testemunha nervosa ou ansiosa. Assim, indagações cordiais sobre onde mora a testemunha, alguma opção de lazer, essas coisas. O presidente não pode impedir isso. É muito importante, aliás, que o juiz seja um bom condutor de audiências.

Em alguns lugares a testemunha senta-se de frente para o juiz, enquanto os jurados se acham mais distantes, atrás ou ao lado. Certa feita coloquei-me junto aos jurados, e comecei a perguntar em voz baixa. A testemunha foi se virando até ficar de costas para a mesa do juiz e de frente para

os jurados, que prestaram muita atenção nas perguntas e respostas.

Bem andou o legislador em deixar bem claro que a inquirição será direta, pois nos julgamentos da competência do júri a prova da autoria, das causas de exclusão da ilicitude e de muitas circunstâncias que podem influir na decisão dos chamados juízes de consciência, entre as quais a vida pregressa, os hábitos e o caráter do réu, é, quase sempre, exclusivamente testemunhal, devendo, assim, ser mais amplamente investigada, e mais eficientemente pesquisados os exageros e propositais equívocos de certas testemunhas. O sistema da instrução criminal, para esse efeito, não satisfaz. A retransmissão de perguntas pelo juiz as torna menos objetivas, menos seguras, e, por vezes, fica desfigurado seu sentido.

Vai aqui uma útil advertência. Não se sinta o advogado senhor da situação para maltratar a testemunha. Afinal, está numa sessão de julgamento criminal e não em uma comissão parlamentar de inquérito. E pode ser surpreendido com uma resposta que o deixe desconfortável. O citado **Wellman** deu bons exemplos. Mas vou ficar com a orientação de nosso velho e estimado processualista **Eliézer Rosa**, que por muitos anos exerceu a judicatura no Rio de Janeiro.

Após criticar o advogado que espicaça a testemunha, que a irrita, que discute com ela, que a provoca enquanto pergunta, diz o seguinte:

“*Vi causas ruírem pela impertinência do advogado, vi causas, aparentemente perdidas, irem-se erguendo, construindo, embelezando, ganhando formas empolgantes, a cada pergunta feita e a cada resposta dada. A prova é o campo de eleição do advogado. Um grande advogado é um grande artista da prova, é na prova que se prova o advogado*” (*Dicionário de Processo Penal*, Editora Rio, 1975, verbebe “Ampla defesa”).

Ia me esquecendo de dizer que, como dispõe agora o art. 475, “*o registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotípia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova*”. “*A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos*”, determina o parágrafo único.

2. Cumpre assinalar que também já de há muito, sob o regime do Código de Processo Criminal, havia regra diferente para o sumário, pois, aí, o juiz inquiriria.

Ocorre que, como já foi dito, a recente Lei n° 11.690, também de 9 junho de 2008, relativa à prova, rompeu com o chamado *sistema presidencial*, adotando, também para a instrução criminal, a inquirição direta pelas partes. É o que agora dispõe o novo art. 212 do Código.

Retornamos, assim, ao que se praticava antes também no processo civil, ao tempo da legislação anterior ao Código de 1939, quando os advogados inquiriam.

Mas aconteceu que o sistema anarquizou-se. Havia a presença de um juiz inerte “*a quem os advogados tentavam negar, por vezes, qualquer intervenção moralizadora*”, como informou **Pontes de Miranda** (*Commentários*, v. 2, p. 242); ou, como lembrou **Costa Carvalho** (*O Espírito do Código de Processo Civil*, p. 187), fazia-se a inquirição, de regra e contra a lei, sem a presença do juiz, pelos advogados das partes que tivessem oferecido as testemunhas.

Naquelas circunstâncias, uma reforma se impunha, e o Código de Processo Civil trouxe a inovação de transferir para o juiz a inquirição das testemunhas, o que também veio a fazer o legislador processual penal, sem se afastar, quanto ao júri, de normas consagradas pela tradição de nosso direito processual. Todavia, como observou em substancioso estudo, o juiz **Martinho Garcês Neto** (*Revista Forense*, 114/322), proibiu demais, com o que se revoltaram os advogados, pois se devia permitir-lhes uma reinquirição direta. E declarou permitir aos advogados fazer a reinquirição direta e o ditado das respostas. Tivesse agora assim disposto o legislador, ficando nesse meio termo, teria sido melhor.

Com essa nova redação do art. 212, o juiz simplesmente poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, cabendo-lhe ainda não admitir as perguntas que não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já feita, como já fazia antes, recusando perguntas semelhantes, acrescentando a lei agora que o juiz não admitirá aquelas perguntas que puderem induzir a resposta.

Ora, ficava muito mais fácil seu trabalho recusando aquelas perguntas e, por isso mesmo, não as formulando quando requeridas, do que tendo de ficar fiscalizando para cortar perguntas daquela natureza. Os atritos ficarão favorecidos. Estando o juiz presidindo à sessão, impediria os abusos porventura manifestados, tais como perguntas visando à manifestação das apreciações pessoais da testemunha, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato, perguntas ambíguas, ou flagrantemente insinuasoras da resposta desejada, ou do exercício de certa coação sobre a testemunha, para arrancar uma determinada resposta.

Melhor seria continuar o juiz inquirindo, como sempre fez, à vista dos termos da denúncia ou queixa, do que constar do inquérito policial, se houver, e agora, também da resposta do réu, e deixar para as partes a complementação. Aí, até, vá lá, reinquirindo diretamente.

Isso lhe seria muito útil para a sentença,

tanto mais agora que a recentíssima Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008 prestigia o princípio da identidade física do juiz.

É claro que diante de tudo isso, não deverá, nem as partes deverão aceitar, a delegação da presidência da instrução para escrevente, assessor e muito menos o estagiário.

3. Por falar em princípio da identidade física, que o Código de Processo Penal não esposava, a recente Lei n. 11.719, de 20/06/2008 acaba de adotá-lo com as alterações que introduziu no mesmo Código.

E lá está no art. 399, § 2º, em nova redação: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”

Mas, e se isso não for possível?

É desnecessário dizer que, enquanto não entrar em vigor a nova lei, não se inclui entre os princípios informativos do processo penal o da identidade física do juiz. Além da falta de texto expresso a impô-lo, a regra oposta, da não identidade, decorreria do parágrafo único do art. 502, *verbis*: “O juiz poderá determinar que se proceda, novamente, a interrogatório do réu ou a inquirição de testemunha e do ofendido, se não

houver presidido a esses atos na instrução criminal”, dispositivo que a lei citada expressamente revogou, mas cuja diretriz ainda poderá ser de utilidade, mesmo depois de entrar em vigor a mencionada lei, que não esclareceu o que fazer na impossibilidade de seu cumprimento.

Difícilmente ocorrerá a oportunidade de aplicar aquela diretriz da renovação dos debates, já que haverá, com a nova legislação, mais segurança na fidelidade e conservação da prova. Entretanto, em lugar em que não se dispuser de meios para conservação dos debates orais, e não houver memoriais ou resumo consignado no termo de audiência, nada impede que novo juiz que vier a sentenciar determine a renovação dos debates e das alegações finais.

Quanto à falada impossibilidade, não rara, de o juiz que tiver presidido a instrução proferir a sentença — casos de aposentadoria, remoção ou promoção, enquanto se aguardava a apresentação de memoriais —, a solução será proferi-la outro juiz, sucessor ou substituto.

Como explicou Orlando de Souza (*Manual das Audiências*, 12ª ed., Editora Sarai-

va, São Paulo, 1987, pp. 91, 136-138), quanto à hipótese de aposentadoria “*não se duvida de que o juiz aposentado não mais exerce a função jurisdicional e, por isso mesmo, não poderá proferir a sentença*”. Já quanto aos casos de remoção e promoção, referiu-se o citado autor, na área cível, a divergências que ocorreram e a “*alguns julgados apegados ao princípio da identidade física, com que rompeu o Código, que argumentam com a facilidade de poder o juiz, já em outra comarca, mandar a sentença pelo correio*”. E explicava: Também não pode proferir a sentença o juiz “*removido ou promovido, depois da assunção do exercício em outra vara ou comarca. A sentença seria nula (Cód. Proc. Penal, art. 564, I)*”. Por motivo de incompetência, observou.

José Barcelos de Souza

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, aposentado, e das Faculdades Milton Campos; livre-docente pela UFMG; subprocurador-geral da República aposentado; e diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais

LEI 11.690/2008 E AS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Marta Saad

A Constituição da República, no artigo 5º, inciso LVI, estabelece que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Clara a inadmissibilidade das provas ilícitas, violadoras de normas fixadas pela Constituição ou pela legislação ordinária, ainda havia espaços para discussão, em termos de admissibilidade ou não de determinada provas.

Uma destas questões se referia à extensão dos efeitos da ilicitude, a chamada prova ilícita por derivação. Trata-se daquela prova que, por si mesma, é lícita, mas a que se chegou por meio de informação tomada de prova ilicitamente obtida (*v.g.*, os elementos de prova colhidos a partir de escutas telefônicas ilegais, busca e posterior apreensão sem autorização judicial ou consentimento, confissão mediante tortura etc.).

Neste ponto, dúvida residia em saber se somente a prova conseguida com infringência à regra do ordenamento deveria ser excluída ou, por derivação, também as outras provas, cuja descoberta somente fora possível a partir daquela inicialmente viciada, deveriam ser igualmente afastadas.

A indagação, claro, não é exclusiva do sistema brasileiro. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920), enfrentou a questão e, considerando tais

provas derivadas igualmente ilícitas, formulou a teoria dos frutos da árvore envenenada — *fruit of poisonous tree doctrine* ou *taint doctrine* —, segundo a qual a ilicitude da prova original se transmite às subseqüentes (o vício da planta passa a seus frutos). De se notar, porém, que a própria Suprema Corte dos Estados Unidos traçou limites à proibição absoluta de utilização dos elementos derivados da prova ilícita: (i) excepcionam-se da vedação as provas derivadas da ilícita quando a conexão entre uma e outra é tênue, de modo que não se portam como causa e efeito: trata-se, no caso, de uma *independent source* (caso *Bynum v. United States* (1960)); (ii) também fogem da vedação as provas derivadas da ilícita quando poderiam, de qualquer maneira, ser descobertas de outra forma: é o *inevitable discovery* (caso *Nix v. Williams (Williams II)* (1984)). Nestas duas hipóteses, as provas não ficam contaminadas e podem ser admitidas e valoradas em juízo.

No Brasil, a doutrina acolhia a tese e defendia que, em razão mesmo da garantia constitucional da proibição de prova ilícita, a ilicitude da obtenção da prova se transmitia às provas dela derivadas, devendo estas últimas, por isso, ser igualmente retiradas dos autos.

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o alcance da norma contida no arti-

go 5º, inciso LVI, da Constituição da República, também vem considerando ilícitos os elementos de informação obtidos por meio de transgressão ao ordenamento, ainda que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação, aderindo, assim, à tese do frutos da árvore envenenada (cf. *HC 69.912*, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 25.03.1994; *HC 73.461*, rel. min. Octavio Gallotti, *DJ* de 13.12.1996; *HC 74.116*, rel. p/acórdão min. Maurício Corrêa, *DJ* de 14.03.1997; *HC 73.351*, rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 19.03.1999; *HC 72.588*, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 04.08.2000; *HC 75.497*, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 09.05.2003; *HC 82.788*, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 02.06.2006 e, mais recentemente, *RHC 90.376*, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 18.05.2007, entre outros).

Isto tudo, portanto, foi sendo, pouco a pouco, consolidado em termos jurisprudenciais, com apoio doutrinário, sem que houvesse, contudo, lei ordinária que regesse a matéria.

Daí a importância da Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, que dá nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal e determina que “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”, para, a seguir, no § 1º do artigo 157, positivar, no direito

brasileiro, norma que consagra a chamada teoria dos frutos da árvore envenenada e suas limitações: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.” Depois, para que não restem dúvidas, explícita, no artigo 157, no § 2º, o que deve ser entendido por fonte independente: “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.”

Em resumo: consideram-se contaminadas pelo vício da ilicitude derivada as provas alcançadas a partir do conhecimento de fatos apurados por meio de prova ilícita, evidenciado o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a subsequente. Nestes casos, a ilicitude originária se transmite a outros dados probatórios, que nas primeiras se apóiam, delas derivam ou nelas encontram fundamento causal (STF, RHC 90.376, rel. min. Celso de Mello, DJ de 18.05.2007). Pelas mitigações impostas pela lei ordinária, não comprovado o nexo de

causalidade, a prova subsequente é válida. E, ainda que evidenciado nexo de causalidade entre ambas, a prova derivada é quando puder ser obtida por meio de fonte independente.

Em boa hora, portanto, disciplinou-se, em lei ordinária e de forma clara, a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, seu limite e extensão.

Marta Saad

Advogada; mestre e doutora em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

COM A PALAVRA, AS PARTES

Rogério Schietti Machado Cruz

Após longa tramitação pelos gabinetes do Parlamento, o PL 4.205/01 fez-se lei (nº 11.690, de 9/6/08), aportando ao Código de Processo Penal importantes mudanças no capítulo relativo às provas, cuja produção passa a contar com uma participação mais ativa e direta das partes. Antes, contudo, de enfrentarmos essa questão, vale registrar que, com a entrada em vigor da nova lei (60 dias após sua publicação), o processo penal brasileiro passa a:

1. **Vedar de modo explícito**, no novo texto do artigo 155 do CPP, a **utilização exclusiva dos elementos informativos colhidos na investigação criminal**, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Com isso, faz-se importante distinção entre o que corretamente se denomina *elementos informativos*, colhidos na *investigação criminal*, e *provas* que, dada sua natureza urgente, são produzidas já na fase inquisitorial da persecução penal, diferindo-se o contraditório sobre elas para o momento processual próprio.

2. **Reconhecer**, dando maior densidade ao art. 5º, inciso XII da Constituição da República, a **proibição do uso de provas ilícitas**, “*assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”, de âmbito material. Em tal hipótese, bem como quando se cuidar de prova ilícita por derivação, a nova redação do art. 157 do CPP determina o **desentranhamento da prova**, ressalvados os casos em que não restar evidenciado o nexo de causalidade entre a prova original ilícita e a contaminada, ou quando esta última puder ser obtida por fonte independente daquela.

3. **Admitir**, na redação dada ao artigo 159 do CPP, a **possibilidade de ser o exame pericial realizado por um único perito oficial** (ou mais de um, se complexa a perícia), portador de diploma de curso superior, ou, na sua falta, por duas pessoas idôneas, comprometidas e com igual formação supe-

rior, “*preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame*”. A **principal inovação**, todavia, diz com a **permissão para que as partes (e também o ofendido)**, além de formularem quesitos, **indiquem assistentes técnicos**, que poderão emitir parecer sobre a perícia oficial e, tal como os *experts* do Estado, ser ouvidos em audiência.

4. **Maximizar a proteção à vítima** do crime objeto da persecução, tanto para atenuar os riscos de uma vitimização secundária quanto para salvaguardá-la de novas ações delitivas do acusado. Assim, com o novo teor do artigo 201 do CPP, o **ofendido passa a ser comunicado, no endereço (inclusive eletrônico) por ele indicado, dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem** (§§ 2º e 3º).

Outrossim, o ofendido deverá dispor de **espaço separado “antes do início da audiência e durante a sua realização”** (§ 4º), devendo o juiz adotar todas as providências necessárias “*à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação*” (§ 6º). Por sua vez, o artigo 217 prevê que o juiz, se verificar “*que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento*”, deverá colher a prova oral por meio de videoconferência, assegurada a presença do réu, salvo impossibilidade do uso de tal tecnologia, quando, então, o acusado será retirado da audiência durante o depoimento.

Parece-nos que, sem embargo do relevo dessas alterações legislativas, a **que produ-**

zirá maior mudança na rotina dos profissionais do foro criminal é a consubstanciada no artigo 212 do CPP, que passa a ter a seguinte redação: “*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.*”

A simples leitura desse dispositivo faz aflorar a percepção quanto a duas importantíssimas modificações na metodologia de colheita da prova oral: (a) as **perguntas à vítima e às testemunhas passarão a ser feitas diretamente a esses sujeitos processuais** (exame direto), **sem a intermediação judicial** (exame judicial); (b) o juiz, na tomada dos depoimentos, deverá assegurar **às partes a iniciativa das perguntas**, reservando a si o papel de complementar a inquirição, diante de eventual dúvida ou omissão sobre o *thema probandum*.

A mudança é alvissareira. Nosso sistema processual penal, em que pese caracterizado como acusatório (com separação das funções de acusar, defender e julgar), nunca conseguiu livrar-se do *ranço inquisitorial* que vem de longa data. Recorde-se das primeiras décadas de vigência de nosso primeiro Código de Processo Criminal do Império, quando os policiais detinham funções judiciais e os juízes, funções policiais (*policialismo judiciário*). Exemplo disso era a nomeação, entre os desembargadores e juízes de Direito, para exercerem, também, a função de chefe de polícia e delegado.

A confusão de papéis também atingiu, no passado, o órgão oficial de acusação. Vale como exemplo, ainda no Império, a denominação dos membros do Ministério Público em segundo grau como “*desembargadores promotores de Justiça*” (Decreto nº 1.723, de 16/02/1856). Na República, a con-

fusão de papéis se mostrava nítida na composição de tribunais, como o Tribunal de Justiça de São Paulo, onde o procurador-geral podia tomar parte no julgamento das causas, como relator ou revisor⁽¹⁾. O que dizer então do largo período — interrompido com a Carta Magna de 1988 — em que a redação original do Código de 1941 permitia ao juiz de Direito iniciar processos, por meio de portaria (os assim chamados processos judicialiformes), tal como ocorria, por exemplo, no procedimento sumário das contravenções? O fato é que essas anomalias na distribuição dos papéis principais desempenhados na persecução penal ainda afetam, nem sempre conscientemente, a praxe do foro criminal, como o demonstra o hábito judicial de iniciar os depoimentos das testemunhas e ofendido, deixando às partes o papel complementar na colheita da prova oral.

Com a vigência da Lei 11.690/08, expurga-se tal lógica inquisitorial, reservando-se às partes o bem-vindo protagonismo na iniciativa probatória, **sem, todavia, privar o juiz de complementar, se necessário, a comum missão de buscar a verdade sobre os fatos subjacentes à imputação**, conforme a dicção dada ao artigo 156 do CPP.

Aqui vale registrar nossa discordância com os que sustentam não caber ao juiz natural da causa qualquer iniciativa probatória, mesmo no curso da instrução cri-

minal. É preciso distinguir: **se ainda não há imputação**, não há processo e, portanto, são impertinentes e atentatórias à imparcialidade e ao modelo acusatório as iniciativas judiciais tendentes a, **durante as investigações inquisitoriais e sem provocação do interessado**, buscar provas. Sem embargo, diversa é a situação quando, **já iniciada a ação penal (ou mesmo antes, desde que provocado)**, passa o juiz da causa a exercer, com soberania, sua função natural de entregar a prestação jurisdicional, sem condicionamentos outros que não as regras procedimentais e os limites epistemológicos e éticos no cumprimento de seu *múnus*. Cuidando-se de atividade de natureza pública, que interessa a toda a coletividade, não se pode tolher o juiz da possibilidade de, com isenção e prudência, também diligenciar para trazer aos autos informações e provas que conduzam à verdade mais próxima possível da realidade histórica dos fatos sobre os quais gira a pretensão punitiva.

Vê-se, nesse aspecto, que a nova lei, **na redação dada ao artigo 156, foi além do que deveria, ao permitir ao juiz ordenar, de ofício e “mesmo antes de iniciada a ação penal”**, a produção antecipada de provas urgentes e relevantes, o que, como já dito, pode comprometer sua imparcialidade e desfigurar a estrutura acusatória do processo penal. Decerto que, mesmo sem a

previsão explícita ora consagrada, os juízes criminais já exerciam esse papel (nem me refiro à anacrônica condução pessoal de investigações, por desembargadores estaduais e ministros de tribunais superiores, quando se trata de crimes atribuídos a autoridades com prerrogativa de foro), mas, com o novo texto legislativo, reforça-se esse poder, que se antevê seja considerado incompatível com a Constituição, tal qual ocorreu em relação aos poderes conferidos ao juiz pelo artigo 3º da Lei 9.034/95, reputado inconstitucional pelo STF, no julgamento da ADI 1570.

Espera-se, com cauteloso otimismo, que as mudanças legislativas efetivamente produzam a apreçoada otimização da prestação jurisdicional, mercê da compreensão, por parte da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia, dos novos papéis que assumem na condução da prova.

NOTA

(1) Vale conferir o recente julgado do Pleno do STF (HC 87.926/SP, relator min. **Cezar Peluso**, j. 20/02/2008, DJU 25-04-2008), que passou a reconhecer (*leading case*) que o MP, no julgamento dos recursos criminais, atua também como parte, devendo a defesa falar por último na sustentação oral, ao contrário do que afirma o artigo 610, parágrafo único, do CPP.

Rogério Schietti Machado Cruz

Procurador de Justiça, doutor e mestre em Direito Processual Penal pela USP

O TRATAMENTO DA PROVA ILÍCITA NA REFORMA PROCESSUAL PENAL

Maria Elizabeth Queijo

Foram sancionadas, recentemente, as Leis ns. 11.689 e 11.690, que integram a reforma processual penal.

Muitas foram as inovações introduzidas, merecendo destaque o tratamento conferido à prova ilícita, objeto da Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, antes referida, oriunda do Projeto de Lei n. 4.205/2001.

Nesse particular, desde o advento da Constituição Federal de 1988, a matéria reclamava disciplina na legislação ordinária. O art. 5º, LVI, do texto constitucional estabeleceu que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo. Contudo, muitas questões relativas ao tema permaneciam sem a necessária resposta normativa.

O primeiro aspecto positivo da lei em foco, que deu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal, foi a definição de prova ilícita. No Projeto de Lei n. 4.205/2001, em consonância com o entendimento sustentado pela doutrina processual penal mais abalizada⁽¹⁾, conceituou-se a prova ilícita como aquela obtida com violação a princípios ou normas constitucionais. Na Lei n. 11.690, esse conceito foi modificado para incluir também

as provas obtidas com infringência a normas legais, valendo recordar que, nesse caso, está-se tratando de vedações à prova postas por normas de natureza material.

Tal definição situa a regra de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do devido processo legal, que não permite acolher ou tolerar a idéia de produção de provas com violações a direitos fundamentais. Sob esse aspecto, fica firmada a opção do ordenamento brasileiro por um processo penal ético.

Importante destacar que a norma constitucional, repetida em sua dicção no novo art. 157 do diploma processual penal, trata da prova ilícita no âmbito da admissibilidade das provas, afastando toda e qualquer possibilidade de sua produção ou ingresso nos autos do processo. Contudo, atenta à realidade, a Lei n. 11.690 cuidou também da consequência jurídica do ingresso de tais provas nos autos, estabelecendo como sanção processual, na esteira do que já vinha preconizando a doutrina⁽²⁾, a sua ineficácia, com conseqüente impossibilidade de valoração e desentranhamento⁽³⁾.

Era necessário, ainda, tratar da destinação das provas ilícitas desentranhadas. Assim, o novo art. 157, em seu § 3º, dispôs que tais provas serão inutilizadas por decisão judicial, uma vez preclusa a decisão de desentranhamento, facultando-se às partes acompanhar o incidente. Sobre esse aspecto, deve-se frisar que, originariamente, o Projeto de Lei n. 4.205/2001 determinava o arquivamento sigiloso do material desentranhado em cartório, o que se mostrava inapropriado, já que a prova ilícita jamais poderia ser utilizada no processo. Sendo assim, não havia qualquer razão para o seu arquivamento, exceto se a produção da prova ilícita configurasse crime, de modo a ensejar investigação contra o agente. Aliás, o Código de Processo Penal português possui disposição expressa a esse respeito, em seu art. 126⁽⁴⁾, n. 4. Sustentamos, por ocasião dos debates sobre o citado Projeto de Lei, que, ressalvada a hipótese de investigação do delito configurado com a obtenção ou produção de prova ilícita, melhor seria a destruição das referidas provas, mediante procedimento próprio. A Lei n. 11.690, entretanto,

não adotou a dicção “destruição”, mas sim “inutilização” da prova ilícita⁽⁵⁾. De outra parte, não se pode ignorar a hipótese em que a prova foi obtida ilicitamente, mas o material dela resultante pertencer a terceiros, que poderão ter interesse em sua entrega ou restituição, *v.g.*, no caso de apreensão de documentos, correspondências ou objetos mediante violação de domicílio. Nesse caso, efetivamente não seria caso de destruição, nem de inutilização, mas de desentranhamento da prova obtida ilicitamente com entrega ao terceiro que é seu titular.

Saliente-se que o § 3º do art. 157 alude à preclusão da decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível. Mencionada matéria estava diretamente relacionada à nova disciplina dos recursos, objeto de outro Projeto de Lei, de n. 4.206/2001⁽⁶⁾. Nele foi previsto, no art. 583, VI, o cabimento do agravo contra decisões que declarassem a prova lícita ou ilícita. Além disso, restava estabelecido que, em regra, esse agravo seria retido, apresentando portanto somente efeito devolutivo. Para as hipóteses de agravo de instrumento, consignadas na nova redação do art. 583, *caput*, poderia ser conferido efeito suspensivo diante da relevância da fundamentação do pedido e se da decisão pudesse resultar lesão grave ou de difícil reparação. A previsão do agravo, na esfera processual penal, foi bastante criticada e o fato é que o Projeto relativo aos recursos ainda não foi aprovado.

Ou seja, na disciplina vigente, não há previsão de recurso para a decisão que reconhecer — ou não — a ilicitude da prova e determinar o seu desentranhamento⁽⁷⁾. Para a defesa, possível é o manejo do *habeas corpus*, pelos inegáveis efeitos produzidos pela prova ilícita na persecução penal em relação ao direito de liberdade. Para a acusação, restaria a possibilidade de impetrar mandado de segurança, com suporte no direito à prova, dentro do prazo de 120 dias.

É de se indagar ainda se os elementos probatórios colhidos ilicitamente durante a investigação também ficarão submetidos a essa disciplina. Nesse ponto, deve-se observar que, no último dia 20, foi publicada a Lei n. 11.719, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos a procedimentos. O Projeto de Lei n. 4207/2001, que deu origem ao citado diploma legal, estabeleceu a apresentação de resposta preliminar, pela defesa, antes do recebimento da denúncia. Na Lei n. 11.719, embora o rigor técnico do Projeto não tenha prevalecido, a interpretação sistemática dos arts. 396, 397 e 399, conduz à conclusão da manutenção da resposta à acusação, antes do recebimento da peça vestibular. Assim sendo, caso a denúncia venha a ser ofertada com base em elementos probatórios colhidos ilicitamente, caberá à defesa apontar o

vício na resposta preliminar. A partir de então, a matéria será regida pelo novo art. 157, com a prolação de decisão sobre a inadmissibilidade — ou não — desses elementos e conseqüente desentranhamento. Reconhecida a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, se não houver outros elementos suficientes para embasar a acusação, a denúncia deverá ser rejeitada.

Outro ponto bastante louvável na Lei n. 11.690 de 2008 foi a disciplina da prova derivada daquela obtida ilicitamente, estabelecendo a regra de inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas (§ 1º do art. 157), construída pela teoria dos frutos da árvore envenenada. Além disso, foram adotadas duas exceções a essa regra, construídas pela jurisprudência norte-americana: a da descoberta inevitável (*inevitable discovery*) e aquela da fonte independente (*independent source*), definindo-se, inclusive, o que se entende como tal (“...aquela que por si só, segundo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”)⁽⁸⁾.

O risco na adoção de tais exceções, que já era apontado desde os debates sobre o Projeto de Lei n. 4.205, de 2001, é um certo estímulo à utilização de expedientes ilícitos para a obtenção de provas que, de alguma forma, poderão vir a ser aproveitadas. A solução preconizada, nesse aspecto, como freio para tais práticas seria a efetiva punição, no campo penal, da conduta do agente que obtém a prova por meio ilícito, o que depende não só da sua tipicidade, por força do princípio da legalidade, como de efetivo empenho nesse sentido.

Por fim, a grande crítica à Lei n. 11.690, no que tange às provas ilícitas, diz respeito ao veto presidencial que recaiu sobre o § 4º do art. 157⁽⁹⁾, que estabelecia que o juiz que conhecesse do conteúdo da prova declarada ilícita não poderia proferir a sentença ou o acórdão. Das razões do veto extrai-se, entre outros aspectos, uma vez mais, a valorização da celeridade processual em detrimento da qualidade da prestação jurisdicional e do respeito aos direitos fundamentais. Ao permitir que o juiz que teve contato com a prova declarada ilícita venha a proferir a sentença ou o acórdão, os avanços alcançados por meio da Lei n. 11.690 ficam minimizados, porque a norma do § 4º do art. 157 foi o mecanismo mais eficiente encontrado para realmente impedir que o julgador forme seu convencimento com base na prova obtida ilicitamente. Desse modo, o desentranhamento das provas ilícitas e daquelas dela derivadas pouca valia terá sobre a formação da convicção do julgador, já afetada pelo contato com aquelas provas, ainda que tal convencimento não seja exteriorizado, de forma expressa, na fundamentação de sua decisão.

NOTAS

- (1) Conforme **GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. *As Nulidades no Processo Penal*. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 150.
- (2) Nessa esteira, **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho**, vinham sustentando que as provas ilícitas são tidas pela Constituição Federal como “não-provas”, ou seja, inexistentes juridicamente, já que são inadmissíveis, daí decorrendo sua total ineficácia (*As Nulidades no Processo Penal*, cit., p. 160).
- (3) É de recordar que o Código de Processo Militar, em seu art. 375, já estabelecia o desentranhamento dos autos das correspondências obtidas por meios criminosos. A esse respeito, **Antonio Scarance Fernandes**, na obra *Processo Penal Constitucional*, observava que, no Código de Processo Penal, não havia norma a respeito do desentranhamento da prova ilícita, aduzindo que, por interpretação extensiva, deveria ter aplicação o art. 145, IV daquele diploma que tratava do desentranhamento de documento considerado falso (**FERNANDES, Antonio Scarance**. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 98).
- (4) “4. Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.”
- (5) O termo “inutilizabilità” é adotado no Direito italiano para indicar o vício que pode atingir um ato ou documento e também o regime jurídico ao qual o ato viciado fica submetido, ou seja, não poder constituir fundamento de uma decisão judicial (conforme **TONINI, Paolo**. *La Prova Penale*. 3ª ed., Pádua: CEDAM, 1999, p. 36). A inutilização da prova declarada inadmissível referida no § 3º do art. 157, com a redação da Lei n. 11.690/2008, entretanto, apresenta sentido diverso, tratando-se, em nosso entendimento, de inutilização material. Não constitui, pois, sanção processual.
- (6) Tal Projeto foi retirado de pauta.
- (7) Referida decisão é interlocutória simples, pois resolve questão incidente de natureza processual (v. a respeito, **GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. *Recursos no Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 59).
- (8) Da doutrina, porém, extrai-se que as exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas derivadas, adotadas na nova redação do art. 157, §§ 1º e 2º, não foram bem definidas, sob o prisma técnico-jurídico, uma vez que a fonte independente apresenta-se quando não há vinculação de causa e efeito entre a prova ilícita e a derivada. A descoberta inevitável, por sua vez, configura-se quando for possível chegar-se à prova derivada da ilícita por outro modo (v. a respeito, **GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. *As Nulidades no Processo Penal*, cit., p. 154). Deve-se observar ainda sobre o tema que, originariamente, a mesma norma constante do Projeto de Lei n. 4.205/2001 (art. 157, § 1º), distinguia, de forma precisa e técnica, as duas hipóteses: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.” Não é demais recordar, porém, que a Suprema Corte Americana já reconheceu que a fonte independente é analiticamente semelhante à descoberta inevitável, pois ambas permitem à acusação não ficar em posição desvantajosa em virtude de erros ou desvios de conduta praticados pela polícia anteriormente (**ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE Wayne R.** *Criminal Procedure. Constitutional Limitations*. 5ª ed., St. Paul: West Publishing Co., 1993, p. 292).
- (9) No Projeto de Lei n. 4.205/2001 a mencionada norma encontrava-se no § 3º do art. 157.

Maria Elizabeth Queijo

Mestre e doutora em Processo Penal pela Faculdade de Direito da USP; professora da Faculdade de Direito da Unimesp e advogada

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A LEI 11.690/08

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

A Lei 11.690, promulgada em 09 de junho de 2008, altera o Código de Processo Penal no capítulo relativo à prova, e entrará em vigor 60 dias após sua publicação (art. 3º). A nova lei, embora pontual, traz modificações significativas à sistemática processual, lembrando que ela foi concebida, em conjunto, com outros projetos, que se harmonizavam⁽¹⁾. A promulgação de apenas três das leis poderá trazer alguma dificuldade prática na operacionalização das modificações.

O legislador procurou dar efetividade ao direito de defesa e ao contraditório, assegurados na Constituição Federal. Assim, a nova lei prevê o dever do juiz de formar sua convicção, como regra, “*pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*” (art. 155, CPP).

O projeto de lei originário (PL 4.205/2001), encaminhado pela Comissão da Reforma, sofreu alteração durante a tramitação e se incluiu, na redação final, a expressão “*exclusivamente*”, que não constava do projeto. Tal inclusão acabou por limitar o instituto. Pretendia-se, na redação original, ver excluídos, das razões de decidir, os elementos informativos colhidos na fase extrajudicial — inquérito policial e do ilegal procedimento criminal diverso, realizado pelo Ministério Público —, com exceção às provas cautelares e as não repetíveis, que se submetem ao contraditório diferido.

A nova lei disciplina, de modo detalhado, a possibilidade de o juiz, de ofício, determinar a produção antecipada de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal, desde que consideradas urgentes; e, também, no curso da ação penal, ou, antes de proferir sentença, realizar diligências imprescindíveis para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, I e II, do CPP).

A atividade instrutória e a participação do juiz no processo vincula-se ao sistema processual adotado. Cada sistema processual define, ampliando ou restringindo, as funções do julgador, especificando-lhe atribuições e limitações. Outorgar ao juiz o poder de realizar provas, nos moldes da nova lei, não afronta o modelo processual adotado⁽²⁾ — inquisitório, na primeira fase e acusatório na segunda, ou, como preferem outros, integralmente acusatório — nem fere a indispensável imparcialidade do juiz⁽³⁾.

A reconstrução do fato, na persecução penal, é obra de mão comum. Todos os sujeitos do processo — acusador, acusado, vítima e julgador — devem atuar. Perquirir, investigar, buscar elementos de convicção não significa que o juiz substitui ou

sobreponha-se à defesa ou acusação. O juiz, por exemplo, ao determinar a produção de prova — testemunhal, pericial, documental ou qualquer outra —, não sabe e não tem como saber qual será o seu resultado e se será lastro para a absolvição ou condenação.

A atividade inquisitiva do juiz⁽⁴⁾, na persecução penal, visando à formação de seu convencimento é supletiva e complementar⁽⁵⁾ à atividade das partes.

Outro aspecto importante, na nova lei, é a adequação do CPP à Constituição. Com efeito, o art. 5º, LVI, da Constituição veda de modo expresso a admissibilidade, no processo, das “*provas obtidas por meios ilícitos*”.

O legislador determinou o desentranhamento, do processo, das provas ilícitas, e, acolhendo o conhecido conceito doutrinário e o entendimento jurisprudencial sobre a ilicitude da prova, especificou serem “*ilícitas as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*” (art. 157).

Excluiu, também, da admissibilidade “*as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras*”.

O problema surge ao se admitir, na persecução penal, a prova de “*fonte independente*” (§ 2º, art. 157). O legislador ordinário restringiu a norma constitucional — mais abrangente —, apresentando texto vago e genérico de duvidosa constitucionalidade. Caberá, agora, ao aplicador da lei e ao intérprete fixar-lhe, ou não, a incidência.

Qualquer que venha a ser o entendimento dos operadores do direito é importante, desde logo, afirmar que, no caso, não se poderá admitir a aplicação do chamado princípio da proporcionalidade⁽⁶⁾.

Em se tratando de matéria constitucional — vedação da prova obtida por meio ilícito — não se pode admitir restrição, por meio de lei ordinária. Não se pode tolerar a perquirição do ilícito penal com a prática de ilícito constitucional.

Ao ser sancionada a lei, houve um único veto⁽⁷⁾. No projeto estabelecia-se que o juiz que conhecesse do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderia proferir a sentença ou acórdão.

Houve significativa mudança na prova pericial (art. 159) ao se facultar ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico, mas que só atuarão depois de admitidos pelo juiz e “*após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais*” (§ 4º). Note-se, portanto, que a atuação de assistente técnico, no curso do inquérito policial, dependerá de decisão ju-

dicial, assim como o acesso ao material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação (§ 6º).

Privilegiou-se a condição da vítima, tão excluída da persecução penal, ao determinar que o ofendido “*será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem*” (§ 2º, art. 201); ao se lhe conceder, caso necessário, “*atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado*” (§ 5º); e, ainda, ao se garantir a preservação “*da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação*” (§ 6º).

No tocante à prova testemunhal, exigem-se espaços separados para a garantia da comunicabilidade das testemunhas, antes do início da audiência e durante a sua realização.

A lei traz, porém, duas mudanças substanciais. A primeira é a inclusão no nosso sistema da *cross-examination* ao se permitir que “*as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas*”, cabendo ao juiz indeferir aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida, bem como complementar as perguntas das partes.

Facultar às partes a formulação de perguntas não retira do juiz a condução do processo e da instrução. Garante-se apenas maior agilidade e fidelidade nas perguntas e respostas e encontra respaldo, agora, na lei modificativa dos procedimentos, Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, que disciplina procedimento mais célere e prevê que o registro dos depoimentos será feito por meios e recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter a fidelidade das informações (art. 405, § 1º).

A outra mudança importante é a possibilidade de inquirir testemunhas por meio de videoconferência. Assim, se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presen-

ça do seu defensor (art. 217).

Por fim, a nova lei amplia as hipóteses de fundamentação da absolvição, incluindo estar “*provado que o réu não concorreu para a infração penal*” (art. 386, IV, do CPP) e, também, adequa o inciso VI à ordem jurídica vigente.

É incontestável que reforma pontual do

processo penal não é o melhor caminho e, no caso, a situação é agravada, porque a lei em comento integrava um conjunto de projetos, sendo que ao menos entre eles havia sintonia, o qual poderá ser perdida no resultado final. A promulgação das leis que regem o júri (Lei 11.689/2008), a prova (Lei 11.690/08) e depois os procedimentos (Lei

11.719/08) poderá emperrar ainda mais a justiça penal. Ideal seria a elaboração de novo Código que harmonize o garantismo e a assecuração da paz social.

As inovações são significativas e exigirão do operador do Direito grande esforço para aplicar o velho e, agora mais retalhado, Código de Processo Penal.

Quadro comparativo TÍTULO VII - DA PROVA

TEXTO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
Art. 155. — “No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.”	Art. 155. — “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. <i>Parágrafo único.</i> Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.” (NR)
Art. 156. — “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”	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.” (NR)
Art. 157. — “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.”	Art. 157. — “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º 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. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. § 4º (VETADO).”
Art. 159. — “Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais. § 1º Não havendo peritos oficiais, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame. § 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.”	Art. 159. — “O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. § 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. § 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. § 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão. § 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência. § 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação. § 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.” (NR)

DAS PERGUNTAS AO OFENDIDO

TEXTO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
Art. 201 — “Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações <i>Parágrafo único.</i> Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.	Art. 201 — “Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. § 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. § 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. § 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. § 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido. § 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. § 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.” (NR)

Quadro comparativo (continuação) DAS TESTEMUNHAS

TEXTO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
Art. 210 — “As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.”	Art. 210 — “As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho. Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.” (NR)
Art. 212 — “As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.”	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.” (NR)
Art. 217 — “Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram.”	Art. 217 — “Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.” (NR)

DA SENTENÇA

TEXTO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
Art. 386 — “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal); VI - não existir prova suficiente para a condenação. Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz: I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; II - ordenará a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas; III - aplicará medida de segurança, se cabível. Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz: I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; II - ordenará a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas; III - aplicará medida de segurança, se cabível.”	Art. 386 — “(...) IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação. Parágrafo único. (...) II - ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; (...)” (NR)

NOTAS

- (1) A lei é originária do projeto de Lei 4.205, de 2001, e integrava conjunto de projetos alteradores do CPP. No mesmo dia, também, foi promulgada a Lei 11.689/08 modificadora do procedimento especial do Júri. E, em 20/06/08, a Lei 11.719/08 que altera a suspensão do processo, a *emendatio libeli*, a *mutatio libeli* e os procedimentos.
- (2) Rogério Lauria Tucci ensina: “O moderno processo penal delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e formalmente, no tocante ao procedimento na segunda fase da persecução penal, acusatório.” *Teoria do Processo Penal (Jurisdição, Ação e Processo Penal) – Estudo Sistemático*. São Paulo: RT, 2002, p. 180.
- (3) Ada Pellegrini Grinover afirma: “Não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.” “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 07, n. 2, jul.-set., 1999, p. 7.
- (4) Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, com propriedade, sobre o poder-dever do juiz penal, afirmava: “Três deveres, portanto, guarda o Juiz penal: de impulsionar a pesquisa da verdade material; de garantir o contraditório real, enquanto ocorre a busca válida da verdade material; e de persegui-la, de modo espontâneo, quando aprecia a prova. Dever processual atente-se. A quebra acaba em nulidade; ou melancólico esvaziamento do processo penal” (*O Juiz Penal e a Pesquisa da Verdade Material. Processo Penal e Constituição Federal*. Org. Herminio Marques Porto. São Paulo: Acadêmica, 1987, p. 75).
- (5) O juiz “quando assim procede na tentativa — sempre suplementar — de buscar esclarecimentos para pontos cuja superação se apresente necessária para a formação de sua convicção, estará levando a efeito uma iniciativa instrutória que será compatível com um modelo que se intitule de acusatório, tanto quanto seja respeitado o devido processo legal. E não haverá incompatibilidade com a imparcialidade” (Marcos Alexandre Coelho Zilli. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 212).
- (6) A matéria é muito polêmica. Em recente congresso internacional, realizado em Salvador, em setembro de 2007, apresentou-se estudo crítico sobre o tema e sua interpretação em diversos países, que merece atenção. Trata-se de trabalho de Teresa Armenta-Deu. “Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita. Relatorio general”. *Direito Procesual Comparado. XII World Congress of Procedural Law*. Org. Ada Pellegrini Grinover e 7. Forense: RJ, 2007, pp. 543/75.
- (7) Eis o teor do texto vetado seguido das razões do veto: “§ 4º. O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” Razões do veto: “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.”

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Doutora e mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogada

PROBLEMAS DE DIREITO INTERTEMPORAL E AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

1. Introdução

A reforma pontual do Código de Processo Penal teve continuação com a recente edição da Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, que alterou o procedimento dos crimes dolosos contra a vida, e da Lei n. 11.690, da mesma data, que modificou a disciplina da prova. Mais recentemente, foi aprovada a Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, que alterou o procedimento comum, ordinário e sumário. A três leis terão uma *vacatio legis* de 60 dias, o que significa que as duas primeiras entrarão em vigor no dia 9 de agosto de 2008, e a terceira, no dia 22 de agosto de 2008. Em breve, acredita-se, serão ainda aprovados o Projeto de Lei n. 4.208/01, que modifica as medidas cautelares, e o Projeto de Lei n. 4.206/01, que dá nova sistemática aos recursos e ações autônomas de impugnação.

O presente estudo tem por objeto a questão da sucessão de leis processuais e os feitos pendentes, com a finalidade de, em poucas linhas, estabelecer parâmetros gerais — ainda que não se tratem de regras absolutas e inflexíveis — para orientar o intérprete nos problemas que surgirão com o início de vigência das novas leis processuais penais.

2. A natureza das normas jurídicas e as regras de Direito intertemporal

No Direito Penal, o problema da sucessão de leis no tempo é resolvido segundo a garantia constitucional de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (CR, art. 5º, inc. LV). Já no campo processual penal, a norma geral de Direito intertemporal é expressa pelo princípio *tempus regit actum*, previsto no art. 2º do CPP: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

Roubier já chamava a atenção para a distinção entre o *princípio geral do efeito imediato*, de um lado, e a *retroatividade*, de outro⁽¹⁾. Retroatividade é a imposição de uma lei a fatos pretéritos ou situações consumadas antes do início de sua vigência. Já a aplicação imediata da lei é a sua incidência sobre fatos e situações pendentes quando de sua entrada em vigor⁽²⁾.

Do ponto de vista do ato processual, não há retroatividade, como explica Hélio Tornaghi: “A norma de Direito Judiciário penal tem a ver com os atos processuais, não com o ato delitivo. Nenhum ato do processo poderá ser praticado a não ser na forma da lei que lhe seja anterior, mas nada impede que seja posterior à infração penal. Não há, nesse caso, retroatividade da lei processual penal, mas apli-

cação imediata. Retroatividade haveria se a lei processual nova modificasse ou invadisse atos processuais praticados antes de sua entrada em vigor”⁽³⁾.

Tal distinção, contudo, merece ressalva, por representar uma visão parcial do problema. *Retroatividade e aplicação imediata são fenômenos temporais relativos*, que pressupõem, para sua aferição, um *referencial cronológico*. Se o referencial não for o mesmo para ambos os fenômenos, a comparação não terá sentido lógico. A retroatividade da lei penal leva em conta o *tempus delicti*. Já a aplicação imediata da lei processual leva em conta o momento da prática do ato processual. Tal ato processual necessariamente será posterior ao delito, pois integra um processo que visa apurar justamente tal delito praticado no passado. Assim, não coincidindo os referenciais, falar que a aplicação imediata da lei processual não fere a vedação da irretroatividade da lei penal pode ser um mero artifício de retórica, para violar a garantia decorrente do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Se, de um lado, a lei processual nova pode ser aplicada aos futuros atos do processo, mesmo que esse tenha por objeto crime cometido antes do início de vigência da nova lei e, de outro, não é possível aplicar a lei penal para crimes cometidos anteriormente a sua vigência, torna-se fundamental definir a natureza jurídica dos diversos institutos disciplinados pela lei nova, para identificar e aplicar a regra de sucessão de leis adequada a cada hipótese.

Há normas de caráter exclusivamente penal e normas processuais puras. Todavia, a doutrina também reconhece a existência das chamadas *normas mistas* ou *normas processuais materiais*, embora haja controvérsia quanto a maior ou menor amplitude de tais conceitos. Uma corrente restritiva entende que são normas processuais mistas ou de conteúdo material, aquelas que, embora disciplinadas em diplomas processuais penais, disponham sobre o conteúdo da pretensão punitiva, como aquelas relativas ao direito de queixa ou de representação, à prescrição e à decadência, ao perdão, à preempção, entre outras⁽⁴⁾.

Já a corrente ampliativa considera como norma processual de conteúdo material aquelas que estabeleçam condições de procedibilidade, constituição e competência dos tribunais, meios de prova e eficácia probatória, graus de recurso, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução da pena e todas as demais normas que tenham por conteúdo

matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão⁽⁵⁾.

Preferível a corrente extensiva. Todas as normas que disciplinem e regulem, ampliando ou limitando, direitos e garantias pessoais constitucionalmente assegurados, mesmo sob a forma de leis processuais, não perdem o seu conteúdo material, como por exemplo, as que estabelecem as hipóteses de cabimento ou o tempo de duração das prisões cautelares, a possibilidade de concessão de liberdade provisória, entre outras. Para tais institutos, a regra de Direito intertemporal deverá ser a mesma aplicada a todas as normas penais, qual seja, a da anterioridade da lei, vedada a retroatividade da *lex gravior*⁽⁶⁾.

3. Normas processuais penais e o Direito intertemporal

A lei nova de caráter puramente processual não se aplica aos processos já encerrados, devendo respeitar os *facta praeterita*, em relação aos quais há verdadeiro *direito adquirido processual*⁽⁷⁾. Por outro lado, a lei processual nova aplicar-se-á aos processos que se iniciarem após sua entrada em vigor. A dificuldade se coloca quanto àqueles processos que estão em curso quando do início de vigência da lei processual nova: continuarão eles a serem regidos pela lei velha, que vigorava no seu início, ou passarão a ter o seu curso regido pela lei nova? Para resolver o problema, pode-se cogitar de três sistemas: (1) o da unidade processual, (2) o das fases processuais, (3) o do isolamento dos atos processuais⁽⁸⁾.

Pelo sistema da *unidade processual*, uma única lei deve reger todo o processo. No caso, a lei velha continuará ultra-ativa. A solução oposta, de regência pela lei nova, implicaria a sua retroação, com a ineficácia dos atos processuais anteriormente praticados, o que violaria os direitos processuais adquiridos das partes, com desperdício de atividade processual. No segundo sistema, das *fases processuais*, deve ser considerada, separadamente, cada uma das fases processuais autônomas, quais sejam, a postulatória, a ordinatória, a instrutória, a decisória e a recursal, que poderão ser regidas, *de per se*, por uma lei diferente. Conseqüentemente, lei anterior será ultra-ativa até o final da fase que estava em curso, quando entrou em vigor a lei nova, que só passará a ser aplicada a partir da fase seguinte. Finalmente, no sistema do *isolamento dos atos processuais*, admite-se que cada ato deve ser regido por uma lei, o que permite que a lei velha regule os atos já praticados, ocorridos sob sua vigência, enquan-

to que a lei nova terá aplicação imediata, passando a disciplinar os atos futuros, sem as limitações relativas às fases do processo.

Pensando no direito posto, poder-se-ia imaginar que a solução seria simples, bastando aplicar o art. 2º do CPP que, sendo uma norma de *superdireito*, estabelece: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.” Trata-se do sistema do isolamento dos atos processuais, que poderá solucionar vários problemas de Direito intertemporal.

As novas regras probatórias da Lei n. 11.690/08 terão aplicação imediata, como por exemplo: a regra que reduz de dois para apenas um o número de peritos oficiais (CPP, art. 159, *caput*), a que prevê o novo sistema de perguntas para as testemunhas (CPP, art. 212), ou a que admite o assistente técnico nas perícias (CPP, art. 159, § 3º). Também será imediatamente aplicável a nova hipótese de absolvição prevista inc. V do art. 386 do CPP.

Da mesma forma, muitas mudanças da Lei n. 11.689/08, sobre o tribunal do júri, serão imediatamente aplicáveis, como por exemplo, as que alteram a sessão de julgamento, ampliando o número de jurados para 25 (CPP, art. 447), possibilitando o julgamento sem a presença do acusado (CPP, 457, *caput*), dando nova disciplina da instrução em plenário, com a realização do interrogatório após a oitiva das testemunhas (CPP, art. 473 e 474), simplificando dos quesitos (CPP, art. 483), entre outras. Também poderão ser imediatamente aplicáveis as novas hipóteses de absolvição sumária (CPP, art. 415, incs. I, II e III).

Há casos, contudo, que a previsão legal de aplicação imediata da lei nova (CPP, art. 2º) não poderá ser aplicada. Não se pode perder de vista que o procedimento envolve uma seqüência de atos isolados, mas teleologicamente unidos entre si, de forma que um ato seja causa do subsequente, e assim sucessivamente, até o ato final. Logo, nem sempre será possível o isolamento absoluto dos atos processuais, o que poderia gerar, segundo a advertência de Carnelutti, “o inconveniente de uma desconexão ou de uma desorientação do processo quando, durante o seu curso, intervenha uma lei modificadora, especialmente quando atos estabelecidos pela lei posterior não encontrem conveniente preparação nos atos precedentes efetuados sob o regime da lei anterior”⁽⁹⁾. Por tal motivo, há casos em que o juiz deverá adotar o critério do isolamento das fases processuais⁽¹⁰⁾.

Assim, não será possível adotar o novo procedimento do *iudicium accusationis*, instituído pela lei nova, para os processos em que já tenham sido realizadas a audiência de interrogatório e a audiência de oitiva de testemunhas de acusação, segundo o regi-

me atual do CPP. Neste caso, como a instrução começou segundo as regras atuais, que prevêem uma fase decisória escrita, haverá grande confusão caso se pretenda aplicar imediatamente, apenas em parte, a nova disciplina de audiência concentrada de instrução e debates. Com relação ao *iudicium causae*, basta pensar na hipótese de longas sessões de julgamentos, que duram dois ou três dias, em que ficará claro que, se a lei nova entrar em vigor “durante” a sessão do plenário do júri, mesmo assim todo julgamento deverá seguir o procedimento da lei antiga. A sessão de julgamento é um ato processual complexo, que não poderá ser regido por duas leis distintas.

Problemas semelhantes certamente surgirão com a aplicação imediata da Lei n. 11.719/08, que alterou a disciplina do CPP, quanto ao procedimento comum, ordinário e sumário. O Projeto de Lei n. 4.207/01 criava uma fase intermediária de juízo de admissibilidade da acusação e concentrando os atos de instrução, debates e julgamento em uma única audiência. Todavia, por força de emendas na Câmara dos Deputados, tal mudança acabou não sendo incorporada à Lei 11.719/08, que continua prevendo o recebimento imediato da denúncia ou queixa, antes da apresentação da defesa. Se somente tiver ocorrido o oferecimento da denúncia ou queixa, quando o início de vigência da lei nova, o juiz poderá aplicar imediatamente a nova redação do art. 396, *caput*, do CPP, e determinar a citação do acusado para oferecer resposta no prazo de 10 dias, ao invés de citá-lo, para o interrogatório, como na sistemática atual. Porém, já tiver havido o recebimento da denúncia, a citação e o interrogatório, de acordo com a lei atual, não será possível “misturar” as duas fases postulatórias. Deverá então, ser apresentada, no prazo de 3 dias, a impropriamente chamada “defesa prévia”, segundo a sistemática atual do art. 395 do CPP, que terá eficácia ultra-ativa. Será necessário, portanto, adotar o sistema das *fases processuais*, com a aplicação da lei nova somente a partir da fase instrutória. Mesmo assim, haverá alguma necessidade de adaptação, tendo em vista, que, segundo o regime atual, o interrogatório integra a fase postulatória, e precede o início da instrução, enquanto que no regime projetado o interrogatório será realizada na audiência una de instrução, debates e julgamento, depois de serem ouvidas as testemunhas.

4. Recursos

Quanto aos recursos, os principais problemas de Direito intertemporal são: (1) a criação de um recurso novo ou a supressão de um recurso anteriormente existente: (2) ou a alteração do prazo de interposição ou do procedimento de um recurso já previsto em lei.

Obviamente, as decisões proferidas quando já em vigor a lei nova, terão seu sistema recursal integralmente regidos pelas novas regras. A dificuldade surge quando a decisão é proferida e, antes da interposição do recurso, ou durante o seu processamento, sobrevier uma nova lei.

A regra geral de Direito intertemporal para os recursos é: a lei que irá reger o recurso é a lei do momento em que foi proferida a decisão recorível⁽¹¹⁾. Isto é, o regime vigente no momento em que o ato processual tornou-se impugnável, irá reger a matéria, definindo o recuso cabível⁽¹²⁾.

No caso das *sentenças escritas*, elas somente se consideram proferidas quando publicadas em cartório (CPP, art. 389), pois é nesse momento em que passa a valer como ato jurisdicional. Antes disso, a sentença é mero ato particular do juiz, um estudo ou parecer privado, sem força vinculante. Ressalte-se que a “publicação em cartório” não há que ser confundida com a intimação da sentença pela “publicação na imprensa” (CPP, art. 372, § 1º). A publicação na imprensa oficial representa apenas o termo inicial para o exercício de um direito — o de recorrer — que preexistente, nascido no dia em que se proferiu o julgado⁽¹³⁾.

Tratando-se de decisões interlocutórias proferidas por escrito, não há exigência de publicação em cartório, como ocorre em relação às sentenças. Neste caso, haveria insegurança jurídica se se considerasse que a decisão foi “proferida” no momento que é lançada pelo juiz, segundo a data constante dos autos. Seria impossível qualquer forma de controle quanto a tal momento. Assim, deve se considerar, para fins de Direito intertemporal, que a decisão interlocutória escrita é “proferida” no momento em que as partes são intimadas de tal decisão. Se as intimações ocorrerem em momentos distintos, por ex., o Ministério Público intimado pessoalmente num dia, e a defesa, intimada pela imprensa, três ou quatro dias depois, considerar-se-á a decisão “publicada” quando ocorrer a primeira intimação, pois nesse momento ela se tornou “pública”, ainda que apenas para uma das partes. A lei em vigor nesse dia, será a “lei do recurso” contra tal decisão.

No caso de *decisões interlocutórias proferidas em audiência*, ou das *sentenças orais*, o próprio dia que o ato foi praticado será o marco cronológico que define o momento da recorribilidade e, conseqüentemente, a norma aplicável. O ato processual torna-se público no momento em que proferido na presença das partes, sendo inclusive desnecessária a intimação. A mesma regra se aplica no caso de *decisões colegiadas*, tomadas em sessão de julgamento pelos tribunais, em que se considera proferido o acórdão no momento em que o presidente, de público,

anuncia o resultado do julgamento⁽¹⁴⁾. Isto é, a lei vigente no dia da sessão de julgamento irá reger o recurso a ser interposto.

Definido o marco cronológico — o momento em que a decisão é proferida — será a lei vigente em tal momento que irá reger o cabimento do recurso e os demais pressupostos de admissibilidade recursal, mesmo que a lei nova passe a vigor antes da efetiva interposição do recurso. Assim, se a lei vigente quando a decisão foi proferida previa recurso contra tal ato, essa lei será ultra-ativa e o recurso será cabível, ainda que a nova lei que o extinguiu inicie sua vigência antes mesmo da interposição do recurso. No momento em que a decisão foi proferida, a parte prejudicada passou a ter o direito adquirido processual de impugnar tal ato, segundo a lei da época.

Assim, por exemplo, aprovada a supressão do protesto por novo júri, tal regra somente valerá para as condenações proferidas após o início de vigência da lei. Por outro lado, se a lei nova criar um determinado recurso, não existente quando a decisão foi proferida, tal ato será irrecorrível. É o que ocorrerá com eventual criação do agravo retido ou com o agravo de instrumento contra a decisão que, por exemplo, considerar lícita ou ilícita a prova, segundo a redação projetada para o novo inc. VI do artigo 582 do CPP.

O processamento do recurso também deverá seguir a lei vigente no momento em que a decisão foi proferida, que igualmente disciplinará o trâmite recursal, os efeitos do recurso⁽¹⁵⁾, bem como o seu julgamento pelo tribunal. Ou seja, os recursos interponíveis segundo a lei anterior, bem como aqueles efetivamente interpostos sob sua vigência, e ainda não julgados, deverão continuar a ser regidos pelas regras da lei antiga, mesmo que sejam abolidos ou modificados pela lei nova.

Há, contudo, respeitável corrente em contrário, considerando que a lei nova irá determinar o processamento do recurso⁽¹⁶⁾, posto que não se trata de questão ligada ao seu cabimento, para os quais vige a lei do tempo da publicação da sentença, mas sobre a forma de interposição, que segue a lei vigente ao tempo do ato, vez que, segundo Dinamarco, “inexiste direito adquirido a realizá-lo, no futuro, pelas formas revogadas”⁽¹⁷⁾.

Com relação ao prazo recursal, o problema surgirá quando a lei nova ampliar ou reduzir os prazos dos recursos anteriormente existentes, desde que tais prazos ainda não tenham principiado ou estejam em curso. Por outro lado, é certo que os prazos já vencidos sob a lei antiga não poderão ser dilatados ou reabertos, mesmo que tenham sido ampliados pela lei nova. Já terá havido a preclusão temporal, sob a regência da lei antiga e, neste

caso, a reabertura do prazo afetaria o direito adquirido da parte contrária⁽¹⁸⁾.

Os prazos recursais iniciados segundo a lei antiga por ela deverão continuar a fluir, até o respectivo término⁽¹⁹⁾. A lei nova não terá qualquer influência, nem para alongá-los, nem para abreviá-los. As partes têm o direito “ao prazo preclusivo da lei antiga”, bem como o interesse público impõe que os prazos recursais tenham “caráter absolutamente peremptório”⁽²⁰⁾.

Ao mais, a ampliação dos prazos recursais muitas vezes é uma forma de compensar uma mudança procedimental, principalmente na forma de interposição do recurso, que se torna mais complexa ou exige maior atividade da parte. Foi o que ocorreu com a ampliação do prazo do agravo, no Código de Processo Civil, que passou de 5 para 10 dias, em razão da parte ter que já instruir o recurso, quando de sua interposição, com as peças necessárias, bem como ter que protocolá-lo diretamente no tribunal. O mesmo ocorrerá com a nova apelação criminal, cujo prazo recursal passará de 5 para 15 dias, bem com o novo agravo, a ser interposto em 10 dias, que substituirá o recurso em sentido estrito, cujo prazo é de 15 dias. Atualmente, a interposição desses recursos não vem acompanhada de razões recursais, que deverão ser apresentada posteriormente, em prazo próprio. Já na nova sistemática recursal, os prazos serão maiores, mas os recursos já deverão ser interpostos acompanhados de razões recursais. Nestes casos, é fácil perceber que se a forma de interposição continuasse a ser a da lei antiga, mais simples, mas o prazo recursal fosse o da lei nova, mais dilatado, o lapso temporal acrescido não teria justificativa e tornaria mais lenta a tramitação do recurso.

5. Prisão cautelar e liberdade provisória

Há controvérsia doutrinária sobre a regra de Direito intertemporal que deve ser aplicada no caso de prisão cautelar e liberdade provisória.

Uma corrente, partindo da premissa de que os institutos de direito material são apenas aqueles que determinam, ampliam ou diminuem o *jus puniendi* ou o *jus punitivis*, considera que as medidas cautelares envolvendo prisão e liberdade, por não interferirem na relação jurídico-punitiva (relação material), são institutos de natureza processual penal, sujeitos ao princípio *tempus regit actum*⁽²¹⁾. Conseqüentemente, a criação de uma nova hipótese de prisão ou a vedação de liberdade provisória, poderiam ser aplicadas em processo que tenham por objeto crimes cometidos antes do início de vigência da lei nova, mesmo que esta se mostre mais gravosa.

Tem prevalecido, contudo, o entendimento de que as normas sobre medidas cautelares privativas ou restritivas da liberdade, por envolverem o *status libertatis* do indivíduo, afetando direitos e garantias que lhe são constitucionalmente assegurados, têm conteúdo misto e, portanto, seguem a regra de Direito intertemporal do art. 5º, inc. LV, da Constituição⁽²²⁾.

De se lembrar, ainda, que o art. 2º do Decreto-lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941 — Lei de Introdução ao Código de Processo Penal —, prevendo regra de Direito intertemporal ou transitório, quando do início da vigência do CPP, determinava que: “À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis.”⁽²³⁾ E, como esclarece Hélio Tornaghi, “a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal contém normas que, embora relativas ao momento da entrada em vigor do Código de Processos Penal, permitem a inferência de alguns princípios gerais”⁽²⁴⁾.

Nesse ponto, o Projeto de Lei n. 4.208/01 não prevê nenhuma situação mais gravosa ao acusado, no que toca às medidas cautelares pessoais. Ao contrário, cria uma série de medidas alternativas à prisão preventiva, que terão aplicação imediata. Por outro lado, se for aprovado alguma regra nova mais benéfica, por exemplo, extinguindo a prisão preventiva para garantia da ordem pública, tal norma poderá ser aplicada retroativamente, levando ao reconhecimento da ilegalidade da prisão anteriormente decretada.

6. Conclusões

Sem a pretensão de estabelecer regras absolutas, o que seria impossível em tema de Direito intertemporal, podem ser resumidas as seguintes conclusões:

1 – A regra geral de Direito intertemporal no processo penal é, nos termos do art. 2º do CPP, a aplicação imediata da lei nova: *tempus regit actum*.

2 – As leis processuais penais materiais, ou leis processuais mistas, tendo em vista que seu conteúdo diz respeito a garantias constitucionais do acusado, em especial envolvendo seu *status libertatis*, disciplinando prisões cautelares e liberdade provisória, devem seguir mesma regra intertemporal direito material: a lei nova não retroagirá, salvo para beneficiar o acusado (CR, art. 5º, inc. LV).

3 – No caso de regras que alteram o procedimento, nem sempre será possível a aplicação do princípio geral *tempus regit actum*, devendo ser aplicado o sistema das fases processuais, quando a aplicação imediata puder comprometer a atuação integrada dos diversos atos que compõem um procedimento unitário.

4 – Quanto aos recursos, a regra de Direito

intertemporal é que a lei vigente no momento em que a decisão recorrível foi proferida deverá continuar a disciplinar o cabimento, os pressupostos de admissibilidade recursal, o procedimento e os efeitos do recurso, mesmo depois do início de vigência da lei nova.

NOTAS

- (1) **Paul Roubier**, *Le Conflit de Lois dans le Temps*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933. v. II, p. 676, n. 139.
- (2) **Cândido Rangel Dinamarco**. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed., São Paulo; Malheiros, 1996, p. 39.
- (3) *Instituições de Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1979. v. 1, p. 174; Cf., ainda: **Edgard Magalhães Noronha**. *Curso de Direito Processual Penal*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1978, p. 12. No mesmo sentido, no processo civil: **José Carlos Barbosa Moreira**. "Problemas da Ação Popular". In *Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)*. Rio de Janeiro, Borsoli, 1971, p. 216; **Wellington Moreira Pimentel**. *A Aplicação do Novo Código de Processo Civil às Causas Pendentes*. 2ª ed., Rio de Janeiro: CEJUR, 1974, p. 11.
- (4) Nesse sentido: **Fernando da Costa Tourinho Filho**. *Processo Penal*. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 104.
- (5) **Américo Taipa de Carvalho**. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra, Editora Coimbra, 1990, p. 223.
- (6) Nesse sentido, cf.: **Giovanni Leone**. *Manuale di Diritto Processuale Penale*, 13ª ed., Napoli: Jovene, 1988, p. 23. Na doutrina nacional, para **Rogério Lauria Tucci** (*Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal: Subsídios para Sistematização e Aplicação do Direito Transitório no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1973, pp. 22 e

- 119) as normas processuais penais mistas são aquelas que tratam da queixa, da decadência, da renúncia, do perdão e da perempção, bem como as regras sobre prisão cautelar. No mesmo sentido: **Guilherme de Souza Nucci**. *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2004, pp. 62-63.
- (7) **Galeno Lacerda**. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 13.
- (8) Nesse sentido: **Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco**. *Teoria Geral do Processo*. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 98.
- (9) **Francesco Carnelutti**. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Trad. **Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo**, Buenos Aires: UTHEA, 1944. v. I, p. 110.
- (10) **Pimentel**, *A Aplicação...*, p. 24.
- (11) Nesse sentido, cf.: **Amílcar de Castro**. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1941. v. X, p. 528; **J.M. de Carvalho Santos**. *Código de Processo Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. v. X, p. 421; **Galeno Lacerda**. *O Novo Direito...*, p. 68. Com relação ao processo penal, cf.: **Tucci**, *Direito Intertemporal...*, p. 38.
- (12) **Pimentel**, *A Aplicação...*, p. 22.
- (13) **Galeno Lacerda**, *O Novo Direito...*, p. 71.
- (14) **Galeno Lacerda**, *O Novo Direito...*, p. 68.
- (15) **Tucci**, *Direito Intertemporal...*, pp. 37-38.
- (16) **Pimentel**, *A Aplicação...*, p. 22.
- (17) **Dinamarco**, *A Reforma...*, p. 172.
- (18) **Dinamarco**, *A Reforma...*, p. 172.
- (19) Cf.: **Galeno Lacerda**, *O Novo Direito...*, p. 69; **Pimentel**, *A Aplicação...*, p. 22.
- (20) **Galeno Lacerda**, *O Novo Direito...*, p. 69.
- (21) Nesse sentido: **José Frederico Marques**. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 1, pp. 52-53; **Julio Fabbrini Mirabete**. *Processo Penal*. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 61; **Damásio E. de Jesus**. "Prisão e liberdade provisória: natureza jurídica", in *Tribuna do*

- Direito*, n. 20, dez. 1994, p. 6. Na jurisprudência, com relação à liberdade provisória: TJSP, MS n. 95.127-3, 1ª Câm. Cim., rel. des. **Jarbas Mazzoni**, j. 20.08.1990, v.u., RT 661/281; TJSP, HC n. 98.901.3/5, rel. des. **Celso Limongi**, j. 10.10.1990, v.u. Em sentido contrário, pela aplicação da lei mais benéfica ao acusado: STJ, HC n. 2.898-0/PE, 6ª Turma, rel. min. **Ademair Maciel**, j. 17.08.1993, v.u., DJ 11.01.1993.
- (22) **Tucci** (*Direito Intertemporal...*, p. 36) afirma que "as medidas restritivas de liberdade humana devem sempre ser tratadas com benignidade". Com alguma variação de argumentos, mas no sentido de que as normas que restrinjam direitos constitucionais do acusado, seguirão a regra de que a lei nova não retroagirá, salvo quando mais benéfica ao acusado, cf.: **Jorge Figueiredo Dias**. *Direito Processual Penal*, textos coligidos por **Maria João Antunes**, Coimbra: Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, pp. 76-7, n. 118. Na doutrina nacional: **Odene Sanguiné**. "Prisão provisória e princípios constitucionais", in *Fascículos de Ciências Penais*, n. 5, abr./jun. 1992, pp. 102-103; **Luiz Flávio Gomes**. "A irretroatividade da lei nº 8.930/94", in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 22, out. 1994, p. 7.
- (23) A mesma regra era prevista nos Anteprojetos de Código de Processo Penal de autoria de **José Frederico Marques** (art. 876, § 2º) e de **Hélio Tornaghi** (804, inc. I).
- (24) *Curso de Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987. v. 1, p. 24. No mesmo sentido: **Julio Mirabete**, *Processo Penal*, p. 62.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Mestre e doutor em Direito Processual Penal pela USP; professor doutor de Direito Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogado criminalista

ASPECTOS GERAIS DA REFORMA PROCESSUAL

Pierpaolo Cruz Bottini

1. O contexto da reforma processual

A recente reforma do processo penal não deve ser analisada de forma pontual e isolada. Deve ser compreendida, antes de tudo, sob uma perspectiva mais ampla, que envolva o contexto de reformas do sistema judicial que precederam a aprovação das Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08 e que conformam uma política de transformação dos instrumentos de prestação jurisdicional.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a discussão sobre a necessidade de se reformular o setor Justiça foi intensificada⁽¹⁾. A participação efetiva de diversos setores da sociedade civil, ligados ou não à esfera jurídica, nos debates e na percepção de que o mau funcionamento da Justiça traz conseqüências graves para todos, e não apenas para os operadores do direito, acirrou a demanda por reformas institucionais.

Este fenômeno participativo, somado aos interesses específicos na resolução de problemas pontuais da Justiça apresentados por diversas categorias de profissionais do direito, acarretou em inúmeras atividades em prol da transformação do setor judicial, dentre as quais a mais relevante foi a formulação de um Pacto por um Judiciário mais Rápido e Republicano, apresentado em de-

zembro de 2004, pelos chefes dos três Poderes da nação, com propostas efetivas para a reforma constitucional, infraconstitucional e administrativa do sistema judicial⁽²⁾.

No que concerne às propostas de reforma infraconstitucional, objeto desta breve análise, foram apresentados 20 projetos de alteração do processo civil, penal e trabalhista, praticamente todos aprovados pelo Congresso Nacional. Tais propostas resultaram de um amplo debate que envolveu instituições acadêmicas (ex. Instituto Brasileiro de Direito Processual), associações de classe (ex. Associação dos Magistrados Brasileiros, Associação dos Juizes Federais), institutos (ex. IBCCRIM), magistrados, promotores, advogados, defensores públicos, dentre outros.

Em linhas gerais, os projetos guardam relação principiológica, no entanto, é necessário e indispensável frisar que, no que concerne ao processo penal, algumas distinções qualitativas foram feitas, diante da peculiaridade dos valores envolvidos, quase sempre direitos fundamentais e indisponíveis.

2. Objetivos da reforma processual

Três foram os objetivos que pautaram a reforma processual. Dois deles comuns ao

processo trabalhista, civil e penal, e um voltado, de forma preponderante, ao processo penal: (i) redução da litigiosidade repetitiva, protelatória ou decorrente; (ii) racionalização do processamento de demandas; (iii) adequação legislativa aos preceitos constitucionais de garantia.

2.1 Redução da litigiosidade

O primeiro objetivo decorreu da constatação de que o maior problema da crise de lentidão judicial é o excesso de demandas. Percebeu-se que há um claro exagero na litigância perante os órgãos judiciais, o que não significa que haja um amplo acesso à Justiça, que todos os cidadãos tenham fácil e irrestrito acesso ao Judiciário, mas indica que poucas pessoas ou órgãos utilizam demais o sistema judicial, ao passo que outras ficam excluídas deste sistema formal de resolução de litígios.

Desta forma, a limitação à litigiosidade voltou-se à restrição da litigância predatória e repetitiva, com o cuidado de não afetar o desenvolvimento de políticas de ampliação do acesso à Justiça dos setores mais carentes da sociedade. Foram, para isso, desenvolvidos instrumentos para redução da litigância, como a súmula vinculante e a

repercussão geral do recurso extraordinário, regulamentadas, respectivamente, pelas Leis 11.417/06 e 11.418/06.

Tais instrumentos são polêmicos, e, se mal utilizados, podem afastar da apreciação do Judiciário questões relevantes, mas também têm o condão de vedar a utilização predatória do sistema de Justiça por alguns personagens conhecidos, como o Poder Público, as concessionárias de serviço público, as empresas de telefonia, etc.

Apesar de passados dois anos de sua aprovação, tais institutos foram pouco avaliados no que concerne aos seus impactos na esfera penal, apesar do Supremo já ter editado súmula vinculante sobre a perda dos dias remidos em caso de falta grave durante a execução penal (súmula vinculante 09), e ter se debruçado sobre o conceito de repercussão geral em recurso extraordinário penal. Por isso, parece importante que qualquer obra ou estudo sobre as novas reformas processuais penais inclua a análise sobre a utilização destes mecanismos de filtro de demandas na prestação jurisdicional penal.

Por outro lado, a redução da demanda judicial exigiu do legislador o enfrentamento das fontes legislativas de nulidades, que geram a litigiosidade decorrente. Não se tratam de novas demandas judiciais, mas de questionamentos seguidos, dentro de um mesmo processo, que decorrem da dificuldade de aplicação ou cumprimento de normas procedimentais ambíguas ou excessivamente abertas.

Nesse sentido, surgem alterações para a simplificação de regras processuais, para evitar as nulidades decorrentes. São exemplos desta vertente da reforma as alterações sobre a quesitação no Tribunal do Júri (CPP, art. 483), a citação por hora certa no processo penal (CPP, art. 362) e as novas regras sobre *emendatio e mutatio libelli* (CPP, art. 383 e 384), que tem o escopo de simplificar as regras vigentes e superar dificuldades na aplicação das normas que ensejam constantes nulidades nas decisões ou atos judiciais.

2.2 Racionalização do processamento

Ao lado do objetivo de reduzir ou limitar a litigiosidade, a reforma processual almejou racionalizar o processamento de demandas, conferindo celeridade à sua tramitação. Ocorre que qualquer reformulação do processo para conferir maior eficácia, deve garantir os instrumentos necessários ao exercício do contraditório e da ampla defesa. O sempre tenso equilíbrio entre eficiência e Justiça deve pautar o trabalho legislativo.

Nesse sentido, o ponto comum entre a reforma processual civil e penal foi o rechaço à supressão de recursos existentes, com exceções pontuais, como foi o caso da extinção do protesto por novo Júri. Ao invés disso, a reforma optou, na esfera cível, por distribuir os riscos do recurso, impondo ao

condenado ônus do pagamento de multa em caso de recurso improcedente ou mitigando seu efeito suspensivo como regra geral (novos arts. 475-J e 475-M do CPC).

Ocorre que tal estratégia é incompatível com as diretrizes do processo penal, diante do princípio da presunção de inocência. O fortalecimento da execução provisória e a extinção dos efeitos suspensivos dos recursos, se bem vindos na esfera cível, que trata de bens disponíveis, não são adequados aos preceitos constitucionais ligados à esfera penal. A execução provisória da pena na pendência de apelação ou nas hipóteses de pronúncia, já rechaçada pela jurisprudência, foi expressamente suprimida pelas Leis 11.719/08 (novo art. 413, § 3º CPP) e 11.689/08 (revogação art. 594 CPP). Vale lembrar a intensa polêmica que envolve a aplicação provisória da pena quando existente recurso especial ou extraordinário, atualmente em curso no STF (HC 84.078, com voto contrário à execução provisória já proferido pelo relator).

Parece que andou bem o legislador ao limitar tais novidades ao campo do direito civil, adotando maior cautela quando se trata de processo penal.

No entanto, o aprimoramento do processamento de demandas não se limita a restrições aos recursos, mas abarca toda uma política legislativa de racionalização dos atos judiciais e da gestão das etapas processuais. Nesse aspecto, as inovações parecem importantes, pois aperfeiçoam a tramitação de feitos no campo civil e penal. Destaque-se, como exemplo, o regulamento do processamento eletrônico (Lei 11.419/06) e a admissão de penhora on-line no processo civil (novo art. 655-A do CPC). Na esfera penal, seguem esta lógica a unificação das audiências no processo do Júri e no processo comum (CPP, art. 400, art. 531, art. 411) e a consagração da oralidade em ambos (CPP, art. 403, art. 534, art. 411, § 4º).

2.3 Adequação legislativa aos preceitos constitucionais de garantia

Por fim, o último aspecto digno de nota, é a adequação legislativa dos preceitos constitucionais de garantia, bastante relevante para o processo penal. Trata-se de corrigir ou conformar a interpretação de dispositivos originais do Código de Processo Penal (formatado sob a Constituição outorgada de 1937), à luz da Constituição garantista de 1988, reconhecendo no texto legal algumas construções jurisprudenciais importantes provenientes dos Tribunais Superiores.

É o caso da vedação expressa da utilização das provas derivadas das ilícitas (CPP, art. 157, § 1º), a regulamentação do contraditório nas perícias (CPP, art. 159, § 5º), o reconhecimento do direito de não comparecimento ao julgamento pelo Júri do acusado (CPP, art. 457), a realização do interrogatório sempre após a oitiva das testemunhas (CPP art. 400, 411, 531), a vedação

de referência às algemas, à pronúncia ou ao silêncio do acusado como argumento para prejudicar ou beneficiar o réu no julgamento pelo Júri (CPP art. 478).

Por outro lado, perdeu o legislador ótima oportunidade de consagrar o contraditório na fase preliminar ao recebimento da denúncia no processo comum na Lei 11.719/08. O projeto de lei original encaminhado pelo Poder Executivo (PL 4207/01) estabelecia a possibilidade de defesa prévia antes da decisão sobre o recebimento da denúncia, garantindo a ampla defesa nesta importante etapa. Este procedimento foi suprimido pela redação final do art. 396 do CPP disposto na lei mencionada, ao estabelecer que, apenas após o recebimento da denúncia, será citado o réu para o oferecimento de resposta.

3. Conclusão

A pretensão deste texto é apenas apontar, em linhas gerais, os aspectos e princípios gerais da reforma processual penal e seu contexto.

É evidente que nenhuma das leis aprovadas é perfeita e imune a críticas. A atividade legislativa, como qualquer atividade humana, é falha e segue interesses heterogêneos, e mesmo que a construção de tais propostas tenha contado com a participação de ilustres acadêmicos e institutos reconhecidos, um sem número de imperfeições será apontado pela doutrina mais atenta, mesmo porque nem todas as proposições foram acatadas sem alterações. O ato de legislar é um ato de desconstruir um complexo normativo e substituí-lo por novos mandamentos, e conectá-los a um sem número de outros dispositivos pré-existentes que nem sempre guardam harmonia entre si. Sempre haverá, portanto, um aspecto assistemático, em qualquer nova lei, e sua aplicação estará sempre a necessitar da prudente construção jurisprudencial para adequá-la às surpresas do caso concreto, jamais antevistas pelo legislador.

No entanto, é importante consignar e concluir que, apesar de falhas que serão reconhecidas, a estrutura macro, os objetivos, as diretrizes e os desdobramentos das novas leis processuais penais são mais condizentes com um processo penal moderno, racional, e mais adequadas aos preceitos constitucionais que regem a matéria.

NOTAS

- (1) Importa destacar que esta discussão não é inédita, pois desde o período colonial já se discute a crise do sistema judicial no Brasil.
- (2) Disponível em <http://www.mj.gov.br/reforma/data/Pages/MJ8E452D90ITEMIDA08DD25C48A6490B9989ECC844FA5FF1PTBRIE.htm>

Pierpaolo Cruz Bottini

Advogado, professor-doutor de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP, membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e representante do IBCCRIM na Região Centro-Oeste

GARANTIAS ASSEGURADAS NOS JULGAMENTOS DE PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI (A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL)

Rui Stoco

Uma lei ou um estatuto codificado vale por suas essencialidades e por sua utilidade. Em se tratando de lei de natureza processual, que estabelece procedimentos, impõe-se que seja **justa** no sentido da igualdade entre as partes e **garantista**, no sentido de permitir aos personagens envolvidos as garantias de um processo igualitário e rápido.

Evidentemente que o processo de julgamento pelo Tribunal do Júri, com o procedimento estabelecido no Código de Processo Penal posto a lume em 3 de outubro de 1941, em período de exceção e de restrição às liberdades, não era garantista, nem se compatibilizava com as garantias atualmente asseguradas pela Carta Magna de 1988.

Por vinte anos vivemos esse conflito.

Felizmente, após mais de meio século de lutas e tentativas logrou-se por a lume, através da Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, um sistema de julgamento dos crimes dolosos contra a vida que assegura, verdadeiramente, um julgamento bem mais célere e justo, assegurando ao acusado os princípios constitucionais que devem nortear o processo.

Ressalte-se, por primeiro, a manutenção do sistema bifásico, a fase do *iudicium accusationis* — qual seja, a jurisdição instrutória, como fase propedêutica do juízo propriamente dito — ou, ainda melhor, o juízo da formação da culpa, quando se examina a admissibilidade da acusação formulada, como base para que o acusado ingresse na segunda fase, do *iudicium causae*, durante a qual é submetido a julgamento perante o Conselho de Sentença.

Todavia, essa instrução preliminar assume novos contornos e garantias, posto que a denúncia somente será recebida e pronunciado o acusado após ampla oportunidade de defesa, com oitiva de testemunhas, produção de outras provas e interrogatório. Já não mais se admite o recebimento da denúncia mediante carimbo.

Portanto, recebimento de denúncia e pronúncia constituem o mesmo ato processual após procedimento célere e que não pode ultrapassar o prazo de noventa dias.

Outras essencialidades com nítido propósito de evitar um julgamento desnecessário perante o Conselho de Sentença foram introduzidas na nova roupagem dada ao julgamento pelo Júri.

Ainda na primeira fase permitiu-se, tal como já consagrado no processo civil, a hipótese de alegar preliminares como causa eventual de rejeição da denúncia e extinção do processo *initio litis*. Foram am-

pliadas as hipóteses da absolvição sumária e garantida a impronúncia.

Encerrada a primeira fase o juiz fará o relatório do processo e não mais durante o julgamento em Plenário. A arregimentação de jurados democratizou-se com a consulta a autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários, de sorte que do jurado não se exige destacada cultura, nem qualquer conhecimento técnico ou jurídico, bastando que seja representativo de sua classe e do seu núcleo de convivência. Também se evitou o jurado “profissional”, ficando excluído da lista aquele que tiver integrado o Conselho de Sentença nos doze meses que antecederem à publicação da lista geral.

As hipóteses de desaforamento foram ampliadas e o instituto passa a assumir a função de guardião da celeridade e de que nenhum julgamento ocorra em prazo superior a seis meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia. Ademais do deslocamento do julgamento quando houver dúvida sobre a imparcialidade do Júri ou a segurança pessoal do acusado foram previstas hipóteses que asseguram o julgamento nesse prazo, seja quando houver comprovado excesso de serviço, hipótese em que o Tribunal determinará o desaforamento; seja quando não houver excesso de prazo mas o julgamento não tenha se realizado, hipótese em que o Tribunal determinará o imediato julgamento sob pena de verificação de falta disciplinar do magistrado por desídia.

Impende ressaltar que nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do Júri ou deixar de ser alistado em razão e cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução.

O acusado que responde solto ao processo não mais tem a obrigação de comparecer ao julgamento, assegurando-lhe a lei o direito de não constranger-se ou sentir-se humilhado.

Até mesmo o acusado preso que, junto com seu defensor, requerer sua dispensa poderá deixar de comparecer ao julgamento.

Assegurou-se que o ofendido, quando possível, e as testemunhas sejam inquiridas diretamente pelo Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor. Também os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas por intermédio do juiz presidente, democratizando-se ainda mais o procedimento.

Perceba-se que o interrogatório é o último ato que encerra a instrução, restando evidente e claro que se cuida de ato de defesa. Também no interrogatório as partes poderão formular perguntas diretamente ao acusado e os jurados também ganharam o direito de formular perguntas por intermédio do juiz presidente.

O uso de algemas, como regra, foi banido do procedimento, salvo se absolutamente necessário.

Ressalte-se que, a qualquer momento, durante os debates, tanto a acusação, a defesa, bem como os jurados poderão pedir ao orador que indique a folha dos autos a cujo conteúdo fez alusão. Aliás, após concluídos os debates, os jurados poderão ter acesso aos autos e aos instrumentos do crime.

Os chamados “apartes”, ou seja, a intervenção de uma das partes quando a outra estiver com a palavra, mereceram regulamentação, cabendo ao juiz presidente conceder a palavra a quem a solicita por três minutos, que serão acrescidos ao tempo desta última, evitando e impedindo a chicana.

Por fim, o questionário.

Quer a lei que os quesitos sejam redigidos em proposições simples e distintas, de maneira que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão.

A lei de regência (art. 482) quer que o Conselho de Sentença “seja questionado sobre matéria de fato”, vedada, portanto, qualquer proposição de natureza jurídica.

A simplificação do questionário alcançou o máximo possível, com previsão, na própria lei, de formulação de apenas três quesitos básicos para obter-se a condenação ou absolvição: a) materialidade do fato; b) autoria ou participação; e c) se o acusado deve ser absolvido. Apenas se nos debates for sustentada a tese de crime tentado, ou ainda persistir divergência sobre a tipificação do delito é que, após o segundo quesito, será formulado outro para dirimir a questão.

O terceiro quesito e, dentre todos, o mais importante e fundamental, tem redação na lei. Aos jurados será indagado apenas se absolvem o acusado. Assim, respondidos afirmativamente os dois primeiros quesitos acerca da materialidade do fato e sobre a autoria ou participação, será formulado o terceiro quesito, que engloba todas as teses apresentadas pela defesa.

Com essa providência afasta-se a maior fonte de nulidades, atende-se à determinação constitucional de que aos jurados apenas se propõem questões sobre maté-

ria de fato, simplifica o julgamento e, segundo nos parece, protege melhor o acusado, permitindo segurança e garantia de um julgamento justo.

Por outro lado, a opção inortodoxa e que rompe com a tradição, de se obter votação com “sim” ou “não”, para a única indagação a ser formulada, ou seja, se os jurados absolvem, busca estabelecer critério de igualdade entre acusação e defesa e de respeito ao acusado, que se presume inocente até a declaração de sua culpabilidade. Não foram poucas as críticas e, nesse passo, fundadas, verberadas por alguns juristas de escol, dentre eles **Alberto Silva Franco**⁽¹⁾ e **Janes Tubenchlak**⁽²⁾ no sentido de que o terceiro quesito do projeto anteriormente remetido ao Senado estava redigido em dessintonia com o princípio constitucional da presunção de inocência. Chegou-se a indagar, com razão, porque formular o quesito se “o acusado

deve ser condenado?” e não com redação que não induza os jurados a uma condenação por mera acomodação: “o acusado deve ser absolvido?”.

Como tanto uma como a outra indagação sob a forma de quesito iria gerar discussões e conflito, buscou-se uma solução intermediária que não prejudica o acusado nem chega ao ponto de favorecer a defesa ou a acusação, pois a indagação constante desse terceiro quesito tem a virtude de não induzir os jurados a resposta no sentido da condenação, como ocorreria caso o quesito indagasse, “se os jurados condenam”, guardando coerência com a necessária presunção de inocência.

Tem-se, como se verifica, que o garantismo e a observância de princípios básicos e elementares que compõem o direito de defesa, agora expressamente previstos na Lei nº 11.689/2008, trazem a certeza de que a pena afliativa decorrente de con-

denação imposta pelo Conselho de Sentença irá assumir sua função repressiva e ressocializadora, pois a pena tardia não é pena em seu sentido jurídico mas, castigo, tornando-se anacrônica, injusta e apartada dos objetivos que a criminologia anteviu, não mais servindo como sanção ou meio de conduzir à espiação e encontrar a recuperação.

NOTAS

(1) **FRANCO, Alberto Silva.** “A proposta de novo questionário no Tribunal do Júri”, *Boletim do IBCCRIM* nº 24, São Paulo, 1994, p. 3.

(2) **TUBENCHLAK, James.** *Tribunal do Júri - Contradições e Soluções*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 170.

Rui Stoco

Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo; conselheiro no Conselho Nacional de Justiça; autor e relator na Comissão do anteprojeto de lei do Júri que se converteu na Lei nº 11.689/2008

PRAZO PARA ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO

Guilherme Madeira Dezem e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Dispõe a nova redação do artigo 412 que “O procedimento será concluído no prazo máximo de noventa dias.”

A nova redação do art. 412 traz importante modificação para a primeira fase do procedimento do júri, estabelecendo que o procedimento será concluído no prazo máximo de 90 dias.

Com esta nova redação quebra-se o antigo paradigma de que prazos procedimentais deveriam ser sempre contados até o “encerramento da instrução” que tanta celeuma causa na doutrina e na jurisprudência.

Antes da nova lei do júri, o marco tradicionalmente verificado para o excesso de prazo era o encerramento da instrução. Tal termo impreciso resultava em três posições sobre o momento em que se encerrava a instrução: a) com a apresentação das alegações finais; b) com a oitiva das testemunhas de defesa; c) com a oitiva das testemunhas de acusação.

Com a nova redação, quebra-se o paradigma deste marco com clareza elogiável: tem-se agora 90 dias para o término do procedimento, ou seja, 90 dias para que o magistrado profira a decisão que encerra a primeira fase.

A alteração é salutar na construção de um processo penal democrático. O encerramento da instrução nada interfere na lesão advinda do potencial descumprimento da garantia fundamental de duração razoável do processo, tampouco tem tal efeito a oitiva das testemunhas de acusação. É certo que apenas impondo célere fim do procedimento, e possível fim do processo — o que se dá com a sentença — é maximizada a garantia constitucional.

Acreditamos que, por estar inserido no

título do “processo comum” no Código de Processo Penal, e por maximizar garantia constitucional, o marco para aferição de excesso de prazo no procedimento ordinário também deve ser reconhecido como a “conclusão do procedimento”, quedando afastada a referida polêmica sobre o marco temporal para aferição do excesso de prazo.

Advirta-se: não se trata de prazo para que os autos sejam levados à conclusão do magistrado, mas de prazo para que efetivamente seja proferida decisão, visto que somente com a sentença é que será concluída a primeira fase do procedimento.

É importante notar, ainda, que situações extraordinárias podem autorizar que se ultrapasse o prazo de 90 dias para o sentenciamento do feito. Trata-se da adoção da Teoria dos Três Critérios criada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e que se aplica no Brasil, embora não com este nome.

Foi no caso *Wemhoff* (com sentença datada de 27.06.1968)⁽¹⁾ que se iniciou a definição de certos critérios sobre o que seria considerado como duração indevida do processo. Estabeleceu-se, então, a chamada doutrina dos três critérios sobre o tema. Há três critérios que devem ser considerados para a verificação da indevida duração do processo:

- 1) complexidade do caso;
- 2) conduta processual do acusado;
- 3) conduta das autoridades judiciárias.

Os critérios devem ser compreendidos em conjunto, compreendendo-se a complexidade do caso não como aquela advinda da profundidade da questão jurídica abarcada, mas sim o complexo traba-

lho de produção de provas, que demanda dilação excepcionalmente maior. A anormal conduta processual do acusado, que permite a ultrapassagem do prazo estabelecido, não se confunde com a regular produção da prova — eis que a possibilidade de participar da produção da prova é inerente ao contraditório — mas sim com a excepcional necessidade de provas especialmente demoradas como a perícias incomuns ou expedição de cartas rogatórias. Como conduta da autoridade judiciária deve ser ponderada não só apenas a iniciativa do juiz na condução célere do feito, como também dos demais envolvidos no trâmite do processo, como a procrastinação do feito pela acusação, ou a incapacidade da estrutura do juízo em dar cumprimento célere aos atos processuais determinados.

Desta forma, apenas a partir da compreensão restritiva dos três critérios acima, é possível que se ultrapasse o prazo de 90 dias para o sentenciamento do feito.

NOTA

(1) Conforme apontado por **Lopes Jr. e Badaró**, *in op. cit.* p. 39.

Guilherme Madeira Dezem

Juiz de Direito em São Paulo; mestre em Processo Penal pela USP e professor de Cursos de Graduação e Pós-Graduação

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Defensor público em São Paulo; mestre em Direito Penal pela PUC; doutorando em Direito Penal pela PUC e professor do Curso de Graduação da PUC/SP e de Cursos de Pós-Graduação

PARTICIPE POR ACREDITAR

GRUPO DE ESTUDOS E TRABALHOS MULHERES ENCARCERADAS

O Grupo de Estudos e Trabalhos *Mulheres Encarceradas*, fórum permanente de entidades que refletem e atuam junto à questão das mulheres em situação de prisão, do qual o **IBCCRIM** é integrante, realizou, entre os dias 5 e 6 de junho, o Encontro “*A Mulher no Sistema Carcerário*” no auditório da AASP São Paulo, tendo como temática central a *saúde da mulher encarcerada*. O evento reuniu especialistas, profissionais, pesquisadores e estudantes de diferentes Estados e regiões do País, no esforço de radiografar os principais problemas e apresentar propostas a serem formuladas e executadas no âmbito de políticas públicas voltadas a essa população. As conclusões do encontro, em fase de sistematização, serão publicadas nos próximos números do *Boletim* do **IBCCRIM**.

AGRADECIMENTO AOS COLABORADORES DO CURSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Diretoria do **IBCCRIM** homenageia os patrocinadores, escritórios colaboradores e apoiadores institucionais que apostaram em mais essa realização do Instituto.

Realização: IBCCRIM (Brasil) e IGC (Coimbra-Portugal)

Patrocinadores: Coimbra Editora e RT - Editora Revista dos Tribunais

Escritórios Colaboradores:

- Maronna, Stein e Mendes Advogados
- Morais Advogados Associados
- Podval, Rizzo, Mandel, Antun, Indalecio e Advogados
- Rechulski e Ferraro, Advogados
- Toron, Torihara e Szafir Advogados

Apoio Institucional:

- Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (CEPGE)
- Defensoria Pública da União
- Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (EDEPE)

FORUM ON-LINE IBCCRIM

Veja, abaixo, a programação para os próximos encontros do **Fórum On-line** e participe!

Dia 2 de julho de 2008: Marco Antonio Rodrigues Nahum (mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo; ex-presidente e atual conselheiro do IBCCRIM), conversando sobre: “*O Estado e o Direito de Punir*”.

Dia 9 de julho de 2008: Não haverá sessão do Fórum (feriado em São Paulo pela Revolução Constitucionalista de 1932).

Dia 16 de julho de 2008: Antonio Scarance Fernandes (professor titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP; ex-procurador de Justiça em São Paulo; advogado criminalista), conversando sobre: “*Processo Penal Constitucional*”.

Dia 23 de julho de 2008: Alamiro Velludo Salvador Netto (mestre e doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP; coordenador-adjunto do Departamento de Projetos Legislativos do IBCCRIM; advogado criminalista em São Paulo), conversando sobre: “*Crimes Falimentares*”.

Dia 30 de julho de 2008: Ana Lúcia Menezes Vieira (mestre em Processo Penal pela Faculdade de Direito da USP; professora de Processo Penal na Universidade Paulista - UNIP; pesquisadora junto ao Departamento de Processo Penal na Universidade de Milão; promotora de Justiça em São Paulo), conversando sobre: “*Processo Penal e Mídia*”.

LEMBRE-SE: QUARTA-FEIRA, SEMPRE ÀS ONZE, É O FÓRUM QUE VAI ATÉ VOCÊ.

IMPLEMENTAÇÃO NO SITE DO IBCCRIM: EXTRATO FINANCEIRO

Desde o mês de junho de 2008, os associados do **IBCCRIM** já podem acessar uma nova ferramenta disponível no site (www.ibccrim.org.br) cujo nome é EXTRATO FINANCEIRO. Essa ferramenta permite ao associado verificar o histórico de seus pagamentos, incluindo eventuais vencimentos que não foram quitados. Para acessar o EXTRATO FINANCEIRO, o associado deve clicar no botão “AUTENTICAÇÃO” que fica no canto superior direito do site, digitar seu *login* e sua senha e, ao entrar na área restrita, visualizará o botão EXTRATO FINANCEIRO abaixo do botão “AUTENTICAÇÃO”. Para quitar pagamentos em atraso, basta acessar o *link* solicitar boleto e automaticamente, dentro de 48 horas, o associado receberá um novo boleto no *e-mail* cadastrado no **IBCCRIM**.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº 73 – JULHO/AGOSTO DE 2008

Veja, abaixo, alguns dos títulos dos artigos publicados na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 73 – Julho/ Agosto de 2008:

- *As Raízes Sociológicas do Funcionalismo Penal: Uma Aproximação entre Émile Durkheim e Günther Jakobs* – Juliana Cardoso Benedetti
- *Elementos para uma Sociologia Histórica da Polícia Civil em Minas Gerais* – Eduardo Cerqueira Batistucci
- *Princípio da Insignificância e sua Aplicabilidade no Delito de Contrabando e Descaminho* – Julio Dalton Ribeiro
- *Direito Penal Neo-Constitucionalista: Equilíbrio Necessário entre os Anseios da Sociedade e a Legitimidade do Ordenamento* – Ivan Luis Marques da Silva
- *Sigilo Profissional e Prova Penal* – Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza
- *Mitos e Realidades sobre a Criminalidade na América Latina - Algumas Observações Estratégicas sobre como Enfrentar e Melhorar a Coesão Social* – Bernardo Kliksberg
- *A Nova Competência Criminal da Justiça Militar* – Flavio Flores da Cunha Bierrenbach
- *Jurisprudência Comentada: Reconhecimento da Extinção da Punibilidade pelo Ressarcimento à Vítima no Estelionato Comum* – Luciano Anderson de Souza
- *Parecer: Da Diferença entre Ação e Processo: Nulidade do Processo Decorrente do Recebimento de Denúncia em Caso de Parcelamento do Crédito nos Crimes Contra a Ordem Tributária* – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

COLÓQUIO EM HOMENAGEM A COIMBRA: DOGMÁTICA PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E CRIMINOLOGIA NA PERSPECTIVA DO SÉCULO XXI

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (**IBCCRIM**) promoverá, nos dias 15 e 16 de setembro de 2008, um evento em homenagem ao **IDPEE**, reunindo professores portugueses e brasileiros, para debater o tema: *Dogmática Penal, Política Criminal e Criminologia na Perspectiva do Século XXI*. Tal iniciativa será realizada em retribuição ao Colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: Tendências de Reforma, realizado nos dias 13 e 14 de abril de 2007 no Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal.

Entre os professores brasileiros estão Alberto Silva Franco, Alvaro Augusto de Sá, Carlos Vico Mañas, Edson Luís Baldan, Fábio Roberto D’Ávila, Fernando Fernandes, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Zanoide de Moraes, Salo de Carvalho e Sérgio Salomão Shecaira. Do **IDPEE** foram convidados os professores Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues, Jorge de Figueiredo Dias, José Francisco de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade.

O evento será realizado no Riema Paulista Classic Flat Service, localizado na Rua Bela Cintra, 672 – Cerqueira César – São Paulo – SP. Mais informações por telefone (11 3105-4607 – ramais 125 ou 140) ou *e-mail* (curso@ibccrim.org.br).

12º CONCURSO IBCCRIM DE MONOGRAFIAS JURÍDICAS

Mantendo sua tradição de incentivar a produção científica, o **IBCCRIM** declara que a monografia vencedora do **12º Concurso** foi: “*Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal: Descriminalização, Redação Típica e (In)Ofensividade*”, de Guilherme Gouvêa de Figueiredo.

O autor é mestre e especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal, professor universitário e advogado criminal.

A premiação dar-se-á no decorrer do **14º Seminário Internacional do IBCCRIM** de 26 a 29 de agosto de 2008, quando será entregue um exemplar da monografia vencedora a todos os participantes do evento.

A Comissão Julgadora, em nome do **IBCCRIM**, parabeniza o autor da monografia e agradece aos demais participantes.

14º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Confira, abaixo, alguns parceiros que aderiram a colaboração do **14º Seminário Internacional do IBCCRIM!**

Escritórios Colaboradores:

- Advocacia Mariz de Oliveira S/C (SP)
- Alexandre Wunderlich & Salo de Carvalho - Advocacia Criminal (RS)
- Almeida Castro Advogados Associados S/S (DF)
- Azevedo e Azevedo Advogados Associados (SP)
- Barandier Advogados Associados (RJ)
- Bottari e Oliveira Advogados (RJ)
- Campos Costa, Turbay Freiria Advogados (DF)
- Caon & Advogados Associados (SC)
- Carlos Eduardo Machado & Advogados (RJ - DF)
- Daniel Gerber & José Henrique Salim Schmidt, Advocacia Criminal (RS - SP - DF)
- David Teixeira de Azevedo Advogados Associados (SP)
- Dias e Carvalho Filho Advogados (SP)
- Eduardo A.L. Ferrão e Paulo R. Baeta Neves Advogados Associados (DF)
- Escritório Professor René Dotti (PR)
- Gamil Föppel Advogados Associados (BA - PE)
- J. N. Miranda Coutinho & Advogados (PR)
- Joyce Roysen Advogados S/C (SP)
- Luis Guilherme Vieira Advogados Associados (RJ - DF)
- Malheiros Filho - Camargo Lima - Rahal Advogados (SP)
- Marcelo Leonardo Advogados Associados (MG)
- Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M.Zynger Advogados (SP)
- Maronna, Stein e Mendes Advogados (SP)
- Martins & Salvia Advogados (SP - RJ - DF - PR - MG)
- Milaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente (SP)
- Moraes Pitombo Advogados (SP)
- Muylaert, Livingston e Kok Advogados (SP)
- Nilo Batista & Advogados Associados (RJ)
- Odilon Pereira de Souza Advogados Associados S/C (MG)
- Oliveira Lima, Hungria, Dall'Acqua e Furrer Advogados Associados (SP)
- Pinheiro Neto Advogados (SP - RJ - DF)
- Podval, Rizzo, Mandel, Antun, Indalecio e Advogados (SP - DF)
- Paschoal Advogados (SP)
- Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal (RS)
- Ráo, Cavalcanti & Pacheco Advogados (SP)
- Rassi & Gomes Advogados Associados (DF - GO - PR)
- Reale e Moreira Porto Advogados Associados (SP)
- Rechulski e Ferraro, Advogados (SP)
- Thompson & Moraes Advogados (RJ)
- Toron, Torihara e Szafir Advogados (SP)
- Vilardi e Advogados Associados (SP)
- Zanoide de Moraes Advogados Associados (SP)

Patrocínio:

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

 **BM&F BOVESPA**
A Nova Bolsa

 Banco
Votorantim

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

■ DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS

■ MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda. - Praetorium
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDFPF-MG

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

■ PARANÁ

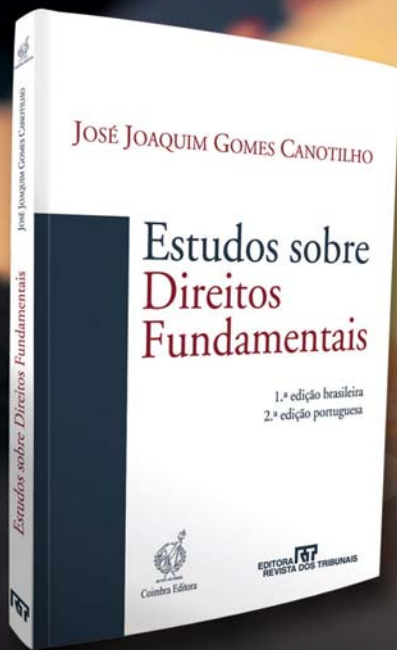
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

■ SÃO PAULO

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPESP
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

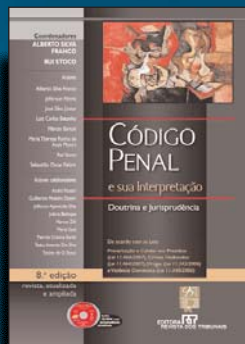


CANOTILHO NO BRASIL

Mais uma co-edição
Editora RT e Coimbra Editora

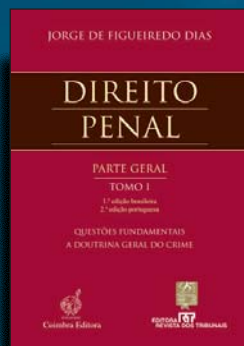
1.^a edição brasileira • 2.^a edição portuguesa
274 páginas • brochura

Coord.: Alberto Silva
Franco e Rui Stoco



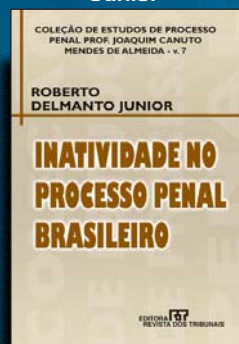
1.754 páginas

Jorge de Figueiredo Dias



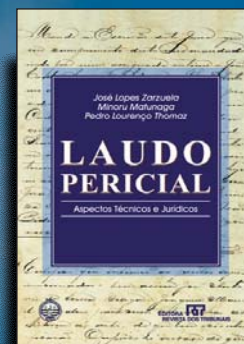
co-edição Editora RT e Coimbra Editora
1.062 páginas

Roberto Delmanto
Junior



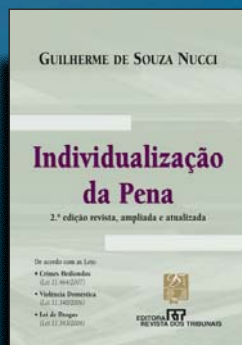
384 páginas

José Lopes Zarzuela
Minoru Matunaga e
Pedro Lourenço Thomaz



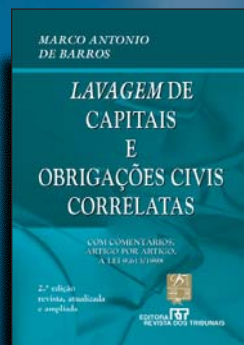
372 páginas

Guilherme de
Souza Nucci



400 páginas

Marco Antonio
de Barros



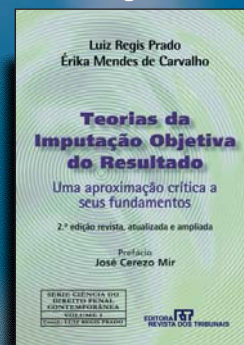
510 páginas

José Henrique Pierangeli
e Eugenio Raúl Zaffaroni



766 páginas

Érika Mendes de Carvalho
e Luiz Regis Prado



268 páginas

www.rt.com.br

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS