

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

FERNANDO TOURINHO FILHO *

O objetivo deste trabalho é procurar prestar uma colaboração aos estudos sobre a reforma do nosso Código de Processo Penal. O anteprojeto de autoria da Comissão de Juristas tem seus altos e baixos. Há muita coisa boa. Por outro lado, o nosso estatuto processual penal, nesses sessenta e nove anos de vigência, já sofreu várias reformas pontuais, algumas devendo continuar e outras merecendo melhor estudo, de que é exemplo a decretação da prisão preventiva para assegurar as medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica, mesmo porque, ainda segundo o Projeto da Comissão de Juristas - e nesse particular merece louvores - a preventiva deve ser decretada quando o criminoso estiver perturbando a instrução criminal ou para garantir a eficácia da condenação, e nenhuma dessas circunstâncias ocorre quando o Juiz determina medida protetiva de urgência. Nesse caso, bem poderá o Juiz, à semelhança do que se dá com o alimentante inadimplente, determinar a prisão daquele que estiver obstaculizando o cumprimento da medida protetiva de urgência. Efetivada a medida, cessará imediatamente o ato construtivo de liberdade. Entretanto, mal foi apresentado o Projeto, veio a Comissão Temporária de Estudos da Reforma do Código de Processo Penal - analisando uma série de projetos que estavam ali sem andamento, conglomerou-os - e voltou a permitir a preventiva (que é medida cautelar) para "garantir a ordem pública" e a "ordem econômica".

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no seu art. 9º, deixou claro que "la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia" (José Daniel Cesano, *El nuevo derecho procesal penal*, Peru: Ara Editores, 2010, p. 25). E antes, à p. 22, observou o mestre: "La prisión preventiva debe responder únicamente al res-

* Promotor de Justiça aposentado e Prof. de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Araraquara/SP (UNIARA).

guardo de una finalidad procesal... la detención preventiva, como medida cautelar, solo puede tener fines procesales”.

Qual a ligação entre ordem pública ou econômica e processo? Onde a cautelaridade, nesse caso? Ordem pública chega a ser expressão polissêmica, tão grande a variedade de sentidos... e apresenta uma certa dose de subjetividade: crime bárbaro (ordem pública), desrespeito à autoridade (ordem pública), satisfação à sociedade (ordem pública)... E por aí vai... Enfim: há necessidade de um ajuste do nosso diploma processual penal adequado à nossa realidade, sem novidades que possam dificultar sua aplicação. O que interessa é a praticidade. O que vale a pena é a simplicidade. Elaborar a lei com os pés no chão, cientificando-se da nossa estrutura. O grande Des. Amilton Bueno de Carvalho, citando Altavilla, evocou a lição de Maomé que “ a lei é para facilitar a não entorpecer” (Magistratura e direito Alternativo, Luam, 3ª ed. P. 63).

A nossa Lei de Execução Penal é uma pérola. Dá inveja a qualquer país. Mas a realidade é bem diversa. Diz o seu art. 85: **“O estabelecimento penal deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade...”**. E o que vemos diuturnamente é uma superpopulação carcerária que causa horror à pessoa mais insensível. O art. 88: **“O condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório... A área mínima da cela é de 6 m²”**. Quanta hipocrisia! Numa cela que comporta 1 ficam 8 ou 10 presos... Em Pinhais, próximo a Curitiba, numa cadeia que comporta 40 presos há 180. Das 1.800 unidades prisionais existentes no Brasil, apenas 100 não podem ser criticadas. As demais não possuem celas individuais. O vaso sanitário serve a 15 ou 20 presos numa cela coletiva... à vista dos demais. Em outras, são bacias turcas, em que as necessidades fisiológicas são feitas de cócoras. Numa cadeia para 80 presos ficam 250 ou mais. A reportagem da TV Record no Espírito Santo mostrou para todo o Brasil, estarrecido, o tratamento dado aos presos em suas penitenciárias e *containers*... Estes são usados, também, no Paraná, Santa Catarina e Pará. Em cada *container* há beliches, treliches e até quadriliches... Daí as sucessivas rebeliões que a imprensa televisiva quase diariamente leva aos nossos lares, deixando todos contristados.

E mesmo no Estado mais rico da Federação, a situação de precariedade das penitenciárias não é diferente... Cada uma das penitenciárias criadas pela União, em Mossoró, Catanduvas, Campo Grande e Porto Velho, comporta apenas 208 presos. Quando a população carcerária ultrapassa a casa dos 480 mil, percebe-se a insignificância da contribuição da União.

O Boletim da AASP, de 21-1- 2011, noticiou que no Estado de São Paulo há 152,4 mil pessoas com ordem de prisão expedida pela Justiça... E se presos forem irão para onde?

Não podemos nem devemos elaborar um diploma de tamanha importância para ser citado no exterior, ou viger apenas nas grandes comarcas; ele

deve vigorar também nos pequenos e longínquos foros espalhados por esses brasis afora, cujos meios de comunicação, seja por via terrestre, seja por via fluvial, todos conhecemos e lamentamos, mesmo porque “o processo penal reger-se-á em todo o território nacional por este Código”.

Atento, pois, exclusivamente à nossa vida forense, apresentamos esta colaboração.

Os que conhecem a Lei de Execução Penal sabem que entre ela e a realidade brasileira há um verdadeiro abismo. É completamente diferente do que ocorre nas nossas penitenciárias. Por isso mesmo, e com muito mais razão, devemos dar aos operadores do Direito um instrumento simples de aplicação da lei penal, sem prejuízo da observância da melhor doutrina e da melhor orientação dos nossos Tribunais Superiores. Algo, enfim, que não cause uma mudança brusca, e às vezes impraticável, no dia a dia forense.

Suprimimos o Juiz de Garantias. Por acaso o Juiz de Garantias pode impedir a rudeza de alguns Delegados? Poderá, tanto quanto o Juiz que vai presidir a instrução. Por que complicar quando se pode simplificar? De que adiantam todos esses cuidados com o “investigado” para, após a condenação, ser o infeliz lançado como farrapo humano num ambiente insalubre e sem a menor condição de higiene, negando-se-lhe um mínimo de dignidade? A mesma dignidade proclamada no art. 1º, III, da Magna Carta como um dos seus princípios fundamentais... O art. 5º, III, da CF dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. E o Estado de Direito, com o seu regime penitenciário, respeita esse princípio e esse direito fundamental? De que servem essas garantias judiciais se a justiça, como assinala Cafferata Nores no seu *Proceso Penal y Derechos Humanos* (Buenos Aires, 2000, p. 199/200), “se detém nas portas dos cárceres?”. Dante Alighieri, ao cuidar do Inferno, dizia: “*Lasciate ogni speranza, voi ch’entrate*” (Deixai toda a esperança, ó vós que entraís!” (La divina commedia, Milano, Editore Libraio della Real Casa, 10ª ed. 1938, Canto Terzo, n.9). E é precisamente o que ouvem aqueles que são condenados definitivamente.

O nosso Código de Processo Penal não deve conter disposições mirabolantes nem empavonadas, uma vez que a grande maioria das nossas comarcas tem apenas um Juiz (quando tem...), de sorte que teríamos uma aplicação desunificada do CPP, a menos que venham a ser criados cargos de “Juiz de Garantias”, com evidente sangria aos cofres públicos, já maltratados, em detrimento do bem-estar da população carente e sofrida, que no Brasil assume proporção bem significativa, para não dizermos alarmante, e sem nenhum proveito, porquanto **o Juiz de Garantias é aquele que não investiga**. O que investiga não julga. Aí, sim, teríamos o pretendido Juiz de Garantias. Esse sim é o verdadeiro Juiz de Garantias, e o Brasil não tem estrutura para manter um Juiz para instruir o processo e outro para julgá-lo. O papel do Juiz das Garantias seria semelhante ao do leitor que tirasse da sua biblioteca um livro, lesse

e sobre ele fizesse um juízo de valor. *Mutatis mutandis*, seria assim no Processo Penal: concluída toda a investigação policial e instrutória, os autos seriam remetidos a outro Juiz, para proferir o julgamento. Aí, sim, teríamos o verdadeiro Juiz das Garantias.

Mesmo que se pretenda criar esse Juiz de Garantias tupiniquim, preferimos, mil vezes, a lição do **Tribunal Europeu de Direitos Humanos**, a partir do precedente “Le Compte - Val Leuven - De Meyere vs. Bélgica”: **o juiz é imparcial até que se demonstre o contrário**. A propósito, Marcelo Sancinetti, *La violación a la garantía de imparcialidad del tribunal* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 18) e José Daniel Cesano (op. cit., p. 37). Partindo desse princípio adotado no primeiro mundo, e sabendo nós que o nosso diploma não permite que o Juiz de instrução e julgamento possa proferir sentença condenatória respaldado apenas nas investigações pré-processuais, para que esse Juiz de Garantias?

Para impedir o uso de algemas, desnecessariamente, em pessoas que conseguiram certa projeção, apenas para delírio de alguns desafortunados e “furos” de reportagens? Os casos de Jader Barbalho e dos Presidentes do Tribunal de Justiça e da Assembléia Legislativa de Rondônia ainda estão na memória. Para esses casos já existe solução: ela está no art. 4º, alínea b, da Lei n. 4.898/65: “Constitui também abuso de autoridade, b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”. E o uso de algemas só é permitido em casos excepcionais. Desde o Império que era assim, como proclamava o art. 28 do Decreto n. 4.824 de 22-11-1871: “O preso não será conduzido por cordas, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança que deverá ser justificado pelo condutor; e quando não o justifique será multado na quantia de 10 a 50 mil réis...”.

O Ministério Público que processe o desastrado policial. Foi a Autoridade Policial que procedeu, sem ordem judicial, à “interceptação telefônica”? Aí está o art. 10 da Lei n. 9.296/96 punindo a Autoridade sem freios. A Autoridade Policial atentou contra a liberdade de locomoção, procedeu à busca domiciliar sem autorização judicial, violou o sigilo da correspondência, atentou contra a incolumidade física do cidadão? Aí está o art. 3º da Lei n. 4.898/65 para punir a Autoridade despótica, discricionária... E evidentemente não há necessidade de um Juiz de Garantias para coibir esses abusos. Cumpre, isto sim, ao Ministério Público, no mínimo, levar tais fatos ao conhecimento do Juiz, ou ele mesmo requisitar a instauração de inquérito contra a Autoridade discricionária.

Ademais, quem conhece o sertão nordestino, o interior do norte do País, sabe que o Juiz de Garantias é uma utopia. Dezenas e dezenas de comarcas nem sequer têm Juízes e Promotores titulares... No substitutivo ao Projeto, acenou-se com a possibilidade de as Leis de Organização Judiciária preverem a indicação do Juiz de Garantias, à semelhança do que ocorre com as substi-

tuições automáticas nos casos de impedimentos e suspeição...Esses casos são raros, e, quando ocorrem, o Juiz substituto se desloca até a comarca para atuar em nome do suspeito ou impedido. Num País cujas comarcas, às vezes, distam dezenas de quilômetros de distância uma da outra, qual seria o Juiz de Garantias? Houve quem dissesse que a adoção do Juiz de Garantias representava uma “garantia da legalidade da fase pré-processual”. Por acaso essa legalidade não é observada sem a figura do “Juiz de Garantias”? Que poderá fazer o “Juiz de Garantias” que não possa fazer o Juiz a quem for distribuído o inquérito? Se o fato é grave e imprescindível a escuta telefônica, o Juiz autoriza, seja ele o de Garantias ou o do processo. O mesmo se diga em relação a todas as medidas cautelares. Quando o Juiz profere a sua decisão fica atento para os atos instrutórios, e não para os da investigação ou inquérito. Com razão a Corte Suprema da Argentina observou: “La mera circunstancia de que un juez cumpla la función de instruir y de juzgar no significa, *per se*, una violacion a la garantía del juez imparcial, la cuestión depende de las particularidades del caso concreto”, enfatizando em seguida: “las medidas cautelares dictadas durante el curso del procedimiento no importan prejuzgamiento” (apud José Daniel Cesano, op. cit., p. 41).

Os mais avançados Códigos de Processo Penal do mundo, ao que nos consta, não conhecem o Juiz de Garantias. Não confundir o Juiz de Garantias com o Juiz de Instrução francês. Na França há o “juge d’instruction” e o “juge de jugement”. Cabe ao primeiro colher as provas acusatórias, sem a participação da Defesa, ou, como diz o art. 11 do *Code de Procédure Penale*: “...la procédure au cours de l’enquête et de l’instruction est secrète”. “Elle n’est pas contradictoire” (Corinne R. Brahinsky, *Procédure Pénale*, Paris: Gualino Éditeur, p. 115). A instrução não é contraditória. Entre nós as provas que são apuradas no inquérito, que é sigiloso, são repetidas em juízo sob o crivo do contraditório. Inegavelmente, nesse particular, o nosso diploma, em se tratando de tutela do direito de liberdade, supera o sistema francês. As provas que servem para a prolação da sentença são colhidas depois de “baixar a poeira”, como se costuma dizer. De imediato, com os ânimos ainda agitados e inquietos, ainda sob comoção, a colheita da prova pode sair deturpada. Entre nós, primeiro há a fase pré-processual... depois a instrutória. Esta é que vale. E é contraditória. Outrossim: nos termos do art. 155 do CPP, o Juiz não pode “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Se tudo pode e deve ser repetido na instrução, para que Juiz de Garantias? Por acaso o Juiz do processo não vai tomar conhecimento de tudo quanto se passou na fase preambular da ação penal? Se, por acaso, a investigação coubesse a um Juiz e o julgamento a outro, aí, sim, teríamos o verdadeiro Juiz de Garantias.

Além disso, as medidas tomadas pelo Juiz de Garantias, como decretação ou não decretação de prisão temporária ou prisão preventiva, a autorização

ou não autorização para busca domiciliar e escutas telefônicas, podem afrontar o entendimento do Juiz a quem for distribuído o inquérito e criar um clima desagradável entre eles. Tudo depende da formação de um e de outro. Numa comarca em que haja dois Juízes, um será o Juiz de Garantias do outro. Evidente que eles trocam ideias a respeito do assunto. Há um clima de amizade e entendimento entre os Juízes de uma mesma comarca. Se por acaso um vier a desagradar o outro, a emenda sairá pior que o soneto... como diz um dos nossos mais velhos anexins. Embora não caiba ao Juiz decretar a preventiva de ofício... o Promotor pode requerer... E num mesmo ambiente de trabalho, num clima de cordialidade e entendimento... tudo vai depender do temperamento, da formação e independência de Juízes e Promotores.

Todos sabemos que o Juiz não pode proferir sentença condenatória com respaldo exclusivamente nos autos do inquérito policial. E, se o fizer, a Segunda Instância corrige o exagero. Ademais, qualquer “extravagância” do Juiz em detrimento do indiciado poderá ser jugulada mercê de um *habeas corpus*. O mesmo acontecerá se implantarmos o “Juiz de Garantias”. Qual seria a vantagem? Há Estados que, mesmo possuindo um orçamento respeitável, até agora não criaram o Juizado Especial Criminal. No Estado de São Paulo numerosas comarcas não têm o Juizado Especial Criminal. Em Bauru/SP, cidade com mais de 380 mil habitantes, com 5 Faculdades de Direito, uma Faculdade de Odontologia modelar que abriga, inclusive, alunos do exterior, 4 Varas Criminais, 5 Cíveis e uma da Infância e Juventude, e 3 Varas Federais, não há Juizado Especial Criminal. O Boletim de Ocorrência, nas infrações de menor potencial ofensivo, é remetido ao Fórum e pode ser distribuído à 1ª, 2ª, 3ª ou 4ª Vara Criminal. Em algumas comarcas são os escreventes que desempenham as funções do Juizado... Note-se: a competência do Juizado é absoluta e vem prevista na Constituição da República. A Lei n. 9.099/95, no seu art. 95, estabeleceu o prazo de 6 meses para que os Estados criassem os Juizados Especiais Criminais. Já se passaram 15 anos, estamos em 2010, e o Projeto Substitutivo da Comissão Temporária de Estudos da Reforma do CPP diz que “onde ainda não se instalou o Juizado, as funções deste serão acumuladas pelo Juiz Criminal...” “Le Brésil n’est pas encore...”.

Quando muito, nas comarcas com mais de 1 milhão de habitantes poder-se-ia criar um órgão à semelhança do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), que existe na Capital Paulista, o qual, por sua vez, tem similares em Curitiba, Rio e Recife, com o nome de Centrais de Inquéritos, e que existe em razão de uma maior funcionalidade. Sua finalidade seria dar maior agilização ao andamento dos inquéritos, principalmente nas concessões de prazos para a conclusão das investigações, relaxamento da prisão em flagrante, quando ilegal a prisão, medidas cautelares, concessão de liberdade provisória, quando couber, arredada, nesse casos, a prevenção. Mas não tem dado resultado, em razão de desentendimento entre Juízes e Promotores do DIPO e os Juízes e Promotores das Varas Criminais...

A finalidade do DIPO, na Capital paulista, não é a de impedir que o Juiz a quem for distribuído o inquérito não fique psicologicamente preso ao que foi colhido na investigação. Seria estultice fazer tal afirmação, mesmo porque, quando os autos do inquérito, já concluídos, são distribuídos às Varas Criminais, o Juiz vai tomar conhecimento de tudo quanto se fez ou se deixou de fazer. Aliás já se pretende extinguir o DIPO na capital paulista, indo os inquéritos diretamente aos Promotores das Varas Criminais...

Mas o Delegado de Polícia da minha querida e inesquecível Itambé/BA, onde há apenas um Juiz, viajar 60 quilômetros até Vitória da Conquista, Encruzilhada ou Itapetinga, com indiscutíveis gastos com a viatura, para submeter ao Juiz de Garantias pedido de dilação de prazo ou apresentar cópia do auto de prisão em flagrante, isso é querer complicar o que se pode singelizar, e ferir mais ainda os sofridos e maltratados cofres públicos, com mais despesas inúteis. A comarca mais próxima de Oiapoque, no Amapá, é Calsoene, distante 400 quilômetros uma da outra... em estrada não pavimentada... Para baixo de Macapá está Tartarugualzinho, 100 quilômetros... No Maranhão, a Comarca mais próxima de Carutapera é Santa Helena ou Turiacú, há mais de 200 kms. Mais ou menos essa a distância entre a Comarca de Alto do Parnaíba e Balsas. No Piauí a Comarca de Santa Filomena dista mais de 100 kms. de Corrente. No Amazonas e Pará, a distância entre a grande maioria das comarcas se mede em dias de viagem de barco... No Acre, quando chove e os rios transbordam, o meio de transporte é o avião... O resto já sabemos como é.

Por outro lado, já que se pretende atribuir ao Juiz de Garantias a salvaguarda dos direitos individuais, melhor seria devesse o legislador, atento ao que dispõe o nosso Pacto Fundamental, guindando a dignidade da pessoa humana à posição de princípio fundamental (art. 1º, III) e arrolando entre os direitos e garantias individuais, no art. 5º, III, que ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento desumano e degradante e no inciso XLIX assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral, criar um Juiz de Garantias para a salvaguarda desses direitos, também expressos na Lei de Execução Penal, uma vez que, o princípio fundamental, assim qualificado pelas Nações Unidas “ *es el de que la privación de la libertad debe tener cumplimiento en condiciones materiales y morales que aseguren el respecto a la dignidad humana. Si esto se cumpliera entre nosotros, no habria tanta y permanente reacción de la población carcelaria contra el oprobioso tratamiento que se le impone... El escaso y viciado aire que les es dado respirar, la exígua luz que los alumbraba, el diminuto espacio para su lecho... No entiende la sociedad que olvidándolos de esa manera moralmente está contribuyendo a la reincidência, a fomentar más delitos, a que el hombre privado de la libertad en esas condiciones, máxime si es inocente, reniegue de la justicia y se rebele contra el orden establecido... Siempre que la dignidad humana há sido ultrajada em nombre de la justicia el mundo há perdido su valor moral, las instituciones han sido despojadas de su valia protectora e los derechos humanos, y el funcionario que ejecutó o permitió ejecutar tamanho oprobio e verguenza debió haberse sentido inferior den-*

tro de la espèce humana...(Londoño Jiménez, *Tratado de derecho procesal penal*, Bogotá, Temis, 1989, t.I, p. 15)

Isso sim, seria o ideal: um Juiz responsável pelo respeito à dignidade dos encarcerados, pois a Justiça não pode deter-se nas portas dos cárceres, como sustenta Nores, já citado.

O atual Código de Processo Penal precisava e precisa de uma atualização, tal como ocorreu com a *StPO* de 1877 e o *Code de Procédure Pénale* de 1808. Não é da nossa cultura atribuir ao Juiz Penal poderes para fixar valores pertinentes aos danos decorrentes de crime. Tampouco criar a figura da *partie civile*. O ingresso da vítima no processo penal para postular apenas a satisfação do dano pode causar tumulto e arrastar o processo por mais tempo. O nosso Código de Processo Penal do Império, seguindo a orientação do *Code d'Instruction Pénale* de 1808, dispunha no seu art. 269, § 5º, que o Juiz de Direito, além de outros quesitos, indagava dos Jurados “se havia lugar à indenização”. As consequências foram tão desastrosas que a Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, no seu art. 68, revogou aquela disposição, nestes termos: “A indenização em todos os casos será pedida por ação cível, ficando revogado o art. 31 do Código Criminal e o § 5º do art. 269 do Código do Processo. Não se poderá porém questionar mais sobre a existência do facto, e sobre quem seja o seu auctor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

O Código Penal de 90 e todos os Códigos de Processo Penal que havia nos Estados seguiram aquela orientação, que se consumou com o advento do Código Civil de 1916, cujo art. 1.525 reproduziu a parte final do art. 68 daquela Lei Imperial. Já em 1941, quando ocorreu a unificação dos Códigos de Processo Penal, o Ministro Francisco Campos, um dos mais cultos Ministros de Justiça que tivemos em toda a República, e que coordenou a feitura dos Códigos Penal e de Processo Penal, chamava a atenção para esse fato: o problema da satisfação do dano fica afeto ao Juízo Cível, que, em razão da matéria, é o competente.

Já perfilhamos posição diversa tão logo surgiu a Lei n. 9.099/95. E hoje, meditando sobre o assunto, passamos a entender que o problema da indenização material ou moral deve ficar afeto a um magistrado mais familiarizado com o Direito Civil. Embora o fato gerador das responsabilidades penal e civil seja o crime, e não obstante a prevalência da decisão penal sobre a civil, o certo é que os Juízes Cíveis estão mais afeitos ao problema. Quando da reforma do Processo Penal português, FIGUEIREDO DIAS observava que “os pedidos cíveis trazem enorme complexidade” (Código de Processo Penal Anotado, M. SIMAS SANTOS *et al*, vol 1º. P. 381, Lisboa, 1999, Editora Rei dos Livros). Além do mais, a postulação da indenização dentro no processo penal, vale a pena repetir, pode castrar-lhe a celeridade tão almejada.

Tratando do assunto, CLAUS ROXIM observa:

“...la sección ofrece más bien al perjudicado la posibilidad de hacer valer ya en el proceso penal una reclamación patrimonial nacida del delito, en vez de, como por outra parte, seria necesario demandar ante el tribunal civil. De esta manera debe ser evitado un segundo proceso. **Ciertamente el tribunal tiene que desistir a menudo de resolver sobre la reclamación, porque el proceso penal no es apropiado para dilucidarla (§ 405). Por esto no há prevalecido esta clase de proceso en la practica”** (g. n) (*Código Penal Alemán (StGB), Código Procesal Penal Alemán (StPO)*), coordenação de Emílio Eiranova Encinas e comentários de Claus Roxim, Madrid: Pons, 2000, p. 218).

A Lei n. 11.719/2008 acrescentou um inciso ao art. 387 determinando deva o Juiz, na sentença condenatória (quando for o caso), fixar um valor mínimo para a reparação dos danos. Somente um número reduzido de Magistrados observa essa regra. Não é tarefa fácil quantificar o dano. Se os próprios Juízes cíveis reclamam da falta de parâmetros para valorar os danos (como há no Código Penal quanto à aplicação da pena), maiores dificuldades encontrarão os Juízes Penais. Alguns deles sentem até dificuldade na dosimetria da pena. Enquanto o art. 59 do Código Penal prevê nada mais nada menos que oito circunstâncias judiciais... o que se vê, às vezes, é a menção à primariedade e bons antecedentes ou ao velho e revelho jargão: “personalidade voltada para o crime...”

Quanto à supressão da ação penal privada, embora tenha a desvantagem da impossibilidade de o ofendido poder exercer o *jus accusationis*, por outro lado lhe retira o ônus de contratar advogado ou, se for pobre, requerer ao Juiz a nomeação de um. Ademais, se o Estado é o titular do direito de punir, a acusação deve ficar a seu cargo. Quando muito, em razão dos efeitos deletérios que o *strepitus fori* possa causar à vítima, ou mesmo para preservar um eventual e futuro conagraçamento entre autor e vítima, permitir a esta o direito de julgar da conveniência ou não quanto à persecução criminal, e, à semelhança do que ocorreu com a reforma do CPP italiano de 1930, seja previsto o instituto do perdão quando a ação penal estiver subordinada à representação. Se o Ministério Público, para promover a ação penal, nesses casos, depende de uma manifestação da vítima ou quem de direito, se, mesmo concedida a permissão, quem fez a representação pode retratar-se antes da oferta da denúncia, tal como dispõe o art. 25 do atual CPP, se no Juizado Especial Criminal a satisfação do dano é causa extintiva da punibilidade, nos crimes cuja ação penal se subordine à representação, parece-nos não haver uma razão lógica para não conceder ao ofendido o direito de perdoar até antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. Na Itália é assim. Muito a propósito o art. 152 do *Codice Penale*: “Nei delitti a querela della persona offesa, la remissione estingue il reato”. No mesmo sentido o art. 37 do Código de Procedimiento Penal da Colômbia: “Desistimiento de la querella. La querella

es desistibile. El desistimiento podrá presentarse en cualquier estado de la actuación, antes de que se profiera sentencia de primera o única instancia...”

A impossibilidade da concessão do perdão seria para castigar a vítima pelo fato de ter feito a representação e depois de um ano ter-se arrependido, dando trabalho a Juízes e Promotores? Poder-se-ia impedir o perdão, depois de instaurado o processo, se a vítima for menor de 18 anos e houver colidência entre os seus interesses e os do seu representante legal. Aí, sim, o nosso superaria, nesse particular, o italiano e o colombiano.

O inquérito, a ação penal, a ação civil, a competência são institutos que precisam somente de um ajuste. No inquérito, apenas quatro observações: a) abolir a requisição judicial visando à instauração do inquérito; b) dar nova redação ao § 2º do art. 5º, que fala em “recurso ao Chefe de Polícia”, antiga denominação dada ao Secretário da Segurança Pública, visto que não havia outra autoridade abaixo do Secretário e acima do Delegado; c) alterar o art. 22, dizendo que a regra se estende às comarcas contíguas; e d) aumentar de 10 para 30 dias o prazo para a conclusão do inquérito, quando preso o indiciado, e de 30 para 90, se solto estiver, tal como ocorre na Lei de de Drogas.

Quanto à ação penal, excluir a ação penal privada propriamente dita e a personalíssima e ajustar o capítulo de conformidade com a Lei n. 11.719/2008, substituindo o art. 43 pelo 395 e revogando os arts. 44, 45 e os demais que digam respeito à ação privada. Não há por que excluir a requisição do Ministro da Justiça em certos crimes, por exemplo, os cometidos contra a honra dos Presidentes da República, do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e de Chefe de governo estrangeiro. Nesses casos, deve o Ministro da Justiça aquilatar das vantagens e desvantagens da propositura da ação penal. Não fosse a inteligência e habilidade do Ministro Hermes Lima, quando da injúria cometida contra João Goulart, pela oratória incendiária de Carlos Lacerda, talvez tivéssemos uma convulsão social.

Os capítulos do nosso CPP sobre ação civil e competência nem sequer devem ser alterados, salvo para incluir o contido na Súmula 122 do STJ no inciso IV do art. 78 e dizer, no parágrafo único do art. 64, que proposta a ação penal o Juiz do Cível deve sobrestar o andamento da ação civil até o julgamento da ação penal, para evitar decisões contrastantes, ou se for proposta a ação civil e esta for decidida por primeiro, o *quantum* da condenação deve ficar à disposição do juízo cível até o desate da questão criminal. O capítulo das Questões Incidentais não merece a menor censura, salvo para acrescentar no art. 117, ao lado do STF, o STJ e demais Tribunais, e resolver o problema do conflito de atribuições entre membros do MP, quando integrarem Ministérios Públicos sob a chefia do Procurador-Geral da República e Procuradores-Gerais de Justiça. Como se trata de hipóteses raras, nada impede se atribua essa função ao STJ com um número bem maior de Ministros.

As causas que geram o impedimento e suspeição dos Juízes e membros do Ministério Público devem ser estendidas aos Delegados de Polícia, dando-se nova redação ao art. 107 do CPP.

No capítulo da Prova (arts. 155/250), mantê-lo com a redação dada pelas Leis n. 11.690/2008 e 11.900/2009, com estas alterações: a) cuidar do reconhecimento fotográfico, exigindo que a autoridade exiba quatro ou cinco fotografias de pessoas que guardem certa semelhança com a pessoa que vai ser reconhecida; b) acrescentar no corpo do art. 206 “o companheiro” quando houver união estável; c) estabelecer que as partes devem ser notificadas para a audiência de testemunhas e vítima no juízo deprecado; d) dar nova redação ao art. 241, excluindo a figura da Autoridade Policial, em face do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal; e) Não há condições para se tomar o depoimento de uma criança com aquele aparato previsto o Projeto. Basta seja ouvida, com uma linguagem educada e serena, a portas fechadas; f) acrescentar no capítulo dos Sujeitos processuais o Defensor Público; g) estabelecer que o assistente da Acusação só pode recorrer nos casos de absolvição, impronúncia, extinção da punibilidade ou rejeição da denúncia, mesmo porque a razão de ser da sua admissão no Processo Penal foi para preservar seu direito à recomposição dos danos emergentes do crime. Simples exame das hipóteses em que se lhe concede legitimidade para recorrer deixa entrever sua função. Assim também a Súmula 208 do STF; h) reservar a prisão especial para Ministros de Estado, Governadores, Prefeitos Municipais, membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e Delegados de Polícia, mesmo porque certos privilégios em nome do interesse público não maltratam o princípio da isonomia e, ademais, o convívio com aqueles que foram investigados, processados e condenados não é recomendável; i) permitir a prisão preventiva apenas para preservar a instrução criminal ou a investigação policial e para tornar eficaz a aplicação da pena; j) revogar o inciso IV do art. 313.

No capítulo da Liberdade provisória, excluir os arts. 321 e 322, os incisos II e IV do art. 323 e a parte final do inciso II do art. 324 (prisão “administrativa ou militar”), mesmo porque não temos mais prisão administrativa e a Justiça Militar desconhece o instituto da fiança... Quanto ao valor da fiança, é inacreditável que a Comissão Temporária de Reforma do Senado se houvesse valido do salário mínimo para a fixação do *quantum*, em afronta à parte final do inciso IV do art. 7º da *Lex Mater*, que veda sua vinculação para qualquer fim. Excepcionalmente, a Suprema Corte dele se tem valido para efeito de pensão alimentícia.

Expungir do processo todos os institutos que de há muito foram extintos: a) prisão administrativa (arts. 319/320); b) aplicação provisória de interdições de direito e medida de segurança (arts. 373/380); c) excluir os arts. 503/512, hoje objeto de lei especial; d) excluir os arts. 549/555 (aplicação de medida de segurança por fato não criminoso); e) substituir os arts. 556/562 por aqueles que tratam da competência originária (Leis n. 8.038/90 e 8.658/93).

Os capítulos sobre sentença e procedimentos comum e sumário devem permanecer tal como estão nos arts. 381/392, já com a sua nova redação (excluindo-se o 393); os arts. 394 a 405 devem ser mantidos com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008. O capítulo do Júri deve ser mantido tal como está na Lei n. 11.689/2008, com as seguintes alterações: a) quando da convocação dos 25 jurados, deverão ser remetidas, para cada um deles, cópias da pronúncia e do relatório; b) a idade mínima deve ser de 25 anos, quando o cidadão está mais maduro e responsável; c) o recrutamento dos jurados deve ser feito da seguinte forma: o Juiz-Presidente solicita ao Juiz Eleitoral da respectiva Zona um número "x" de eleitores, excluindo-se os analfabetos, menores de 25 anos e aqueles que já foram processados, sem prejuízo de ser investigada a idoneidade de cada um deles.

Explica-se: quando o Juiz oficia às entidades de classe, universidades e outros órgãos, solicitando indicação de pessoas que possam exercer as funções de jurado, os nomes indicados são de pessoas de alto nível, quase todas com formação universitária, elitizando-se o Júri; c) quando das recusas peremptórias, indagar-se-á por primeiro à Acusação e em seguida à Defesa. Não se deve deslembrar que o Júri está no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem; d) na contagem das cédulas, quando da votação de qualquer quesito, se a decisão for unânime, deve o Juiz contar até a 4ª cédula, mantendo-se o sigilo do voto; e) quando do juramento, maltrata o princípio da soberania, o pedido de julgar de acordo com as provas dos autos. Como poderiam julgar de acordo com as provas dos autos se não se debruçaram sobre eles para uma minudenciosa análise como fazem os Juízes togados? E mesmo estes, por acaso, proferem sentença nos processos pertinentes a crimes graves, em seguida aos debates? E as partes normalmente não levam os autos para casa para em cinco dias apresentarem seus memoriais? Os jurados julgam de acordo com a sua íntima convicção. Se os jurados devessem fundamentar suas decisões, aí, sim, não poderiam afastar-se das provas dos autos. Não é o caso. Se a Constituição quisesse que os jurados julgassem de acordo com as provas dos autos, para que serviria o Júri? Por quê o sigilo do voto? Nem os sábios das Sagradas Escrituras saberiam responder...

Certo que o atual CPP permite apelação das decisões do Júri quando a "decisão é manifestamente contra a prova dos autos" (art. 593, III, *d*), dando a falsa impressão de que os jurados não podem se afastar do acervo probatório. Fosse esse o pensamento do legislador, quando da elaboração do Projeto que se converteu na Lei n. 263 de fevereiro de 1948, não teria sentido a regra contida no § 3º do mesmo artigo, autorizando novo julgamento quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos e, ao mesmo tempo adiantando não ser possível segunda apelação "pelo mesmo motivo". E não pode por quê? Responde a doutrina: porque o Júri é soberano. Por que o é no segundo julgamento e não o foi no primeiro?. Descompasso do legislador...

No Capítulo que trata das infrações de menor potencial ofensivo estabelecer mais três regras: a) se por acaso o Ministério Público injustificadamente não formular a proposta, e o autor do fato manifestar ao Juiz seu interesse na celebração do acordo de submeter-se ao pagamento de multa ou prestação de serviço, como a jurisdição é indeclinável, deverá o Juiz formular a proposta; b) quando da homologação do acordo, deve ficar registrado que seu descumprimento dentro em determinado prazo, o invalida cabendo ao Ministério Público ofertar denúncia; c) as causas de aumento em decorrência de concurso formal ou material e continuidade delitiva não impedem a transação.

O capítulo das Nulidades permanece como está no Código, fazendo-se as adaptações necessárias em face das alterações introduzidas pelas Leis 11.719 e 11.689, ambas de 2008. No capítulo dos Atos e prazos processuais, estabelecer o critério para a contagem do prazo quando fixado em minutos e hora. Quanto às citações e intimações por mandado, o prazo se inicia com a sua efetiva juntada, o mesmo ocorrendo se realizadas por precatória ou rogatória; neste último caso, que se suspenda o prazo prescricional. No capítulo do *Habeas Corpus*, dois reparos: a) tanto na primeira como na segunda instâncias o órgão do Ministério Público deverá dispor de 2 dias para se manifestar sobre o pedido: b) manter o instituto tal como está, sob pena de só poder ser impetrado o *writ* quando alguém estiver preso ou na iminência de o ser...

Não há por que retirar do Júri os crimes conexos. Temos muito bem convivido, desde fevereiro de 1948, com esse sistema. A *perpetuatio jurisdictionis* implica celeridade e economia processuais. Se o Júri julga o homicídio, por que não o desacato, a resistência, a lesão grave e outros quando conexos com aquele, se todos eles estavam no mesmo contexto fático? Evidente que cessada a competência do Tribunal popular, em face de uma desclassificação, os crimes conexos passarão para o Juiz-Presidente, ou até mesmo, após o trânsito em julgado para o Juizado Especial Criminal, que tem sede constitucional.

Se ninguém pode ser julgado senão pelo Juiz constitucionalmente competente ao tempo do fato, como está no Projeto, evidente que a pessoa com direito a foro privativo, se perder o cargo ou a função, depois de haver praticado a infração, nem por isso se afasta do seu Juiz natural, sob pena de haver *contradictio in adjectis*. Ademais, nesses casos, quando a autoridade não quiser ser julgada pelo seu Juiz natural, renunciará ao cargo... . Quanto ao recurso em sentido estrito, louvável sua substituição pelo agravo de instrumento, mas é preciso que se simplifique e não se procure processualizar civilmente o processo penal. O agravo deve ser interposto perante o Juiz. Se este o desacolher, remetê-lo-á ao Tribunal. Caso contrário, se a nova decisão do Juiz comportar recurso, bastará ao agravado requerer o simples encaminhamento dos autos do agravo ao órgão *ad quem*. O protesto por novo Júri deve ser mantido em outros termos (quando a pena imposta for igual ou superior a 25 anos, devendo o novo Júri ser presidido por outro Juiz, como ao tempo do Império), mesmo

porque umbilicalmente ligado à instituição do Júri, cuja defesa é plena, e, obviamente, com todos os recursos a ela inerentes.

Devemos instituir o duplo grau de jurisdição sempre que o Juiz singular impuser uma pena igual ou superior a oito anos. Isso é respeito ao direito do cidadão.

Não concebemos os 7 jurados, após os debates, reunirem-se a portas fechadas para deliberar sobre a condenação ou absolvição. Ao tempo do Império era assim. Mas, àquela época, a Constituição Imperial, nos arts. 151 e 152, nem sequer dizia quais os crimes que eles poderiam julgar e muito menos falava em “sigilação da votação”... Hoje, não. Desde a Constituição de 1946 até a atual, a sigilação da votação é assegurada aos jurados. A inconstitucionalidade da disposição é visível a olho nu, uma vez que cada um deles fica sabendo qual a opinião dos demais. Evidente que se os 7 jurados trocarem ideias a portas fechadas, o mais instruído ou o mais convincente altera o julgamento. Seria bom rever o velho filme “Doze homens e uma sentença”, com Henry Fonda.

Itália, Alemanha, França e Portugal, entre outros países da Europa, adotam o escabinado: 2 ou 3 Juízes togados e 4 ou 6 Juízes leigos integram o órgão julgador, os quais, após os debates, reúnem-se a portas fechadas para deliberar. E os autores espanhóis, sarcasticamente, denominam essa instituição “Júri tutelado”..., tamanha a influência dos togados sobre os leigos. Também na contagem dos votos pertinentes a qualquer quesito, havendo unanimidade, conta-se até a cédula 4, preservando-se desse modo o sigilo do voto. Quando do sorteio dos jurados, no momento da indagação sobre as recusas peremptórias, por primeiro indaga-se à Acusação e em seguida à Defesa. Louvável a abolição da carta testemunhável. O procedimento do agravo na hipótese de inadmissão de recursos extraordinário e especial, como está no Projeto, agiliza e muito o andamento desses recursos.

Os procedimentos introduzidos pela Lei n. 11.719/2008 deram ao processo penal uma vitalidade nunca vista e por isso deve ela ser acolhida pelo Projeto. Contudo, entendemos, no intuito exclusivo e único de procurar atualizar o nosso Código de Processo Penal, devam ser simplificados alguns institutos, deixando o nosso estatuto processual penal como um instrumento de fácil manejo, sem perder a modernidade e a eficácia. Uma lei feita com os pés no chão...