

1 Breve histórico do processo penal

1.1 Colônia

Inexistia, verdadeiramente, organização jurídico-social brasileira antes do domínio português. A partir do descobrimento, a legislação a ser aplicada era, formalmente, a de Portugal, mas pode-se afirmar, sem exageros, que houve um período inicial de regime jurídico despótico, violento e cruel, no qual pequenos senhores, independentes entre si e distantes da Coroa, tinham poder ilimitado de administração e julgamento (capitanias hereditárias)¹.

Com a crescente exploração das riquezas da Colônia, passaram a vigorar as legislações portuguesas, quais sejam as Ordenações Manuelinas e as Filipinas, cada uma a seu tempo. Ambas tinham características marcadamente inquisitivas (concentração de funções policiais e de acusador na pessoa do juiz, inexistência de ampla defesa e contraditório, emprego da tortura etc.) e se prestaram à formação e consolidação do domínio da Coroa.

1.2 Império

Fervilhavam movimentos políticos na Europa e, com a vitória da Revolução Francesa e a proclamação dos Direitos do Homem, intensificou-se a propagação dos ideais humanitários. Sob o clima desse movimento liberal e da outorga da Constituição do Império, abriu-se uma nova era com o Código de Processo Criminal de 1832, marcadamente impregnado de espírito anti-inquisitorial².

Entretanto, as constantes agitações políticas de cunho republicano apontaram para a necessidade de se consolidar a autoridade do Império, ainda iniciante e frágil. Daí, em 1841, editou-se lei que restabeleceu vários procedimentos inquisitoriais, notadamente a atribuição de atividade judiciária à polícia, tudo com a finalidade de consolidar o Império. A Lei 2.033 e o Decreto 4.824, ambos de 1871, puseram fim a esse período reacionário, separando a função policial da atividade judiciária através da criação do inquérito policial³.

A movimentação política e a fragilidade do Império conduziram à Proclamação da República. A Constituição da República de 1891 revigorou as garantias processuais já existentes, deu maior amplitude ao *habeas corpus* e, inspirada no sistema norte-americano, deu a cada unidade federativa competência para legislar sobre o processo. Por consequência, os vários códigos estaduais adotaram os mais diferentes princípios, numa fragmentação tão acentuada que prejudicou a aplicação da lei penal.

Nova movimentação política culminou com o golpe de Estado de 1937 e a outorga de outra Constituição, a qual restabeleceu a unidade processual pátria. Daí, em 1941 foi editado o Dec.-lei 3.689, que é o atual Código de Processo Penal (CPP), que manteve o inquérito, estabeleceu a instrução contraditória, tirou do juiz a função de acusador, eliminou quase totalmente o procedimento *ex officio*, restringiu o Júri e fixou o sistema acusatório.

A sociedade, desde então, experimentou avanços extraordinários, tanto no que diz respeito a inovações tecnológicas e incremento da economia, quanto no que diz respeito a valores sociais como família e liberdades individuais. O certo é que o CPP teve pouquíssimas alterações nesses mais de 60 anos, todas apenas em pontos específicos e periféricos, sem o condão de torná-lo ou mantê-lo como instrumento de ágil e eficiente aplicação da lei penal. Algumas leis extravagantes procuraram aperfeiçoar o sistema processual penal (juizados especiais criminais, identificação criminal, proteção a vítimas e testemunhas, interceptações telefônicas e outras), mas o cerne do sistema continua defasado, necessitando de melhorias e atualizações.

Buscando aperfeiçoar o CPP, o Ministério da Justiça encaminhou alguns projetos de lei ao Legislativo - 4.203/01 (júri), 4.204/01 (interrogatório e defesa), 4.205/01 (provas), 4.206/01 (recursos), 4.207/01 (procedimentos), 4.208/01 (prisão, medidas cautelares e liberdade) e 4.209/01 (investigação criminal) - alguns dos quais resultaram nas Leis 11.689 (júri), 11.690 (provas) e 11.719 (procedimentos), as duas primeiras aguardando vigência a partir de 10.08.08, e a última, a partir de 20.08.08.

* Artigo apresentado no III Vitaliciar - Escola Judicial Des. Edésio Fernandes - EJEf.

** Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*, 2000, v. 1, p. 40 e 41.

² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, 1997, v. 1, p. 101.

³ MARQUES, ob. citada, p. 101.

2 As alterações

2.1 Lei 11.690, de 9 de junho de 2008 - Provas

Os arts. 155 e 157 definem expressamente o caráter acusatório do processo penal ao estabelecerem que a livre convicção do juiz, para o julgamento, pode ter fundamento apenas na prova produzida em “contraditório judicial” e ao eliminarem a possibilidade de admissão de provas ilícitas ou derivadas das ilícitas. Embora a redação seja, aparentemente, apenas explicativa, na verdade é dispositiva para o juiz: limitar-se ao “contraditório judicial”. Aliás, o termo “contraditório judicial” dá a entender que o projeto de lei 4.209/01, que trata da investigação criminal, abre a possibilidade do contraditório também nessa fase.

O art. 156 estabelece que o ônus da prova incumbe à parte, quanto às suas alegações, e faculta ao juiz ordenar, de ofício e antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas urgentes e relevantes e, de ofício e durante a instrução, a produção de diligências necessárias a “dirimir dúvida sobre ponto relevante”. A redação é dispositiva: a produção da prova é obrigação da parte, e não do juiz; ao juiz é apenas “facultado” determinar a produção de algumas provas, mesmo assim somente nas duas hipóteses discriminadas.

Esse entendimento de que a produção da prova passa agora, efetivamente, a ser obrigação exclusiva da parte, com intervenção do juiz apenas facultativa e mínima, é reforçado pelo art. 212, que estabelece que as perguntas às testemunhas deverão ser formuladas diretamente pelas partes. Isso rompe com o velho costume da parte perguntar através do juiz, e de o juiz, assim, acumular, de certa forma, as funções de acusador e defensor, obrigando-o a se recolher para fazer somente aquilo que dele se espera: julgar.

Importante alteração quanto à produção da prova pericial é trazida pelo art. 159, qual seja a faculdade de as partes e o ofendido formularem quesitos ao perito oficial e de indicarem assistente técnico. A importância da alteração reside em dois aspectos: 1º) as partes não se limitam a meras expectadoras da produção da perícia pelo Estado-Administração, ao contrário, podem gozar da faculdade de participar ativamente dessa produção, mesmo porque incumbe-lhes o ônus da prova de suas alegações; 2º) o ofendido também pode participar dessa produção tanto visando a ação civil de reparação *ex delicto* quanto também a ação penal, mesmo que não atue como assistente da acusação. Com isso, a perícia continua como atividade do Estado-Administração, mas sua produção pode contar com a participação das partes e também do ofendido.

Aliás, a figura do ofendido, sempre relegada a plano inferior no processo, é destacada na produção da perícia e ressaltada nos §§ 2º, 5º e 6º do art. 201, que

determinam: 1º) que seja comunicado sobre a prisão e soltura do acusado, data de audiência e veredito; 2º) que seja encaminhado, quando necessário, a “atendimento multidisciplinar (...) a expensas do ofensor ou do ofendido”; 3º) que seja determinado, para evitar exposição aos meios de comunicação, o segredo dos seus dados, depoimentos e outras informações a seu respeito. A meu sentir, a comunicação, notadamente sobre prisão e soltura, não tem nenhum efeito benéfico; ao contrário, pode aumentar possível sensação de insegurança e/ou vingança. O encaminhamento a “atendimento multidisciplinar”, conquanto louvável, é utópico e de pouquíssima praticidade, visto que os acusados, na sua grande imensidão, são pobres e o Estado é, sabidamente, pouco operante em questão de saúde pública. O segredo de informações do processo para que a vítima não seja exposta aos meios de comunicação é, a meu ver, também utópico e, praticamente, de impossível aplicação, pois o processo é público por natureza.

Uma alteração que busca ajustar o processo à tecnológica é a prevista no art. 217, qual seja a possibilidade de oitiva de testemunha ou do ofendido por “videoconferência” na hipótese de a presença do réu causar humilhação, temor ou sério constrangimento. É uma inovação importante na medida em que traz a tecnologia para o processo, mas que deve ser absorvida com cautela para que não se constitua em entrave burocrático, caro e desnecessário ao desfecho do processo, nem para que constitua instrumento de ofensa aos direitos individuais. O projeto de lei 4.204/01, que trata do interrogatório e da defesa, possivelmente contém dispositivos que melhor esclareçam o uso dessa tecnologia.

Por fim, outra alteração importante está no inc. IV do art. 386, que promoveu a separação da certeza do réu não ter concorrido para o crime (inc. IV) da falta de prova da autoria (inc. V). Na redação anterior, a via da ação civil de reparação *ex delicto* ficava sempre aberta, ao passo que agora a ação civil não é possível quando a absolvição se dá pelo inc. IV, isto é, quando há afirmação de que o réu não é autor nem partícipe do crime.

2.2 Lei 11.719, de 20 de junho de 2008 - Procedimentos

São estabelecidos três procedimentos: ordinário (para crimes com pena igual ou superior a 4 anos), sumário (para crimes com pena inferior a 4 anos) e sumaríssimo (para crimes de menor potencial ofensivo).

A lei não explicita como deve ser o procedimento sumaríssimo. Entretanto, esclarece que se aplica a todos os procedimentos, mesmo aqueles não regulados no CPP, salvo o júri (art. 394, §§ 3º e 4º), o seguinte: 1º) o juiz recebe a denúncia, se não a rejeita, e o acusado é citado para apresentar resposta escrita em 10 dias, devendo a citação ser por hora certa se ele se oculta para não ser citado (arts. 396 e 362); 2º) a acusação

manifesta sobre preliminar e/ou documentos apresentados com a resposta; 3º) a seguir, o juiz pode absolver sumariamente. Assim, essa fase inicial é a mesma para qualquer processo, seja qual for o crime imputado - drogas, por exemplo - com exceção apenas para o júri. A possibilidade de absolvição sumária é salutar, mas exige que a defesa seja diligente, notadamente quanto à juntada de documentos para que o juiz, analisando-os, possa tomar esse veredito.

Passada essa fase inicial (arts. 396 a 398), o procedimento ordinário tem seguimento com a designação de audiência a ser realizada “no prazo máximo de 60 dias”, na qual: 1º) são tomados os depoimentos orais (ofendido, testemunhas, perito, acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e, por último, interrogatório); 2º) as partes podem requerer diligências imprescindíveis; se deferidas, a audiência é encerrada e, uma vez realizadas, são apresentados memoriais; 3º) se não requeridas ou indeferidas, dá-se a palavra às partes para os debates; 4º) sentença oral ou por escrito, em 10 dias (arts. 399 a 405).

O procedimento sumário, por sua vez, passada a fase inicial (arts. 396 a 398), segue a mesma trilha do procedimento ordinário, salvo que a audiência deve ser realizada no “prazo máximo de 30 dias”, não há possibilidade de requerimento de diligências e a sentença deve ser oral (arts. 531 a 538).

Ambos os procedimentos são inspirados na oralidade, celeridade, eficiência e simplicidade, para o que atribuiu-se ao juiz o poder de indeferir as provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 400, § 1º). Embora seja certo que as alterações reduziram a iniciativa instrutória do juiz, o que é extremamente louvável, ainda é ele quem conduz o processo e tem, por isso mesmo, o dever de evitar que se torne campo de discussões estéreis e sem aproveitamento social. Aliás, tanto é correto que as alterações do CPP exigem do juiz uma nova postura, qual seja limitar-se à sua função de julgador, que não mais lhe é permitido provocar o acusador para promover a *mutatio libelli* (art. 384), o que, aliás, já era a correta interpretação desde o advento da Constituição de 1988.

Na hipótese de *emendatio libelli* que resulte na possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, “o juiz procederá de acordo com o disposto na lei” (art. 383, § 1º). Mas, deverá assim proceder antes ou depois de sentenciar? A meu juízo, antes de sentenciar, pois a jurisdição é encerrada com a sentença. Seja como for, não há disposição legal que regule a hipótese.

Ademais, a identidade física do juiz agora é regra (art. 399), o que prestigia a liberdade individual, pois não é salutar que um juiz dê veredito sem conhecer o réu, sem ter acompanhado os sentimentos manifestados na produção da prova. Isso tem reflexo na fixação do valor mínimo para reparação dos danos sofridos pela

vítima - nova valorização do ofendido com reflexo na ação civil de reparação *ex delicto* (arts. 63 e 387, IV) - e também na manutenção ou imposição, fundamentadamente, de prisão preventiva ou outra medida cautelar (art. 387, parágrafo único).

2.3 Lei 11.689, 9 de junho de 2008 - Júri

O procedimento do júri também é inspirado nos princípios da oralidade, celeridade, eficiência e simplicidade. A fase da instrução segue, basicamente, a mesma trilha do procedimento ordinário, salvo que: 1º) não há possibilidade de absolvição sumária logo após a resposta escrita; 2º) não há possibilidade de requerimento de diligências ao final da audiência; 3º) decisão oral ou por escrito, em 10 dias; 4º) a instrução deve estar concluída “no prazo máximo de 90 dias” (arts. 406 a 412).

As decisões possíveis após a instrução continuam as mesmas: pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e desclassificação. As alterações significativas nesta fase são: 1º) a fundamentação da pronúncia é limitada à materialidade e autoria, de sorte que as qualificadoras devem ser levadas ao Júri tal como estiverem na denúncia, mesmo que estapafúrdias; 2º) a inimizabilidade pelo art. 26 do CP não conduz à absolvição sumária, salvo quando for a única tese defensiva, o que é correto pois o inimputável pode, nas circunstâncias do caso, por exemplo, ter agido sob o amparo de alguma excludente de ilicitude, o que tem reflexo na ação civil de reparação de dano *ex delicto*; 3º) o recurso contra a sentença de impronúncia e de absolvição sumária é a apelação, abolido o recurso de ofício; 4º) o acusado é intimado da pronúncia pessoalmente e, se não encontrado, por edital, de sorte que não mais há paralisação do processo por falta de intimação do acusado (arts. 413 a 421).

“Preclusa” a pronúncia, as partes poderão arrolar as testemunhas que irão depor em plenário, juntar documentos e requerer diligências. Em seguida, o juiz decide sobre os requerimentos e faz relatório do processo, assim deixando-o pronto para inclusão em pauta. Organizada a pauta, realiza-se audiência de sorteio de 25 jurados, para a qual são intimadas as partes, a OAB e a Defensoria Pública (arts. 422 a 424 e 429 a 435).

O alistamento e a função dos jurados pouco foram alterados: 1º) as datas de publicação das listas agora são em outubro e novembro; 2º) a idade mínima é 18 anos, e não mais 21; 3º) o jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 meses anteriores à publicação fica automaticamente excluído (arts. 425, 426 e 436 a 452).

Prevê o art. 428 que o julgamento deve ser realizado no prazo de 6 meses, a contar do trânsito em julgado da pronúncia, importando a demora na possibilidade de desaforamento a bem do interesse público. Essa

é uma medida importante, inexistente no procedimento substituído e que visa tornar efetivo o direito fundamental a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF).

As alterações significativas na sessão de julgamento são: 1º) não há adiamento pela ausência do acusado que, regularmente intimado, não comparece, o que torna inócuo o acusado se escafeder às vésperas do julgamento; 2º) no caso de dois ou mais acusados e havendo separação em razão das recusas, o julgamento em primeiro lugar não é mais daquele que recusou o jurado, e sim daquele a quem for atribuída a autoria, que estiver preso há mais tempo ou que estiver pronunciado há mais tempo, nessa ordem; 3º) o Conselho de Sentença, assim que formado, recebe cópias da pronúncia e/ou acórdãos e do relatório; 4º) a leitura de peças, a ser requerida após a oitiva do ofendido e testemunhas, e limitada a provas colhidas por precatória e cautelares; 5º) o tempo dos debates é 1 ½ hora para cada parte ou de 2 ½ horas se forem dois ou mais acusados, com réplica e tréplica de 1 hora cada ou de 2 horas se forem dois ou mais réus; 6º) os apartes são regulados pelo juiz; 7º) simplificação da quesitação, pois agora, independentemente de quantas e de quais sejam as teses que levem à absolvição, o quesito é único - o *jurado absolve o acusado*; 8º) abolição do protesto por novo júri (arts. 453 a 581).

A simplificação da quesitação é, sem exagero, a mais importante das alterações na sessão de julgamento. Ao lado de ser extremamente positiva, pois elimina um procedimento cansativo e fértil a nulidades, exige prudência do juiz para evitar que, em nome da simplici-

dade, não retire do jurado a possibilidade de conhecer e decidir sobre todos os temas apresentados pela defesa.

3 Conclusões

Essas três leis promoveram as mais significativas alterações no CPP desde 1941. É certo que dúvidas surgirão sobre vários temas (videoconferência, por exemplo), mas serão dirimidas com o tempo e também com as demais alterações a serem feitas pelos outros projetos de lei, se transformados em lei.

O grande valor dessas alterações não está na mudança da estrutura do processo em si, e sim na mudança de mentalidade que exige das partes, do juiz e dos tribunais. A prática ensina que é extremamente comum o acusador e o defensor serem quase que expectadores do processo - faltam à audiência, não fazem perguntas ao ofendido e testemunhas, não juntam documentos, não pedem diligências etc. - enquanto o juiz acaba assumindo suas funções. Essa velha prática era decorrência histórica do processo penal, mas agora deve ser abolida com as partes assumindo efetivamente o papel que lhes cabe no processo e o juiz se recolhendo à sua função primordial: julgar.

Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo/Campinas: Bookseller, 1997.

...