

Breves considerações sobre as reformas no CPP

Daniel César Boaventura*

Sumário: 1 Notas introdutórias. 2 Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. 3 Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008. 4 Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.

1 Notas introdutórias

À semelhança das modificações relativamente recentes promovidas na Lei Processual Civil, optou o legislador por “fatiar” o projeto de novo Código de Processo Penal, cuja tramitação e, mesmo, aprovação seriam costumeiramente morosas, trazendo a lume reformas pontuais, como se verifica nas Leis nº 11.689, de 9 de junho de 2008, relativas ao Tribunal do Júri; nº 11.690, de 9 de junho de 2008, referentes à prova; e, finalmente, nº 11.719, de 20 de junho de 2008, relativas à suspensão do processo, à *emendatio libelli*, à *mutatio libelli* e aos procedimentos.

Nas linhas seguintes, faz-se uma leitura despretenhosa das alterações promovidas no CPP, sem intuito de esgotar o tema, ainda em estado de flagrância e por atingir imediatamente direitos fundamentais da pessoa humana - vida, liberdade, ampla defesa e contraditório -, sendo merecedor de debates e profunda reflexão.

Far-se-á a análise isolada de cada lei acima mencionada, em seus aspectos mais relevantes, não se fazendo referência ao que nos pareceu apenas adequação de redação de dispositivo legal.

Registre-se que, se não mencionada a lei, o artigo tratado se referirá ao Código de Processo Penal brasileiro.

2 Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008

Essa lei visou modificar, principalmente, dispositivos relativos à prova, inserindo o processo penal, estabelecido na primeira metade do século XIX, sob a égide de governo ditatorial, em que liberdade e garantias individuais cedem ao controle da ordem pública, num contexto garantista, em que se homenageiam a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa.

Primeira e relevante alteração se deu no art. 155, para eliminar a possibilidade de um decreto condenatório baseado exclusivamente em elementos colhidos na fase pré-processual, qual seja a da investigação policial.

O inquérito policial deixou, há muito, de ser a fonte de provas do processo penal para ser visto como ele-

mento formador de convicção do Ministério Público, como garantia ao cidadão de que não sofrerá processo penal - que por si só já traz desgaste à imagem e restrições a direitos de quem a ele é submetido - sem um mínimo de substrato probatório, é dizer, sem justa causa.

Assim, destina-se ao representante do Ministério Público, e não ao juiz, cuja convicção deverá ser formada pelas provas produzidas em procedimento judicial sob os auspícios da ampla defesa e do contraditório.

Foi inserido o inciso I no art. 156, que prevê, expressamente, a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, antes mesmo de iniciada a ação penal.

A previsão dá respaldo ao que já é adotado na prática, haja vista a colheita de elementos probatórios em interceptações telefônicas deferidas ainda no inquérito policial, nas prisões temporárias, que substituíram as odiosas prisões para averiguação e outras medidas. Não nos parece adequada, contudo, a faculdade conferida ao juiz, na nova redação do *caput* do art. 156, de que a produção de tais provas pode ser determinada “de ofício”.

Sendo inerte a jurisdição, em regra, e sendo o inquérito policial destinado à formação de convicção do *Parquet*, e não do juiz, como pode o magistrado aquilatar a necessidade da prova antecipada *ex officio*, se não se encontra em curso um processo penal, por ele conduzido? Baseará sua convicção em mera *notitia criminis*?

Melhor seria a previsão de que a prova antecipada pode ser colhida por autorização judicial mediante requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, ouvido previamente este quando requerida por aquela.

A redação do art. 157, que previa a formação de convicção do juiz pela livre apreciação das provas, foi profundamente alterada para positivar construção doutrinária e jurisprudencial acerca da prova ilícita.

O dispositivo acima considerou ilícitas tanto a prova obtida por meios ilícitos como a que for desta derivada (*fruits of the poisonous tree*), salvo se sua obtenção fosse possível por outro meio.

Quanto à prova obtida a partir de prova ilícita, insta ressaltar: se a segunda prova se “desligar juridicamente” da prova ilícita primária, poderá ser admitida. É a aplicação da teoria da *inevitable discovery exception* ou seja, de que o fato seria descoberto de qualquer modo, ou da *hypothetical independent source rule* (descobrimiento provavelmente independente).

A *inevitable discovery exception* se opõe à *fruits of the poisonous tree*: esta se aplicará quando houver relação direta entre a prova ilícita e aquela dela derivada, de tal modo que sem a primeira a segunda não existiria. Em síntese, deve-se afastar a segunda prova quando disso

* Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito pela Fundação Getúlio Vargas.

resultar a efetiva proteção ao bem jurídico violado pela ilicitude da primeira prova, observado o princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes.

Na *hypothetical independent source rule*, tem-se que a prova tida como derivada possa produzir efeitos em razão de que sua descoberta seria naturalmente trazida por uma outra prova. Assim, rompe-se o próprio nexo de causalidade entre a prova ilícita e sua “derivada” (enquanto, no caso acima, o nexo permanece intacto, afastando-se apenas a antijuridicidade da prova derivada).

Cabe registrar que a aceitação da prova ilícita ou sua derivada não afasta eventuais sanções civis ou penais àquele que atuou ilicitamente na obtenção da prova.

Inseriu-se um capítulo (V) para tratar exclusivamente sobre o “ofendido”. Dentre as previsões do *caput* e parágrafos do art. 201, a maioria já estava contida na redação anterior do mesmo dispositivo.

Chama-nos atenção, todavia, a salutar previsão do novel § 2º, que impõe a comunicação do ofendido sempre “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”.

Já não era sem tempo que a vítima (ou ofendido, na dicção legal) fosse considerada como sujeito de direitos, e não apenas objeto. A descrença na Justiça deve-se, também, ao fato de que o processo penal corre à sua revelia, de modo que a única memória que lhe resta é a da ofensa contra ela praticada.

O art. 212 teve sua redação alterada para eliminar o sistema de reperguntas, o que nos parece de extremo acerto. Não há dúvidas de que, mesmo reformulada pelo juiz, a pergunta “dirigida” anteriormente formulada pela parte (acusação ou defesa) já estava incutida na cabeça do depoente, de modo que a resposta, se não indeferida, seria ao questionamento primevo, e não ao reformulado. A teatralidade foi eliminada, prevendo-se tão-só o sistema de perguntas diretas, que já vigorava no Tribunal do Júri, cabendo ao juiz indeferir as impertinentes ou tendenciosas.

O parágrafo único incluído no art. 212 daria a entender que a ordem de indagações se iniciaria pela acusação ou defesa, conforme fosse “daquela” ou “desta” a pessoa a ser ouvida, cabendo ao juiz apenas formular esclarecimentos.

Não nos parece a melhor interpretação. Ora, mesmo e principalmente pelo fato de que visou a lei homenagear o sistema garantista, ninguém melhor que o juiz, o qual é imparcial e deve velar pela defesa do garantismo penal, dos direitos fundamentais da pessoa humana, pela paridade de armas e que é o destinatário da prova e perseguidor da verdade real, para formular perguntas ao depoente, em ordem inicial.

Isso lhe permite saber, até mesmo, da pertinência ou não das perguntas das partes (*caput*, art. 212). Impor que as partes façam primeiramente suas perguntas para,

só ao fim, permitir ao juiz esclarecimentos, conduzirá a audiências intermináveis e, por outro lado, restringirá o processo penal, sobretudo a produção da prova oral, a mero jogo de estratégia das partes (acusação e defesa).

Além de não enxergamos, na previsão legal, tal posição, ainda que pudesse ser admitida, a manutenção do atual sistema não traria nulidade ao ato, a menos que fosse efetivamente comprovado algum prejuízo para a parte.

Algumas modificações foram promovidas nos dispositivos legais que tratam da sentença, mas o que nos chama a atenção é o cochilo do legislador, que, preocupado em privilegiar os direitos fundamentais da pessoa e o garantismo penal, olvidou-se de modificar o inciso I, parágrafo único, do art. 386, o qual, ao dispor sobre a sentença absolutória, continuou a prever que o juiz mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade.

Ora, se, mesmo na sentença condenatória, é dever do juiz pronunciar-se sobre a necessidade de se manter a custódia preventiva, o que permite concluir pela sua excepcionalidade, ante o princípio da presunção de inocência, é digna de estranheza a persistência do dispositivo supra-referido, que admite a manutenção da custódia de alguém que foi absolvido.

3 Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008

Reforma de maior repercussão se deu nos procedimentos relativos ao Tribunal do Júri, instituída pela Lei 11.689, de 9 de junho de 2008.

Instituiu-se um procedimento preliminar, antes da fase de pronúncia, impronúncia ou absolvição sumária, ora previsto nos arts. 408 a 412. Os antigos arts. 408 a 412 correspondem e foram modificados pelos atuais arts. 413 e seguintes.

Ao invés de citação para interrogatório, o acusado é citado para apresentar defesa escrita. Realizam-se diligências requeridas pelas partes ou determinadas *ex officio* e designa-se audiência de instrução e julgamento, em que são feitos os debates orais e, preferencialmente, proferida a sentença da primeira fase do procedimento.

Eliminam-se os procedimentos de vista para alegações do antigo art. 406 e conclusão para sentença em 48 horas, do antigo art. 408. Como a AIJ se presta, inclusive, à juntada de documentos, e as alegações finais deverão ser orais, parece-nos que, embora revogada a previsão do antigo § 2º, art. 406, que vedava a juntada de documentos no prazo de alegações finais, caso excepcionalmente elas não possam ser sustentadas na audiência e se venha a admitir sua apresentação por escrito, restaria implícita a vedação. Contudo, na excepcionalidade mencionada, o adequado seria designar audiência em continuação, para alegações finais orais. Aguardem-se jurisprudência e doutrina.

As diligências devem ser requeridas na resposta do acusado e na inicial ou “impugnação” do Ministério

Público ou querelante. No despacho em que se designar a audiência de instrução e julgamento (AIJ) serão deferidas ou não, conforme § 2º do art. 411.

Parece-nos que o objetivo da lei é que as diligências e AIJ sejam realizadas no prazo máximo de 10 dias, conjugando-se os arts. 410 e 411. Contudo, a prática mostra inviável a observância do prazo.

A proposta legal é bem-intencionada - pressupondo-se que não foi promovida apenas para dar satisfação à sociedade e imputar exclusivamente ao Judiciário a morosidade do processo -, mas de difícil atendimento, como ressalta Guilherme de Souza Nucci:

Além do empenho das partes envolvidas no processo, deve-se contar com boa dose de sorte, para que todas as pessoas sejam encontradas e intimadas e ninguém falte. Há uma ordem legal expressa para a inquirição (...). Ora, se uma testemunha de acusação faltar e não for possível determinar-se, de imediato, a sua condução coercitiva (...), o que se fará? (...) Em suma, a audiência será adiada e nova data designada. Já não haveria, então, uma única audiência.

Porém, há outro aspecto negativo a considerar. O juiz deve reservar um dia inteiro de sua pauta para ouvir tantas pessoas de uma só vez. Logo, se alguma testemunha faltar, impedindo a continuidade dos trabalhos, terá sido perdido o dia no tocante à pauta da Vara. Outra data, no futuro, será designada, mas muitas audiências se acumularão e os prazos ficarão ainda mais extensos.

A idéia da concentração das provas numa única audiência é salutar, em homenagem à celeridade processual, mas irreal para as sobrecarregadas pautas das Varas do Júri e das Comarcas em geral. (...)

De nada adianta a lei determinar o impossível (...). (*Tribunal do Júri*: de acordo com a Reforma do CPP. Leis 11.689/2008 e 11.690/2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 50).

Se houver prova cuja produção não possa ser concluída dentro do prazo, o ideal, a nosso ver, seria adequar a designação de AIJ ao prazo provável de conclusão das diligências, ainda que superior aos 10 dias, mas sempre os tendo como parâmetro de celeridade.

Digna de nota a questão da manutenção ou decreto de prisão por ocasião da sentença de pronúncia (art. 413).

Diz o § 2º do novo art. 413 que, “se o crime for afiançável, o juiz arbitraré o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória”. O § 3º, por sua vez, dispõe que

O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Ora, o § 3º elimina a previsão de prisão automática em razão da pronúncia, que já era objeto de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Andou mal, todavia, o § 2º, aparentemente em contradição com o § 3º.

Parece-me inconstitucional, à primeira análise, arbitrar fiança para manutenção da liberdade provisória. Ou há motivos para revogação de liberdade provisória / decretação de prisão preventiva, ou se mantém a liberdade provisória, independentemente de fiança, até porque seria incompatível com o disposto no § 3º.

Noutro giro, embora tenha sido mantida a nomenclatura “liberdade provisória”, provisória é a prisão, antes de sentença condenatória transitada em julgado, e nunca a liberdade, em face do princípio da presunção de inocência.

Ora, se o pronunciado é presumidamente inocente e gozava de liberdade (definitiva, e não provisória, já que não se pode antever condenação transitada em julgado), não é admissível fixar-lhe fiança para permanecer livre.

A nova redação do art. 416 alterou o sistema recursal: “Art. 416. Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação”.

Na absolvição sumária, antes eram cabíveis o “recurso de ofício” (art. 411 do CPP, antiga redação) e recurso em sentido estrito (art. 581, VI, do CPP, revogado expressamente). Agora, apenas apelação (art. 416, nova redação).

Na impronúncia, antes era cabível recurso em sentido estrito. Agora, prevê-se apelação (art. 416, nova redação), mas não houve revogação expressa do art. 581, IV, que prevê recurso em sentido estrito. Terá sido tacitamente derogada, ou continuará existindo a possibilidade de interposição do recurso em sentido estrito? O tempo dirá.

Com a previsão do art. 422, em sua nova redação, foram eliminadas as figuras do libelo e da contrariedade ao libelo, reduzindo o tempo para submissão do feito ao Júri.

Seguiu-se longa previsão sobre procedimento de preparação e realização da sessão do Júri, de forma sistemática e organizada.

Dentre relevantes modificações, insta salientar a previsão do art. 457, *caput* e § 2º, que permite a realização da sessão em caso de ausência do réu solto e, mesmo, do que estiver preso, mas tiver sua presença dispensada a requerimento seu e de seu defensor.

Mas a principal modificação, a nosso ver, foi trazida pelo art. 483, § 2º, que determina seja quesitada, após confirmação da materialidade e autoria, a seguinte indagação: “O jurado absolve o acusado?”

A simplicidade de tal quesito condensa todas as teses de defesa, evitando-se tradicionais dificuldades na elaboração dos quesitos, perplexidades e nulidades. Lado outro, abre ensejo à admissão de teses de defesa as mais improváveis. Se boa ou ruim a alteração, os resultados dos próximos Júris dirão.

A bem da verdade, parece-nos que melhor teria andado o legislador se fossem substituídos todos os quesitos pela indagação supramencionada, inclusive materialidade e autoria, à semelhança do Júri norte-americano,

cabendo ao juiz-presidente preferir sentença, como o faz nos processos de competência do juiz singular.

Registre-se, por fim, a eliminação do “protesto por novo Júri”, esdrúxula previsão da lei processual de que o condenado a pena maior de 20 anos poderia, sem qualquer justificativa ou fundamentação, pleitear novo julgamento.

4 Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008

A última das leis mencionadas, mas não a última das que ainda tramitam, dispõe sobre a suspensão do processo, *emendatio libelli, mutatio libelli*.

Importante alteração foi trazida pelo art. 362, que antes dispunha sobre a citação por edital do réu não localizado para citação pessoal e agora prevê a citação por hora certa, tal como já admitida no processo civil.

Significativa modificação foi introduzida no art. 383, que trata da *emendatio libelli*. Não para alterar a *emendatio*, em si, mas para admitir o que parte da jurisprudência garantista já vinha fazendo. É o que se vê no § 1º: “se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei”.

Injustiça se fazia quando, no momento da sentença, verificava-se que a mera incorreção da tipificação do delito na peça acusatória havia obstado ao acusado o benefício da suspensão condicional do processo a que teria direito, conforme a tipificação dada pelo decreto condenatório.

Assim como no procedimento do Júri, nos procedimentos ordinário e sumário adotou-se a defesa prévia por escrito, a partir do prazo de citação, conforme o art. 396, introduzindo-se a possibilidade de absolvição sumária, antes mesmo da instrução processual, pelo novel art. 397, em casos de excludentes de ilicitude ou culpabilidade, atipicidade ou ocorrência de causa extintiva da punibilidade.

Conquanto valorize o princípio da presunção da inocência e procure evitar as consequências danosas que a só existência do processo penal traz à pessoa do acusado, a norma deve ser tida com a necessária cautela, para se evitarem conclusões afoitas, que, a pretexto de salvaguardar o acusado, geram impunidade e descrédito do Judiciário.

Instituiu-se no § 2º do art. 399 o princípio já consagrado no processo civil da identidade física do juiz, impondo àquele que colheu a prova oral o dever de preferir sentença. Digna de aplausos, pois inegável a carga probatória da própria postura dos depoentes, as expressões corporais, a forma como se manifesta, da reação do acusado, para formação da convicção do magistrado.

5 Conclusão

O novo é sempre temido, mesmo por quem o aguarda.

Em sede de legislação penal ou processual penal, que afeta diretamente os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, a reação que a novidade traz é ainda mais impactante.

O pessimismo dos que vêm nas modificações retrocessos, inconsistências e impunidade é contrabalanceado pelo otimismo dos que vêm um processo penal mais ágil, célere e garantista.

Nosso ceticismo e mineiridade nos impedem de adotar, neste momento, uma visão crítica das novas leis, a ponto de nos manifestarmos sobre se benéficas ou malélicas à Justiça penal. Justiça com letra maiúscula, pois abrangente dos interesses da sociedade, das pessoas submetidas aos processos penais, dos ofendidos e dos profissionais que militam nas lides criminais.

Estudo e reflexão são imprescindíveis a um posicionamento crítico. Qualquer manifestação dogmática será precipitada e indesejável. A doutrina e a jurisprudência saberão interpretar a contento o que se mostra, a princípio, inconsistente ou equivocado, e valorizar e buscar seguir o que, embora ofereça obstáculos práticos, mostre-se como o caminho da verdadeira Justiça.

6 Referências bibliográficas

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

...