

BREVES COMENTÁRIOS AO PROCEDIMENTO DOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO PROJETO DE LEI Nº 8045/2010 DA CÂMARA DOS DEPUTADOS (REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

Ythalo Frota Loureiro¹

RESUMO

A reforma do Código de Processo Penal (CPP), que tramita sob o Projeto de Lei nº 8045/2010 da Câmara dos Deputados é uma oportunidade para modernizar o processo criminal, tornando-o mais célere e eficaz no combate e controle da criminalidade. Contudo, o projeto inova em alguns pontos, mas deixa de acolher boas práticas já consagradas no vigente CPP. O projeto ofende princípios constitucionais, como da plenitude da defesa e do sigilo das votações, ao vedar a menção aos depoimentos prestados na fase policial e ao obrigar os jurados a deliberarem sobre os quesitos a serem respondidos ao final do julgamento. A criação do juiz das garantias trará mais dificuldades para o funcionamento da Justiça Criminal, na medida em que pressupõe, de forma, equivocada, que o juiz, que atua antes da ação penal, não possa manter a devida imparcialidade no julgamento da causa. Da mesma forma, a figura do juiz das garantias é inócua e desnecessária nos processos dos crimes dolosos contra a vida, eis que o mérito será decidido pelos jurados, que atuam apenas na fase final do procedimento. O projeto ainda não traz avanços no que diz respeito ao combate a baixa capacidade investigativa da polícia e a morosidade na conclusão dos processos da competência do Tribunal do Júri. A reforma do CPP deveria significar a manutenção das disposições legais já previstas nas leis que alteraram o CPP em 2008 e avanços para assegurar eficiência na coleta da prova em local de crime e garantir que os processos da competência do Tribunal do Júri não se arrastem durante anos até a sua conclusão.

Palavras-chaves: Reforma. Código de Processo Penal. Tribunal do Júri.

I – INTRODUÇÃO

A reforma do Código de Processo Penal (CPP)² tem ocorrido ao longo das últimas décadas por meio de leis esparsas que visaram diminuir a baixa capacidade

1 Promotor de Justiça do Estado do Ceará. Titular da 4ª Promotoria de Justiça do Júri da Comarca de Fortaleza. E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br.

2 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> acesso em 18/08/2016.

de investigação criminal e a morosidade da Justiça Penal, em atendimento ao princípio constitucional da “razoável duração do processo” (art. 5º, inciso LXXVIII)³.

Contudo, como se sabe, ainda subsiste uma profunda sensação de ineficácia do processo penal brasileiro. Em audiência pública realizada no dia 12 de julho de 2016, perante a Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010⁴, a jurista ADA PELLEGRINI GRINOVER defendeu que o modelo vigente no Chile⁵ (Código de Procedimiento Penal de la República de Chile), que passou por profundas reformas a partir da década de 1990, deveria ser adotado no Brasil. A jurista disse aos membros da comissão:

“(...) eu lamento profundamente que o Brasil tenha perdido uma oportunidade de fazer um código efetivamente novo (...) adotar outros esquemas, o esquema do *adversarial* (...) quando nós ainda temos, na verdade, o sistema inquisitorial. Este controle da acusação pelo Ministério Público já seria um pequeno passo, mas está sendo até contrastado. Nós temos um sistema, senhores, que não é acusatório, a não ser pela divisão das funções da acusação, da defesa e do juiz. O processo escrito, pesado, burocrático, demorado, ineficaz. Quantas vezes nós nos deparamos com uma prescrição intercorrente? Eu gostaria que os senhores deputados interessados, realmente, o relator e o presidente, lessem, dessem uma olhada no Código de Processo Penal chileno. Ele muda tudo. Processo por audiência, afasta o mito do juiz natural, que é a pessoa física (...) há diversos juízos de garantias, intercambiáveis (...) quando um processo é muito complicado, dura seis meses. Quando o processo é mais simples, dura cem dias. Processo puramente *adversarial*, Ministério Público e defesa, vítima, claro, processo por audiência, vai tudo direto para o juiz de garantias, as partes ali falam, é processo oral, acusam e defendem, é isto que o processo brasileiro deveria fazer. Nós temos nesta reforma, o Código de 40 (1940) melhorado. E o Código de 40 tem origens no antigo código italiano, então é tudo velho, e tudo fossilizado (...). Nós temos uma audiência de custódia, mas não temos um processo *directissimo*, como tem na Itália. Caso de flagrante é outro processo, é tudo imediato, as testemunhas da acusação já estão lá. Então, nem temos escolha sobre a pena (...), não temos um procedimento adequado para o flagrante (...).”⁶

O sistema processual penal chileno é completamente diferente e, para ser adotado no Brasil, demandaria uma alteração radical no Projeto de Lei nº 8045, de 2010 e uma reforma do sistema policial, em que as polícias pudessem realizar o ciclo completo da atividade policial. No processo penal chileno, o sistema acusatório funciona sob a lógica do juizado de instrução, em que a prova é inicialmente

3 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> acesso em 18/08/2016.

4 Oriundo do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Vide <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> acesso em 18/08/2016

5 PL 8045/10 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - Audiência Pública – 12/07/2016 <<https://www.youtube.com/watch?v=zdPEaxoCFBU>> acesso em 18/08/2016.

6 Idem.

realizada em juízo de instrução preliminar (no caso, perante o juiz da investigação), de forma aberta, negocial, *adversarial*, em que prevalece o princípio da não obrigatoriedade da ação penal. A participação do Ministério Público na investigação é intensa, desde a ocorrência do crime até o julgamento em fase final. Como explicou FERNANDA RAVAZZANO, que participou de curso, no Chile, oferecido pelo CEJAS – *Centro de Estudios de Justicia de Las Americas*, na semana do dia 01/07/2016:

“(...) são três etapas no processo chileno: o juízo de garantias (que pode ser precedido da audiência de detenção/custódia); a etapa intermediária (em que se analisará se as provas colhidas pela acusação – podendo também serem produzidas pela defesa – são legais e podem ser usadas no juízo oral); o juízo oral (fase instrutória, em que teremos o julgamento realizado por três juízes que não entraram em contato com a carpeta – processo – anteriormente, garantindo-se a imparcialidade).

(...)

O juízo intermediário avalia se as provas colhidas na fase preliminar obedecem a legalidade; caso contrário, serão descartadas tais provas, cabendo, mesmo assim, ao Ministério Público analisar se deve ou não ajuizar a ação penal, correndo o risco de apresentar a denúncia sem justa causa, que não será acolhida pelo juízo oral.

(...)

Na audiência de instrução (juízo oral), temos os juízes da vara e não do processo, mesmo porque os magistrados não possuem acesso ao processo físico; tomam conhecimento da ação no momento da audiência, buscando garantir o máximo de imparcialidade possível.”⁷

Apesar da crítica inicial e da evidente disparidade com o modelo chileno, reputado como eficiente, a própria GRINOVER defendeu que a Comissão Especial deveria prosseguir com os trabalhos, visando melhorar o projeto de reforma.

Em 2008, com a aprovação da Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008⁸, já havia ocorrido uma substancial mudança no procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri. Foram ainda aprovadas a Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008⁹ (que reformou a produção da prova) e a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008¹⁰ (que estabeleceu novos procedimentos para os crimes comuns).

7 Fernanda Ravazzano, “A experiência no Chile e a busca por um sistema acusatório no Brasil” - <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatorio-no-brasil/>> acesso em 19/08/2016

8 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/11689.htm> acesso em 18/08/2016.

9 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm> acesso em 18/08/2016.

10 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm> acesso em 18/08/2016.

O novo procedimento definido pela Lei nº 11.689, de 2008, gerou questionamentos. A título de exemplo, houve dúvidas quanto a constitucionalidade do art. 478, inciso I, do CPP, que veda as referências à sentença de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas no curso dos debates. Contudo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, apesar de não enfrentarem a alegação de inconstitucionalidade, admitiram as referências quando não utilizadas como argumento de autoridade a beneficiar ou prejudicar o acusado, eis que, sem prejuízo, não se reconhece a nulidade, conforme previsto no art. 563, do CPP¹¹.

Também houve questionamentos sobre a possibilidade dos jurados absolverem o acusado por clemência, mesmo quando reconhecidas a autoria e a materialidade, objeto do HC nº 350895 / RJ (2016/0061223-6)¹².

Contudo, em geral, a Lei nº 11.689, de 2008, não sofreu recorte de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

O texto inicial da reforma do CPP, que ora tramita sob a forma do Projeto de Lei nº 8045/2010, da Câmara dos Deputados, visa introduzir novas regras para o procedimento dos crimes dolosos contra a vida. O projeto tem como objetivo modernizar o processo penal, estabelecendo maior celeridade na investigação criminal e no processamento judicial dos crimes, sem prejuízo de direitos e das garantias fundamentais. Ocorre que, o texto inicial do projeto de lei, em descompasso com a reforma processual penal anterior, revoga tacitamente algumas regras introduzidas pelas leis aprovadas em 2008.

Assim, é preciso analisar as novidades mais significativas trazidas pelo projeto do novo CPP e se o projeto, de fato, trará avanços ou retrocessos a investigação, a instrução e ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Da mesma forma, é preciso verificar se o projeto não ofende os princípios

11 Julgados do STF: RHC 120598, DJe 03/08/2015; e HC 127307 AgR, DJe 21/06/2016; Julgados do STJ: AgRg no REsp 1444570/SP, DJe 19/03/2015; e AgRg nos EAREsp 300.837/SP, DJe 05/05/2015.

12 Processo autuado em 03/03/2016, que deverá ser julgado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. O julgamento foi iniciado em 10 de agosto de 2016. A ministra Maria Thereza, relatora, entendeu que os jurados não podem julgar fora das hipóteses do art. 386, do CPP, que não prevê a clemência como motivo para a absolvição. Esta posição foi acompanhada pelo ministro Néfi Condeiro (vide <http://www.conjur.com.br/2016-ago-10/julgamento-possibilidade-juri-perdoar-reu-adiado-stj>, acesso em 26 de agosto de 2016). A divergência foi inaugurada pelo Ministro Sebastião Reis Jr., para quem os jurados podem responder o quesito obrigatório em parâmetros abertos, não previsto em lei. A posição foi acompanhada pelo ministro Rogério Schietti.

constitucionais do contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal), da plenitude de defesa, do sigilo das votações, da soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, “a”, “b” e “c”) e da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII).

Por fim, o presente trabalho visa analisar se o projeto de lei do novo CPP poderá colaborar para o aumento da capacidade investigativa da polícia e de celeridade no processamento e no julgamento dos processos dos crimes da competência do Tribunal do Júri.

II – DAS ATUAIS REGRAS DO CPP INTRODUZIDAS PELAS LEIS DE 2008

A Lei nº 11.689, de 2008, estabeleceu regras inovadoras para o procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri.

Entre outras inovações, a lei estabeleceu:

1) o prazo máximo de 90 (noventa) dias para conclusão do procedimento (art. 412, CPP);

2) a priorização da oralidade, com a realização de debates orais e a prolação de sentença em audiência, ou no prazo de 10 (dez) dias (art. 411);

3) a intimação da sentença de pronúncia por edital ao acusado solto que não for encontrado, viabilizando, inclusive seu julgamento pelo Tribunal do Júri, se intimado por edital da data de realização da sessão de julgamento (arts. 420, parágrafo único e 431);

4) uma nova fase procedimental de preparação do processo para julgamento (art. 422, do CPP) e a conseqüente extinção do libelo e da contrariedade ao libelo, de modo que o procedimento, antes bifásico, se transformou em trifásico (instrução preliminar, preparação e julgamento);

5) a diminuição da idade mínima de 21 para 18 anos e o aumento do número de jurados sorteados entre os alistados de 21 para 25 (arts. 436 e 447);

6) a gravação eletrônica de depoimentos e do interrogatório, visando “maior fidelidade e celeridade na colheita da prova” (art. 475);

7) a diminuição do tempo da primeira intervenção nos debates de duas horas para uma hora e meia e o aumento do tempo de réplica e tréplica de trinta

minutos para uma hora, em todo caso, acrescidos de mais uma hora se havendo mais de um acusado (art. 477);

8) a vedação de referência, durante os debates, à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; e ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo (art. 478);

9) a garantia aos jurados de acesso aos autos e aos instrumentos do crime (art. 480, §3º);

10) a simplificação da forma de quesitação, em que os jurados respondem se o acusado deve ser absolvido (art. 483);

11) a garantia de sigilo da votação, com a interrupção da contagem votos quando da resposta do quesito por mais de 3 (três) votos, alcançando a maioria (arts. 483, §1º e 489);

12) os apartes regulamentados, durante os debates, com a concessão de até três minutos para cada aparte requerido, que são acrescidos ao tempo de quem estiver com a palavra (art. 497, inciso XII);

13) o recurso em sentido escrito contra a pronúncia (art. 581, inciso IV);

14) a extinção do protesto por novo júri.

A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, reformou o CPP no que diz respeito a produção da prova, destacando-se uma nova forma de inquirição direta pelas partes (*cross examination*), vedadas perguntas impertinentes, repetidas e que puderem induzir a resposta (art. 212, do CPP), entre outras medidas de destaque como a que assegurou à testemunha e à vítima o direito de serem ouvidas na ausência do acusado, caso o juiz verifique que a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento ao depoente (art. 217).

A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 também alterou de forma significativa o CPP, impactando no procedimento do Tribunal do Júri:

1) a previsão de multa para o defensor que abandona o processo (art. 265, do CPP);

2) a citação por hora certa (art. 362);

3) as novas regras para a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* (arts. 383 e 384);

4) a primazia pela oralidade, com a possibilidade de gravação eletrônica de depoimentos, debates orais e prolação de sentença em audiência, havendo a possibilidade de apresentação de memoriais, no prazo de “5 (cinco) dias sucessivamente” quando o juiz considerar a “complexidade do caso ou o número de acusados” (art. 403).

III – DAS NOVAS REGRAS PREVISTAS NO PROJETO DE REFORMA DO CPP

O texto inicial da reforma do CPP, que ora tramita sob a forma do Projeto de Lei nº 8045/2010, da Câmara dos Deputados, acolheu, parcialmente às regras estipuladas nas leis aprovadas em 2008, e tem como objetivo aprovar novas regras para o procedimento dos crimes dolosos contra a vida:

1) a possibilidade de arrolar mais testemunhas em denúncia com mais de um réu (art. 321, §3º, do projeto);

2) uma nova redação para o compromisso dos jurados (introdução da expressão “de acordo com a prova dos autos”) (art. 385);

3) a leitura da pronúncia, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo, logo após o compromisso, a pedido dos jurados (art. 385, §1º);

4) a previsão da inquirição direta pelas partes (*cross examination*) na sessão de julgamento (art. 386) (atualmente o sistema ainda é o *presidencial*, apesar de a prática forese utilizar o sistema do *cross examination* nas sessões de julgamento por tolerância ou iniciativa do juiz presidente);

5) a garantia de assento do acusado ao lado do defensor (art. 387);

6) a vedação de menção dos depoimentos prestados na fase de investigação (art. 391, inciso III)¹³;

7) a vedação de “leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de 10 (dez) dias” (art. 392);

13 O Deputado Ronaldo Benedet apresentou emenda solicitando acrescentar a vedação de referência “a registros criminais, inquéritos policiais, ações penais em curso e condenações ainda não transitadas em julgado” - <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2092973>> acesso em 18/08/2016.

8) a simplificação do questionário de votação (com a eliminação dos quesitos sobre a autoria e da materialidade, perguntando, inicialmente, “se deve o acusado ser absolvido”) (art. 396);

9) a criação de uma nova fase dentro do julgamento, ou seja, a deliberação dos jurados por até 1 (uma) hora em sala especial, ou na falta desta, a retirada de todos do recinto, permanecendo somente os jurados (art. 398).

Por sua vez, o texto inicial do projeto de lei revoga tacitamente regras introduzidas pelas leis aprovadas em 2008:

1) a multa por abandono de causa (art. 265, do CPP)¹⁴;

2) a citação por hora certa (art. 362)¹⁵;

3) a réplica à defesa escrita (art. 409);

4) as fontes para elaboração dos quesitos, ou seja, “os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes” (art. 482, parágrafo único, parte final);

5) o procedimento quando da ocorrência de contradição entre quesitos (art. 490); e

6) os apartes regulamentados (art. 497, inciso XII)¹⁶.

O Projeto de Lei nº 8045/2010, da Câmara dos Deputados, ainda pretende introduzir inovações na investigação criminal, destacando-se:

1) a estipulação de regras para acesso do material produzido na investigação pelo investigado e seu defensor (art. 11);

2) a garantia do investigado ser “ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída” (art. 12), garantindo-se ainda que o investigado somente seja ouvido na presença de defensor, caso não expresse livremente de ser ouvido imediatamente (art. 64, §1º);

14 Apresentada emenda pelo Deputado Lincoln Portela para reintroduzir a multa por abandono de causa - <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085323>> acesso em 18/08/2016.

15 Apresentada emenda pelo Deputado Nelson Marchezan Júnior para reintroduzir a citação e a intimação por hora certa <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2082275>> e <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085317>> acesso em 18/08/2016.

16 Apresentada emenda pelo Deputado Ronaldo Benedet para reintroduzir os apartes regulamentados <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2092970>> acesso em 18/08/2016.

3) a garantia do investigado, seu defensor e mandatários com poderes expressos, “tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas” (art. 13), o que poderá ser denominada de *investigação criminal privada, investigação criminal do investigado ou investigação criminal do defensiva*¹⁷;

4) a criação do *juiz das garantias* (arts. 14 e seguintes), assunto que será detalhado mais adiante;

5) a possibilidade da vítima, ou seu representante legal, e do investigado solicitarem “ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade” (art. 26)

6) novas regras para aumentar a celeridade e a eficiência do inquérito policial, ou seja:

6.1) “as diligências serão realizadas de forma objetiva e no menor prazo possível, sendo que as informações poderão ser colhidas em qualquer local, cabendo ao delegado de polícia resumi-las nos autos com fidedignidade, se obtidas de modo informal.” (art. 29);

6.2) “O registro do interrogatório do investigado, das declarações da vítima e dos depoimentos das testemunhas poderá ser feito por escrito ou mediante gravação de áudio ou filmagem, com o fim de obter maior fidelidade das informações prestadas.” (art. 29, §1º)¹⁸;

6.3. “A testemunha ouvida na fase de investigação será informada de seu dever de comunicar à autoridade policial qualquer mudança de endereço.” (art. 29, §3º).

7) o prazo de conclusão de 90 (noventa) dias para o inquérito policial, estando o réu solto, e de 15 (quinze) dias, se preso (art. 31, *caput* e §3º);

17 O Deputado Roberto Freire apresentou emenda estipulando que a “diligência levada a cabo pelo investigado não poderá exceder o prazo de conclusão do inquérito policial”
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080201>> acesso em 18/08/2016.

18 O Deputado Carlos Sampaio apresentou emenda na qual os depoimentos e o interrogatório dever ser realizados “preferencialmente, mediante gravação de áudio ou filmagem”, assim, assegurando que gravação seja a técnica mais utilizada -
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2093598>> acesso em 18/08/2016.

8) o prazo de 30 (trinta) dias para renovação de diligências, devendo os autos principais ou complementares permanecerem na polícia judiciária para continuidade da investigação (art. 31, §§1º e 2º);

9) o desmembramento do inquérito policial, em caso de réu preso e quando o inquérito não for concluído nos prazos previstos (art. 31, §4º); e

10) o arquivamento automático, caso o inquérito policial não seja concluído no prazo de 720 (setecentos e vinte) dias, salvo prorrogação autorizada pelo juiz das garantias (art. 32, *caput* e §§1º e 2º)^{19 20}.

Contudo, preocupa a redação do art. 29, §2º, quando determina que a entrega transcrição do registro por gravação de áudio ou filmagem às partes interessadas, eis que as leis aprovadas em 2008, expressamente dispensam a transcrição dos depoimentos e do interrogatório, ao estipular no art. 405, §2º, do vigente CPP que “No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição”.

No próprio projeto, está prevista a desnecessidade de transcrição do registro dos depoimentos do investigado, da vítima e das testemunhas, durante a instrução processual (art. 282). Assim, a obrigatoriedade de transcrição de depoimentos na fase policial está em conflito com a prática atual e com os termos do próprio projeto de lei, quando dispõe sobre o mesmo assunto, na fase judicial, bem como é medida impraticável, tendo em vista a inexistência de setores da polícia dedicadas a esta tarefa, estranha à atividade-fim.²¹

19 O Deputado Carlos Sampaio apresentou emenda que dá nova redação ao art. 32, §1º, possibilitando que os autos de inquérito sejam encaminhados, primeiramente ao Ministério Público, para “análise do mérito, apresentando denúncia ou requerendo o arquivamento ao juiz de garantias.” - <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2093597>> acesso em 18/08/2016.

20 O Deputado Lincoln Portela apresentou emendas estipulando o arquivamento do inquérito policial pelo próprio Ministério Público, através de decisão fundamentada pelo Conselho Superior do órgão, assegurando que, em caso de não homologação, outro membro seria designado para o ajuizamento da ação penal, assim, preservando a atribuição constitucional de propositura ou não da ação penal e isentando o juiz das garantias de decidir sobre o assunto estranho a sua competência e destinação constitucional - <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085350>> e <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085349>> acesso em 18/08/2016.

21 O Deputado Lincoln Portela apresentou emendas assegurando que as partes podem realizar a transcrição por conta própria, eis que as polícias não estão preparadas e não devem ser responsáveis para fazer a transcrição de depoimentos - <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085355>> e <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085356>> acesso em 18/08/2016.

De outra forma, não há referências, no projeto, de duas importantes atribuições da autoridade policial, existentes no vigente CPP, ou seja:

1) “averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter” (art. 6º, inciso IX); e

2) “colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.” (art. 6º, inciso X, do CPP, Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

O projeto de lei ainda traz novidades aplicáveis, expressa ou implicitamente, aos procedimentos dos processos de competência do Júri:

1) a criação da figura da parte civil (adesão cível à ação penal), que pode “requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração, nos termos e nos limites da imputação penal” (art. 81 e seguintes), instituto comum no direito processual penal europeu, a exemplo do Código de Processo Penal italiano²², contudo a inovação, objeto de supressão por diversas emendas²³;

2) o julgamento dos crimes conexos pelo juiz nas hipóteses de conexão, em que “a reunião dos processos cessará com a pronúncia” e, neste caso, os crimes que não sejam dolosos contra a vida, deverão ser julgados com base na prova produzida na fase da instrução preliminar, não se repetindo a instrução destes processos em plenário (art. 109, §2º).²⁴ Por sua vez, os crimes que não sejam

22 arts. 74 e seguintes, do *Codice di Procedura Penale*, aprovado pelo Decreto do presidente da República nº 44, de 22 setecentos 1988 n. 44

23 Existem, ao menos, 7 emendas ao projeto, todas estas apresentadas pelo Deputado Lincoln Portela, solicitando a extinção da figura da adesão civil, para manter a sistemática atual, que assegura um valor mínimo de indenização à vítima, ou seu sucessor ou representante legal, por danos sofridos pelo crime. Por exemplo vide <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085332>> acesso em 18/08/2016.

24 A conexão entre crimes de espécies diferentes (crimes dolosos contra a vida e todos demais) pode se dar no caso de conexão intersubjetiva ocasional (por simultaneidade), quando duas ou mais pessoas cometem crimes diferentes, fora das hipóteses de concurso de pessoas, sem ajuste prévio (o agente mata e outro furta os pertences da vítima, não havendo ajuste prévio entre criminosos). A conexão objetiva pode ser teleológica (o agente mata uma pessoa para praticar outro crime não doloso contra a vida, como a extorsão mediante sequestro de outrem), consequencial (o agente mata para assegurar a prática de crime de tráfico de drogas, cometido logo em seguida) ou sequencial (o agente mata e logo em seguida oculta o corpo da vítima), ou instrumental (probatória) (quando o agente mata e outro ajuda a esconder os instrumentos do crime, sem ajuste prévio do crime de homicídio).

dolosos contra a vida somente poderão ser julgados pelo Tribunal do Juiz, na hipótese de continência (art. 109, §1º).²⁵

3) a inquirição de crianças e adolescentes, assegurando, entre outras medidas, que fiquem em recinto diverso da sala de audiência e que a inquirição seja realizada por meio de profissional (arts. 192 e seguintes);

4) o acesso a informações sigilosas por meio de ordem judicial (arts. 241 e seguintes)²⁶;

5) a interceptação das comunicações telefônicas (arts. 245 e seguintes)²⁷
28.;

6) a suspensão do processo mediante condições (art. 266), matéria não aplicável aos crimes dolosos contra a vida, somente aos crimes conexos, nas condições estabelecidas pelo artigo mencionado;

25 A continência significa ação continente, ou seja, que significa um todo, ocorre quando os crimes diferentes são realizados em uma mesma conduta. Segundo o art. 112, do projeto, “Verifica-se a continência quando, constatada a unidade da conduta, 2 (duas) ou mais pessoas forem acusadas da prática do mesmo fato ou, ainda, nas hipóteses dos arts. 70, 73 e 74 do Código Penal.” Assim, mesmo quando se tratar de concurso formal próprio (art. 70, do CP), *aberratio ictus* (art. 73, do CP) e de resultado diverso do pretendido (art. 74, do CP). Assim, pelo disposto no art. 109, §1º, do projeto, o Tribunal do Júri seria competente para julgar, um crime de homicídio e um crime de lesão corporal, sofridos por vítimas diferentes, praticados mediante um só ação.

26 O Deputado Carlos Sampaio apresentou emenda na qual propõe que a autoridade policial e o Ministério Público tenham acesso aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial. Na emenda ainda é estabelecido que os dados financeiros e tributários obtidos mediante ordens judiciais de quebra ou transferência de sigilo devam ser apresentados em meio informático – <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2093596> > acesso em 18/08/2016.

27 É, no mínimo curioso que o projeto de lei estabeleça que quem deva cumprir a medida seja a própria prestadora de serviços de telecomunicações, que “deverá disponibilizar, gratuitamente, os recursos e meios tecnológicos necessários à interceptação, indicando ao juiz o nome do profissional que prestará tal colaboração” (art. 254). Assim, se a Polícia e o Ministério Público possuírem os equipamentos e a tecnologia, será vedado que os utilizem? A resposta mais plausível é não, pois o mais evidente que a medida seja cumprida pela própria policial ou pelo Ministério Público, caso possuía os equipamentos. Do contrário, seria atribuível, de forma exclusiva, às operadoras de telecomunicações a tarefa de investigação criminal, o que, a luz da jurisprudência da STJ e do STF seria inusitado e impraticável.

28 O Deputado Lincoln Portela apresentou emendas visando aprimorar a interceptação de comunicações: 1) supressão do art. 260, que dispõe sobre a obrigação de cientificar a todas as pessoas que tiveram conversas telefônicas interceptadas, por ser medida impraticável, inócua e que pode causar prejuízo a investigação ainda em curso; 2) prorrogação de prazo de interceptação para crimes habituais ou continuados, eis que o projeto somente contempla os crimes permanentes; e 3) o encaminhamento dos achados fortuitos de outros crimes pelo juiz, por se tratar a medida cautelar submetida à cláusula de reserva de jurisdição. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085328>>, <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085326>> e <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085327>> acesso em 18/08/2016.

7) a autorização de fracionamento da instrução da audiência única quando for elevado o número de testemunhas (art. 276, §1º, parte final), o que, na prática já é realizado, a despeito do que dispõe o art. 400, §1º, do vigente CPP (“As provas serão produzidas numa só audiência”);

8) o prazo máximo de 90 (noventa) dias para o encerramento da instrução (art. 274), o mesmo prazo para o encerramento da instrução preliminar no procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri (art. 326);

9) a criação do incidente de *aceleração processual*, caso o prazo máximo de 90 (noventa) dias não seja cumprimento, “determinando, se necessário, a prática de atos processuais em domingos, feriados, férias, recessos ou fora do horário de expediente forense, bem como nomear servidores *ad hoc* para a realização de atos específicos de comunicação processual e de expediente em geral.”²⁹

10) o prazo de 10 (dez) sucessivos, no caso de conversão dos debates em memoriais (art. 278, §5º), invés de cinco dias como no art. 403, do CPP vigente;

11) a *negociação penal* para crimes conexos cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos, em que, Até o início da instrução e da audiência, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena, cominada no mínimo previsto na lei, destacando-se que, para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória (arts. 283 e seguintes);

12) o projeto extingue o “recurso em sentido estrito” e cria o “agravo”, como uma das modalidades recursais ao lado da apelação, dos embargos infringentes, dos embargos de declaração, dos recursos ordinário, especial e extraordinário (art. 460). Entre outras hipóteses, o agravo, que poderá ser interposto no prazo de 10 (dez) dias, servirá contra a decisão que a) receber ou indeferir o aditamento da denúncia³⁰; b) declarar a incompetência ou afirmar a competência do

29 O deputado Arnaldo Faria de Sá apresentou emenda para suprimir o termo “ad hoc”, por entender que os não podem ser nomeados pessoas a cargos públicos fora das hipóteses constitucionais do art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal – <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085896>> acesso em 18/08/2016.

30 O projeto de lei somente prevê recurso (apelação) contra o indeferimento da denúncia no procedimento sumaríssimo (crimes de menor potencial ofensivo) (art. 309). Ao contrário do que ocorre no vigente CPP (art. 581, inciso I), que prevê recurso em sentido escrito da decisão que não recebe a queixa, e ao mesmo tempo não prevê recurso contra o indeferimento do aditamento da denúncia, o projeto de lei não prevê recurso contra o indeferimento da denúncia e somente prevê agravo contra a decisão que não recebe o seu aditamento. Assim, a solução, persistindo a

juízo; c) pronunciar o acusado; d) deferir, negar, impor, revogar, prorrogar, manter ou substituir qualquer das medidas cautelares, reais ou pessoais; e e) decidir sobre produção e licitude da prova e seu desentranhamento (art. 473, incisos II, III, IV, V e VII). O projeto prevê que o “agravo será interposto diretamente no tribunal competente” e que “não retardará o andamento do processo” (art. 474). A grande falha do projeto é o art. 475, parágrafo único, que estipula que o “agravo contra a decisão de pronúncia terá sempre efeito suspensivo”, inviabilizando o julgamento imediato do processo pelo Tribunal do Júri, em qualquer caso, mesmo quando a decisão não puder resultar lesão irreparável ou de difícil reparação. Assim, o procedimento do Tribunal do Júri continuará a ter grandes atrasos por possibilitar o efeito suspensivo ao recurso contra a pronúncia;

13. a apelação, no prazo de 15 (quinze) dias, contra as decisões do Tribunal do Júri (art. 480) e contra as decisões de impronúncia e absolvição sumária (arts. 330)³¹;

14. o prazo máximo de duração da prisão preventiva de a) 240 (duzentos e quarenta dias) se decretada no curso da investigação ou antes da sentença de pronúncia (art. 558, inciso I e §§3º e 4º), b) 180 (cento e oitenta dias) entre a sentença de pronúncia e a sentença condenatória; e c) de 420 (quatrocentos e vinte) dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível (art. 558, inciso II e §3º);

15. o reexame obrigatório da prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias “para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua

omissão, poderá ser 1) admitir agravo para o indeferimento da denúncia, pois quem pode o mais, poderia o menos, assim agindo por interpretação extensiva; ou 2) aplicar o dispositivo do art. 309, por analogia, admitindo-se o recurso de apelação para o caso, tudo autorizado na forma do art. 6º, do projeto que admite a analogia e a interpretação extensiva.

31 O Deputado Lincoln Portela apresentou emendas estipulando o cumprimento imediato da sentença condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, com a seguinte redação: “recomendará o acusado à prisão em que se encontra, caso preso preventivamente, ou poderá decretar a prisão preventiva, mesmo tendo ele respondido ao processo em liberdade, salvo se houver garantias de que o acusado não irá fugir ou não irá praticar novas infrações se permanecer solto”. O deputado argumentou que a medida é adotada nos Estados Unidos da América (Seção 3.143, b, do Título 18 do Código Penal Federal) e na França (art. 367 do Code de Procédure Pénale francês). Em todo caso, a medida não violaria não viola a presunção de inocência, eis que, aproveitando o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, Processo Eletrônico DJe-100 Divulg 16-05-2016 Public 17-05-2016), os recursos posteriores a decisão do Tribunal do Júri não poderiam reanalisar os fatos, apenas questões estritamente jurídicas – <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085306> > acesso em 18/08/2016.

aplicação, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar” (art. 562, *caput*) e se, “por qualquer motivo, o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal” (art. 562, §2º).³²

As seções seguintes serão dedicadas a uma análise crítica ao projeto, com base em princípios jurídicos e nas necessidades políticas de um processo penal mais eficiente e que respeite os direitos fundamentais.

IV – DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E DA INCOMPATIBILIDADE COM DUAS REGRAS PREVISTAS PARA O JULGAMENTO DOS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

O projeto de lei do novo CPP demonstra uma especial preocupação com os *princípios fundamentais* do processo penal, ressaltando, nos arts. 2º e 3º, a necessidade de observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. O projeto ainda garante “a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais” (art. 3º, parte final).

Para exemplificar a importância que o projeto destaca à defesa técnica, basta ressaltar que o interrogatório do investigado, ainda na fase de inquérito policial, não poderá ser realizado na ausência de defensor, “salvo se o interrogando manifestar livremente a vontade de ser ouvido naquela oportunidade” (art. 64, §1º).

Da mesma forma, a defesa técnica ganha importância substancial quando o projeto prevê a possibilidade de investigação criminal pelo próprio investigado, através de seu defensor ou de outros mandatários (art. 13).

Por outro lado, a ausência de atuação da defesa técnica não impediria a instauração do inquérito policial (art. 20), a realização de diligências investigativas pela autoridade policial (art. 24) ou poderia ser obstáculo para o oferecimento da denúncia (art. 35, inciso I), como por exemplo.

32 O Deputado Lincoln Portela apresentou emenda solicitando a supressão do §2º, do art. 562, alegando em “casos de extrema gravidade, envolvendo, v.g., crime organizado ou pessoas acusadas por crimes praticados com grave violência”, não se justificaria “a colocação automática do preso em liberdade por possível lapso do juiz”. A medida é desnecessária, pois o prazo já é fiscalizado pelo próprio juiz e pelas partes do processo - <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085312>> acesso em 18/08/2016.

O sistema acusatório é definido como a estrutura basilar do novo código de processo penal, apesar das críticas da jurista ADA PELLEGRINI GRINOVER, expostas na introdução deste trabalho. Para conceituar o sistema acusatório, o projeto limita-se a afirmar que ao juiz é vedada a iniciativa probatória, na fase de investigação. O juiz não poderá funcionar como substituto da atuação probatória do órgão da acusação (art. 4º). Não obstante, o parágrafo único do art. 165 do projeto estabelece que, antes de proferir a sentença, o juiz pode “determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes”.

Da mesma forma, dispõe o art. 394 do projeto que “Se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho de Sentença e ordenará a realização das diligências entendidas necessárias”. Assim, não se trata de um sistema acusatório em que o juiz fique alheio a alguma iniciativa probatória, se há necessidade de esclarecer dúvidas e de verificação de qualquer fato reconhecido como essencial para o julgamento da causa.³³

No art. 5º do projeto, são estabelecidos postulados normativos relativos a interpretação das leis processuais penais, orientada “pela proibição de excesso, privilegiando a dignidade da pessoa humana e a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal”.

O projeto inova ao iniciar o novo código com *princípios fundamentais* invés de *disposições preliminares* como está no CPP vigente. Contudo, não se tratam de apenas princípios, mas também de regras e postulados normativos.

Segundo RONALD DWORKIN, “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (2011, pág. 39). Princípios já não funcionam

33 Visando manter o que acredita ser uma incompatibilidade entre os artigos mencionados, o Deputado PAULO TEIXEIRA apresentou emenda de redação em que o juiz deve, de forma fundamentada, limitar os pontos controversos a serem esclarecidos. A modificação proposta é inócua, pois a atuação do juiz sempre estaria limitada a esclarecer as dúvidas (entendidas desde já como pontos controversos), bem como as diligências determinadas devem possuir um mínimo de fundamentação, que não implique em antecipação de decisão de mérito - <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2081719>> acesso em 18/08/2016.

deste modo, eis que “possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”³⁴.

De modo semelhante, ROBERT ALEXY, afirma que os princípios são “mandamentos de otimização”, enquanto que as regras são “normas que sempre ou são satisfeitas ou não o são”, de modo que “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, enquanto que regras “exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam”, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas³⁵.

HUMBERTO ÁVILA, reanalisando os conceitos propostos por DWORKIN e ALEXY, inclui os postulados entre os tipos de normas jurídicas, ao lado de regras e de princípios. HUMBERTO ÁVILA conclui que regras, princípios e postulados normativos admitem propostas conceituais diferentes. Regras são “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência”, enquanto que princípios são “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade”³⁶. Por sua vez, postulados “são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras”³⁷. Portanto, regras, princípios e postulados, apesar de serem normas jurídicas, funcionam e se realizam de modo distinto.

A garantia de manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais e a vedação de iniciativa probatória pelo juiz são regras, que comportam exceções estipuladas por suas limitações jurídicas e fáticas. O projeto estabelece que o interrogatório do investigado somente pode ser realizado na presença de defensor, assim, o ato realizado sem observância desta regra é inválido, pois destituído de formalidade essencial, a não ser que o próprio investigado livremente manifeste o desejo de ser interrogado na ausência de defensor. Da mesma forma, se o juiz toma a iniciativa probatória fora da hipótese prevista em lei (diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes ou para esclarecer fato essencial ao julgamento), o ato é inválido, pois viola o sistema acusatório mitigado.

34 Ronald Dworkin, “Levando os Direitos a Sério”, pág. 39.

35 Robert Alexy, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, pág. 103-104.

36 Humberto Ávila, “Teoria dos Princípios”, pág. 102.

37 Idem, pág. 226.

Contraditório, ampla defesa, plenitude de defesa e dignidade da pessoa humana são princípios, normas de natureza prospectiva, cuja aplicação demanda a complementariedade e parcialidade em relação a outros princípios e regras. Por exemplo, ao acusado que não deseja ser defendido deve ser nomeado defensor público, independentemente de sua condição econômica, como preconiza o art. 59, §1º, do projeto, determinando que o acusado que possa pagar defensor seja obrigado a pagar os honorários correspondentes à Defensoria Pública (art. 59, §2º). Outrossim, a busca pessoal será realizada com respeito a dignidade da pessoa revistada, como determina o art. 231, do projeto. Não se tratam de normas do tipo *tudo-ou-nada*, mas princípios que visam otimizar o cumprimento das medidas.

Por sua vez, a proibição de excesso, a máxima proteção de direitos fundamentais e efetividade da tutela penal são postulados normativos, que delimitam a interpretação e a aplicação de princípios e regras.

A proibição de excesso é classificado por HUMBERTO ÁVILA como postulado inespecífico, “uma das facetas do princípio da proporcionalidade”, que “proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental” e que “depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido”³⁸. Assim, a proibição de excesso não diz respeito a realização ou não de norma descritiva ou prospectiva, na verdade, tem como objetivo estabelecer norma para ponderação entre princípios ou regras, de modo que a aplicação de uma norma não implique na retirada do mínimo de eficácia de um direito fundamental.

É recorrente, no Supremo Tribunal Federal (STF), a aplicação “do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente”, ao reconhecer que o “Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens.”³⁹ Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará já aplicou “o princípio da proibição da proteção deficiente pelo Estado, segundo o qual ao Estado é vedado adotar medidas insuficientes na proteção dos direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos.”⁴⁰

38 Idem, pág. 188.

39 HC 102087, DJe 20/08/2013.

40 Processo nº 0620428-53.2016.8.06.0000 Habeas Corpus / Homicídio Qualificado Relator(a): MARIA EDNA MARTINS; Comarca: Itaitinga; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do

A previsão expressa do postulado da efetividade da tutela penal afasta a possibilidade de aplicação parcial do postulado específico da *proporcionalidade*, eis que assegura a *proibição de proteção deficiente* a direitos fundamentais individuais, como a vida, a liberdade e a segurança. Assim, o projeto afasta o que se pode qualificar como *pseudogarantismo*, *garantismo negativo* ou *garantismo hiperbólico monocular*, que, ao se atentar exclusivamente para os direitos do acusado, acaba por sacrificar o direito das outras pessoas. MOUGENOT BONFIM ressalta que:

“(...) outra modalidade do princípio da proporcionalidade (...) é a da ‘proibição da proteção deficiente’ ou princípio da proibição da infraproteção (*Untermassverbot*, dos alemães), pela qual se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra e etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível. Desse modo, assegura-se não somente uma garantia do cidadão perante os excessos do Estado na restrição dos direitos fundamentais (princípio da proibição de excesso) – a chamada “proteção vertical”, na medida em que os cidadãos têm no princípio da proporcionalidade (modalidade proibição de excesso) um anteparo constitucional contra o poder do Estado (verticalizado, portanto, de ‘cima para baixo’) – mas também uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros – ‘proteção horizontal’ -, o qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor ‘segurança’, garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor ‘justiça’, assegurado pela Constituição Federal). Dessa forma, pelo ‘princípio da proibição da infraproteção’, toda atividade estatal que infringi-lo seria nula, ou seja, inquina-se o ato jurídico violador do princípio com sanção de nulidade. Note-se que ambas as modalidades do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente) se aplicam não somente à criação da lei processual (dirigindo o princípio ao Poder Legislativo), mas também à aplicação da lei processual (dirigindo o princípio ao Poder Judiciário).⁴¹

O postulado da efetividade da tutela penal é uma das facetas do *garantismo positivo*, entendimento como técnica de limitação de direitos fundamentais a fim de preservar a unidade básica da Constituição, ou seja, a dignidade da pessoa humana. Em outros termos, em se tratando de processo penal, a limitação do exercício de punir não é incompatível com a limitação de direitos fundamentais, eis que as promessas de garantia da vida, da liberdade e da segurança de todos e de qualquer um somente podem ser concretizadas se houve a restrição de direitos fundamentais de quem viola a norma penal. Como explica DOUGLAS FISCHER:

julgamento: 01/03/2016.

41 Mougénot Bonfim, “Curso de Processo Penal”, págs. 107-108.

“Denominado de *garantismo positivo* (que, para nós, é indubitável ser aplicado *também* nas searas penal e processual penal), este *dever de proteção* (no qual se inclui a *segurança dos cidadãos*) implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais *individuais* dos cidadãos. Admitamos: o assunto não é novo, embora na grande maioria das vezes não invocadas essas premissas e realizado o silogismo por prisma, como, por exemplo, na análise dos pressupostos da prisão preventiva (art. 312, do CPP). Ratificamos nossa compreensão no sentido de que, embora construídos por premissas diversas, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso – *Übermassverbot* – e da deficiência *untermassverbot* – *é proporcional*) e a teria do garantismo penal expressam a mesma preocupação: o *equilíbrio* na proteção de *todos* (individuais ou coletivos) os *direitos e deveres* fundamentais expressos na Carta Maior.”⁴².

Dito tudo isto, é preciso ressaltar a incompatibilidade entre os *princípios fundamentais* e duas regras estabelecidas pelo próprio projeto.

O exercício da ampla defesa e do contraditório são incompatível com a regra prevista no art. 391, inciso III, que veda a menção aos depoimentos prestados na investigação criminal. Tais depoimentos podem favorecer as teses defensivas, caso não repetidos na instrução processual. É possível que entrevistas realizadas pela própria defesa, que, a princípio poderiam auxiliar na absolvição do acusado, não sejam repetidos durante a instrução processual. Assim, vedar referências a estes depoimentos, durante os debates, é uma forma manifesta de violação a plenitude de defesa, prevista no art. 5º, inciso XXXVIII, letra “a”, da Constituição Federal.

É bem verdade que os depoimentos na fase policial poderiam ser descartados e proibidos de entrarem na esfera de conhecimento do juiz e dos jurados responsáveis pelo julgamento da causa. Contudo, este não é o sistema adotado no Brasil, nem é o concebido pelo projeto do novo CPP. As provas realizadas na investigação criminal, ainda mais quando possuem a participação da defesa, ganham relevância e importância para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Os jurados em deliberação terão acesso a todos os elementos de prova, como assegura o art. 393, §3º, do projeto, entre os quais, os depoimentos prestados na fase de investigação. Os jurados, durante a análise dos autos, podem concluir, sem qualquer orientação das partes, que os depoimentos prestados em fase investigativa são mais ou menos relevantes do que os depoimentos prestados na fase judicial e julgar conforme este entendimento, para condenar ou absolver o acusado.

42 DOUGLAS FISCHER, “Garantismo Penal Integral”.

Os jurados podem, simplesmente, decidir com base nos depoimentos prestados na fase policial, eis que não precisam fundamentar seus votos, assim procedendo sem que às partes tenha sido dada a oportunidade de fazer referência a elementos probatórios da investigação criminal. Assim, uma parte importante do processo de julgamento pode ficar alheio a participação das partes.

O jurista AURY LOPES Jr. entende que julgar baseado em convicção não motivada é um absurdo⁴³. Contudo é o sistema de decisão adotado pela Constitucional Federal e que constitui cláusula pétrea. Nem mesmo a legislação infraconstitucional poderia alterar este cenário.

O jurado não pode expressar como votou, portanto não tem como fundamentar seu voto, conforme determina os princípios do sigilo das votações e da soberania dos veredictos. Assim, é contraproducente que as partes não possam mencionar tais depoimentos nos debates a fim de avaliar se tais depoimentos possuem uma carga de convencimento maior ou menor do que os elementos de prova produzidos na instrução processual. A plenitude de defesa e o contraditório ficam severamente prejudicados.

Se houver interpretação admitindo a menção a depoimentos da investigação que favoreçam a defesa, a mesma interpretação deve ser acolhida em favor da acusação, eis que o contraditório e o devido processo legal exigem a igualdade ou paridade de oportunidades para ambas partes.

Por sua vez, o art. 398 do projeto determina que “os jurados deverão se reunir reservadamente em sala especial, por até 1 (uma) hora, a fim de deliberarem sobre a votação.” O dispositivo tem como objetivo estipular um prazo de até uma hora para que os jurados deliberem sobre os veredictos que deverão tomar a respeito do caso. Deliberar significa decidir sobre alguma coisa, após reflexão, consultas ou discussões. O dispositivo é incompatível com a natureza do Tribunal do Júri, em especial, pode atentar contra o sigilo das votações.

O projeto não estabelece regras sobre como promover as deliberações. Destaque-se que, no recinto (sala especial ou o próprio plenário de julgamento), os jurados permaneceriam sozinhos, sem a presença do juiz presidente. Tal regra teria

43 PL 8045/10 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - Audiência Pública – 05/07/2016
<<https://www.youtube.com/watch?v=7pBwsml5xp8>> e <<https://www.youtube.com/watch?v=7pBwsml5xp8>> acesso em 18/08/2016.

como objetivo assegurar o sigilo dos votos, mas o sigilo também alcança os próprios jurados, na medida em que um jurado não pode conhecer o voto do outro.

Curioso é que o projeto determina, no art. 379. §1º, que “O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão se comunicar com terceiros enquanto durar o julgamento e, entre si, durante a instrução e os debates, sob pena de exclusão do Conselho de Sentença e de multa”. Ora, como os jurados ficariam incomunicáveis se precisam deliberar sobre a votação? Existe uma incompatibilidade absoluta entre o art. 379, §1º, que exige incomunicabilidade, e o art. 398, que obriga os jurados deliberarem sobre a causa.

Naturalmente, a depender das deliberações, a manifestação antecipada de voto é uma forma de quebra de sigilo que nem mesmo a contagem de votos por maioria poderia evitar. Isto sem falar que, a despeito das vedações impostas às partes, os próprios jurados, em deliberação, poderiam tentar influenciar no voto do outro, mostrando documentos não juntados nos autos, sem antecedência mínima de 10 (dez) dias. Os jurados poderiam ainda fazer menção a sentença de pronúncia, às decisões às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade a beneficiar ou prejudicar o acusado. E poderiam tumultuar a tranquilidade do julgamento. Sem a fiscalização do juiz presidente, são enormes as possibilidades de nulidade do julgamento ao final de tantas horas de trabalho.

A única solução viável é concluir que o art. 398 é flagrantemente inconstitucional por violar a garantia de sigilo dos votos.

Ao contrário do que ocorre nos procedimentos de júri de outros países como Estado Unidos da América e da Europa, as deliberações de colegiados puros ou mistos importam em decisão conjunta, fundamentadas ou não, mas sempre anunciadas por apenas um dos integrantes do conselho de sentença ou pelo próprio juiz togado, que, participa ou não das deliberações sobre o mérito da causa.

No caso brasileiro, os jurados deverão decidir de forma individual e sigilosa. Assim, a deliberação estipulada pelo projeto além de confusa, incompleta e incompatível com os princípios constitucionais do Tribunal do Júri, também é inadequada e desnecessária ao fim que se presta.

Seria melhor assim que aos jurados fosse assegurado um intervalo para reflexão individual, sem riscos de violação do sigilo das votações e a criação de oportunidade para alegação de nulidades insanáveis.

V – DO JUIZ DAS GARANTIAS

A investigação criminal, no projeto de lei, tem como objetivo a identificação de fontes de prova (art. 8º). Deste modo, o controle sobre os atos de investigação é fundamental para legitimidade do processo penal. Segundo o projeto, o *juiz das garantias* seria o responsável pelo controle da legalidade da investigação e pelas medidas que dependam de autorização judicial (art. 14).

Contudo, há divergência quanto a funcionalidade do juiz das garantias em comarcas em que haja apenas um juiz. O projeto determina, no art. 16, que o juiz das garantias ficaria impedido de funcionar no processo da ação penal. O art. 748 admite a não aplicação desta regra em comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas um juiz, “enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre criação de cargo ou formas de substituição”.

Discute-se a possibilidade de exclusão do impedimento, reconhecendo, enfim, que o juiz das garantias pode ser o mesmo juiz da ação penal. No sistema processual adotado no Brasil, não existe lógica no impedimento. Não há evidências concretas que o juiz das garantias ficaria vinculado às medidas praticadas durante a fase de investigação. Há somente a ideia preconcebida de que o juiz faria uma pré-compreensão sobre a prova realizada na investigação criminal.⁴⁴.

A emenda apresentada pelo Deputado Roberto Freire propõe a extinção integral do juiz das garantias por entender que “a investigação policial já se situa sob o controle externo do Ministério Público e do juiz do processo” e que a criação do juiz das garantias “somente irá gerar maiores entraves e morosidade na investigação criminal”. O deputado defende que é preciso “investir em tecnologia e treinamento

44 Apresentadas emendas para exclusão do impedimento <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085361> e <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087448> acesso em 18/08/2016.

para a Polícia Judiciária, bem como regulamentar a investigação criminal realizada pelo Ministério Público”⁴⁵.

Em audiência pública realizada no dia 5 de julho de 2016, perante a Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, o jurista AURY LOPES Jr. defendeu a criação do juiz das garantias ou, como ele mesmo denominou, *juiz da investigação*, citando decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) como exemplos concretos de impedimento de funcionamento do juiz das garantias no processo penal adotados por diversos países europeus. AURY LOPES Jr. argumentou que o impedimento é um ranço inquisitorial vergonhoso e “prevenção é causa de exclusão da competência”. Disse que o juiz que atua na investigação faz “imagens, pré-compreensões... pré-juízo”, citando Francesco Carnelutti, concluindo que quando o juiz decreta prisão, quebra sigilo, etc e, ao mesmo tempo, julga a ação penal, quando “faz tudo isto, nem Deus pra te defender”. O jurista ainda defendeu o aumento do número de juizes, um prazo de transição para que o Poder Judiciário se estruturasse, o uso do processo eletrônico e a atuação de juiz de garantias de forma regionalizada⁴⁶.

LARISSA MARILA SERRANO DA SILVA, na sua tese de dissertação para obtenção de título de Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, afirmou que, analisando as legislações europeias, a partir da década de 1970 do século passado, observou-se uma tendência a se repassar ao Ministério Público o controle da investigação, afastando-se o magistrado da atividade de colheita de elementos informativos destinados a embasar a propositura da ação penal.”⁴⁷ Isto porque, na maior parte dos países europeus, o Ministério Público (MP) é uma das carreiras do Poder Judiciário, voltada a investigação criminal e a promoção da ação penal. Assim, faz sentido que haja uma separação entre magistrados da investigação (MP) e magistrados da ação penal. Contudo, este não é o sistema adotado no Brasil.

45 <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080199>> acesso em 18/08/2016.

46 PL 8045/10 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - Audiência Pública – 05/07/2016 <<https://www.youtube.com/watch?v=7pBwsml5xp8>> e <<https://www.youtube.com/watch?v=7pBwsml5xp8>> acesso em 18/08/2016.

47 Larissa Marila Serrano da Silva, “A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A *Superação da Tradição Inquisitória*”, pág. 51.

Em geral, na legislação dos países europeus, não há um impedimento expresso que impeça que o juiz que atuou na fase de investigação, participe do julgamento, o que pode ocorrer é o acolhimento da alegação de ausência de imparcialidade. Neste sentido, MAURO FONSECA ANDRADE, Doutor em Direito Penal, afirmou que os casos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que são utilizados pelos defensores do juiz das garantias (Piersack vs. Bélgica, de 1982, e Caso De Cubber vs. Bélgica, de 1984), na verdade, “nada têm a ver com o modelo de julgador do direito brasileiro, razão pela qual nada teria o TEDH a nos ensinar quanto à forma de preservarmos a imparcialidade do juiz nacional.”⁴⁸. ANDRADE informa que:

Caso Piersack vs. Bélgica, tratou-se nele do reconhecimento de perda da imparcialidade de um juiz que, antes de se tornar o julgador do processo, havia atuado como órgão do Ministério Público responsável pela condução da investigação sobre o fato que posteriormente julgara. Em suma, estava materializada clara hipótese de impedimento que nosso atual Código de Processo Penal elenca, desde a década de quarenta do século passado (artigo 252, inciso II), como fator não-permissivo de o juiz atuar no processo. E, quanto ao Caso De Cubber vs. Bélgica, o foco da discussão esteve centrado na proibição de um juiz, que fora responsável pela investigação criminal (juiz-instrutor ou juiz-investigador), ser o mesmo a participar do julgamento do fato que havia investigado anteriormente. Se o TEDH somente em 1984 reconheceu essa impossibilidade de acumulação de atividades jurisdicionais (investigadora e julgadora), o direito brasileiro, desde o século XIX – quando a autoridade investigante era o próprio juiz –, já reconhecia essa causa de impedimento, materializando-a na Decisão de Governo nº 81, de 02.04.1824. Em síntese, ao contrário do que sustenta essa linha doutrinária, absolutamente nada tem o Brasil a aprender com as apontadas decisões proferidas pelo TEDH.⁴⁹

De outro modo, segundo ANDRADE, casos posteriores julgados pelo TEDH (Fey vs. Áustria, de 24.02.1993; Padovani vs. Itália, de 26.02.1993; e Northier vs. Países Baixos, de 24.08.1993), afastaram, de modo expresso, os precedentes invocados pelos defensores do juiz das garantias⁵⁰.

De qualquer modo, em se tratando dos crimes da competência do Tribunal do Júri, a dispensabilidade da figura do juiz das garantias recebe contornos ainda mais intensos. O julgamento do mérito dos fatos será realizado pelo Conselho de Sentença e não pelo juiz togado, excetuando-se os casos de desclassificação e de crimes conexos.

48 Mauro Fonseca Andrade, “O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, pág. 4.

49 Idem, pág. 4.

50 Idem, págs. 4-5.

O juiz das garantias é uma ideia adotada no Chile e em países europeus, que possuem procedimentos criminais completamente diferentes dos previstos no projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal brasileiro.

Assim, o juiz das garantias seria inadequado no Brasil e é figura desnecessária no procedimento do Tribunal do Júri.

VI – DO LOCAL DE CRIME

Repetindo a mesma fórmula do CPP vigente, o local de crime somente é esparsamente mencionado nos incisos II e III, do art. 24, do projeto. Segundo estes dispositivos, o delegado de polícia, ao tomar conhecimento da prática da infração penal, deverá “providenciar para que não se alterem o estado e a conservação das coisas até a chegada de perito criminal, de modo a preservar o local do crime pelo tempo necessário à realização dos exames periciais, podendo, inclusive, restringir o acesso de pessoas em caso de estrita necessidade” e “apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais”.

O projeto de lei perde a oportunidade de regulamentar a preservação do local de crime por todos agentes de segurança (policiais militares, policiais civis, bombeiros militares, guardas municipais, socorristas, seguranças privados, etc), uma vez que reputa esta tarefa apenas ao delegado de polícia.

O local de crime de homicídio é um bom exemplo para observar a atuação dos diversos agentes da segurança pública. Segundo o Relatório Nacional da Execução da Meta 2: *um diagnóstico da investigação de homicídios no país*, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP): “Aquele que primeiro chega, normalmente é um policial militar [...]. Sua missão é isolar, da forma mais ampla possível, o perímetro em que se deu o evento, garantindo que a cena do crime seja preservada para avaliação dos peritos e investigadores”⁵¹. Para o CNMP, além de prestar socorro a vítima e de prender o autor do crime, o policial militar deve providenciar o isolamento e a preservação do local.

Ocorre que o trabalho de isolamento do local de crime é mais complexo do que apenas a preservação das evidências do crime. Envolve também avaliar a

51 “Relatório Nacional da Execução da Meta 2: *um diagnóstico da investigação de homicídios no país*”, p. 61).

cena, tomar notas e localizar testemunhas. Até mesmo para preservar o local é preciso que o policial evite entrar na cena, tocar ou utilizar qualquer item que lá esteja, impedir que qualquer pessoa entre no local, sem autorização, estabelecer um caminho de entrada e saída da cena de modo a não modificá-la, e manter um registro cronológico de todos que entrem na cena do crime. Além de preservar o local, é preciso anotar a hora exata de chegada do primeiro policial e registrar qualquer circunstância de alteração do local. A identificação de testemunhas é essencial para o sucesso da investigação, em especial, quando a polícia civil não consegue visitar o local do crime em tempo hábil⁵².

Ao contrário do que se pensa, os métodos e técnicas da investigação do crime de homicídio são complexos, pois demandam “a necessidade de uma apuração dinâmica, rápida e firmada em conhecimentos interdisciplinares, pois, em matéria investigatória, persiste a máxima de LOCAR, para quem o tempo que passa é a verdade que foge”⁵³.

Assim, vê-se que, os agentes de segurança poderiam colaborar significativamente, caso fossem treinados para, ao menos, fazer um bom trabalho no local de crime, de modo a colher informações preliminares, que deveriam ser obrigatoriamente repassadas aos autos de investigação criminal.

Em local de crime, são frequentes as deficiências na realização do isolamento e da preservação da área imediata. Os policiais transitaram na área de processamento, mesmo na presença dos peritos. Os policiais militares usam fitas ou outros meios para o isolamento de área, mas não tomam medidas mais modernas para evitar a contaminação ou a alteração do local de crime, de modo que, por desinformação e por impulso, não preservam as objetos e as evidências eventualmente coletados ou encontrados no local. De outra forma, não é incomum que socorristas do serviço médico de urgência violem a cena de crime e destruam vestígios, limpando o local e o corpo da vítima.

Os policiais não estabelecem rotas de entrada ou saída do local de crime. Em geral, os policiais não sabem como proceder na cena de crime, circulando constantemente próximo aos vestígios do delito.

52 Guaracy Migardi, “A investigação de Homicídios: *construção de um modelo*”, págs. 39-46.

53 Meneghini Ferraresi, “Investigação Policial de Homicídios: *análise de métodos, técnicas e do procedimento policial*”, pág. 58.

Normalmente, os policiais militares fazem anotações sobre toda e qualquer informação com o propósito precípua de realizar relatórios a unidade policial militar, sem quaisquer garantias de que tais informações sejam repassadas à Polícia Civil, de forma automática e espontânea.

É comum a atuação do serviço reservado da Polícia Militar na apuração de crimes. Em geral, as informações obtidas pela Polícia Militar não são repassadas a Polícia Judiciária ou ao Ministério Público, somente servem para atuação da própria Polícia Militar que organiza e executa operações próprias, levando o resultado das prisões e apreensões em flagrante a autoridade judiciária. Assim, mesmo com necessidade de cooperação em local de crime, existe desarticulação operacional entre policiais civis e policiais militares.

A equipe plantonista de local de crime (que normalmente cobre vastas extensões do perímetro urbano) somente consegue informações incipientes sobre organizações criminosas e seus integrantes, eis que tais informações ficam concentradas, registradas ou não, em unidades policiais específicas ou locais, ou apenas um grupo específico de policiais possuem acesso ou detém referidas informações. Deste modo, a equipe plantonista de local de crime não possui dados informatizados sobre a atuação de criminosos na área onde ocorrem os delitos, utilizando-se, de forma cotidiana, de fragmento de informações repassadas pessoalmente por outros policiais.

O trabalho de isolamento é dificultado pela concentração demasiada de populares em torno do local de crime. Existe uma curiosidade mórbida que atrai tantas pessoas, o que pode ser descrito como a *cultura da morte*, em que as pessoas, inclusive crianças e adolescentes, demonstram um fascínio pela violência e pelo corpo ensanguentado da vítima. Logo após a retirada do corpo, rapidamente, os populares se dispersaram, voltando a uma aparente normalidade, como se houvesse, simplesmente, encerrado um espetáculo de horrores. Assim, aumentar ao máximo o isolamento do local de crime e preservar o corpo da vítima com obstáculos visuais seriam medidas essenciais para tranquilidade dos trabalhos e preservação da ordem pública.

É fundamental que a vítima seja preservada da exposição pública, inclusive impedindo a filmagem pelos meios de imprensa. O art. 91, inciso I do

projeto estabelece que é direito da vítima “ser tratada com dignidade e respeito condizentes com a sua situação”. A filmagem do corpo da vítima, ainda que seja veiculada de modo desfocado, deveria ser impedida por lei.

Regras mínimas para preservação, coleta de provas em local de crime e cooperação policial poderiam colaborar substancialmente para a qualidade da investigação criminal de crime de morte intencional, para confiabilidade no trabalho policial e para aplicação da lei penal, gerando consequências positivas a sensação de segurança pública e ao bem-estar social.

VII – DA INEFICIÊNCIA DO MODELO POLICIAL DE INVESTIGAÇÃO E DE PROCESSO PENAL ADOTADO NO BRASIL

Algumas emendas ao projeto apresentadas por deputados ligados à área de segurança pública podem causar uma situação de confronto entre interesses corporativos. Por exemplo, a emenda apresentada pelo Deputado SUBTENENTE GONZAGA requer a substituição das expressões “Delegado de Polícia” por “Autoridade Policial” no corpo do projeto. O deputado entende que deve ser preservada a expressão “autoridade policial” para denominar os responsáveis pela investigação criminal, como já consagrado no CPP vigente.⁵⁴ No mesmo sentido é a emenda do Deputado MAJOR OLÍMPIO, argumentando os delegados não possuem atribuição exclusiva para investigação criminal.⁵⁵

Para além de uma interpretação restritiva da Constituição Federal, já rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, a função de polícia investigativa não é de exclusividade da Polícia Civil, eis que até o Ministério Público possui poderes investigativos.

Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, “O art. 144 da carta de 1988 não estabelece o monopólio da função investigativa à polícia e sua interpretação em conjunto com o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal legitima a atuação investigativa do parquet”⁵⁶

54 <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079275>> acesso em 18/08/2016.

55 <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2081283>> acesso em 25 de agosto de 2016.

56 AP 611, DJe 10/12/2014.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a legalidade de relatórios da Polícia Militar para embasar processos de crime de menor potencial ofensivo, quando o Estado se obriga a utilizar o contingente da Polícia Militar, em face da deficiência dos quadros da Polícia Civil.⁵⁷

O STJ já afirmou que: “A Constituição da República diferencia as funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, sendo que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à polícia federal e à polícia civil, evidenciando a legalidade de investigações realizadas pela polícia militar”⁵⁸. Assim, as atividades da polícia militar podem ser reconhecidas como de polícia investigativa, eis que o enfoque do policiamento não elimina a função investigativa, que, de qualquer modo, deve ser submetida ao controle administrativo externo do Ministério Público e pelo controle judicial do Poder Judiciário.

Da mesma forma, o STJ admitiu a utilização de “elementos informativos obtidos pela agência de inteligência da polícia militar” para embasar inquérito policial da polícia civil.⁵⁹ O STJ admitiu a validade de interceptações telefônicas requisitadas ou realizadas por policiais militares, desde que autorizadas judicialmente. Para tanto, os Ministros do STJ ponderaram as diferentes realidades encontradas nas Unidades da Federação, quais órgãos ou unidades administrativas teriam a estrutura necessária, ou mesmo as melhores condições para executar interceptações telefônicas.⁶⁰

A disputa pelo controle da investigação entre polícias e entre polícias e Ministério Público é um dos principais defeitos do sistema de persecução criminal. Como já mencionado, o STF admite a investigação realizada pelo Ministério Público, contudo, não há legislação sobre o assunto.⁶¹

Segundo o modelo chileno, bem descrito por FERNANDA RAVAZZANO, a “investigação é conduzida pelo *parquet* com o auxílio da polícia, não existindo a

57 HC 7.199/PR, DJ 28/09/1998, p. 115.

58 REsp 332.172/ES, DJe 04/08/2008.

59 HC 256.118/SC, DJe 09/06/2014.

60 RHC 28.281/SP, DJe 01/03/2013; HC 222.963/SP, DJe 23/08/2013; e RHC 40.983/SC, DJe 19/11/2014.

61 O Deputado Carlos Sampaio apresentou emendas prevendo a investigação criminal pelo MP – <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2093594>> e <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2093595>> acesso em 19/08/2016.

discussão de quem preside o inquérito.”⁶² Assim, a mudança cultural deveria ser o ponto crucial da reforma do código de processo penal.

Não obstante a necessidade e a obrigatoriedade de cooperação, as polícias e o Ministério Público costumam manter um cotidiano de rivalidades. A Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, estabelece como um dos meios de prova a “cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal” (art. 3º, inciso VIII, da referida lei). Em verdade, para GUILHERME NUCCI (2015, p. 47), a cooperação entre instituições e órgãos “[...] não concerne ao cenário dos meios de prova [...] é decorrência lógica do funcionamento da máquina estatal, além de constituir uma ação positiva de colaboração e não um mecanismo de demonstração da verdade de um fato.”⁶³

A cooperação entre polícias e Ministério Público não está limitada a investigação de crimes praticados por organização criminosa, podendo ser aplicável em qualquer modalidade criminosa e em qualquer fase da persecução penal. Na investigação do crime de homicídio, a cooperação é essencial para descoberta da autoria. Apesar disto, integração entre forças policiais e destas com o Ministério Público encontram obstáculos corporativos que inviabilizam qualquer tentativa de reforma da lógica do sistema de persecução.

A ausência de reforma das instituições policiais agrava o quadro de desajuste dos órgãos responsáveis pelo controle da criminalidade. Brasil e Portugal possuem organizações policiais que se assemelham, por suas matrizes civil e militar. Contudo, somente em Portugal, todos os órgãos policiais funcionam como polícias de investigação de competência genérica, sem prejuízo da competência específica de outros órgãos policiais, e funcionam sob a orientação do Ministério Público, segundo a Lei de Organização da Investigação Criminal (Lei n.º 49/2008)⁶⁴. A mencionada lei estabelece o dever de cooperação mútua entre os órgãos policiais, no seu artigo 10º. O órgão policial, que não possui competência para investigação

62 Fernanda Ravazzano, “A experiência no Chile e a busca por um sistema acusatório no Brasil” - <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatorio-no-brasil/>> acesso em 19/08/2016.

63 Guilherme Nucci, “Organização criminosa”, pág. 47.

64 <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/lei-49-2008-de-27-de/downloadFile/file/lei%2049.2008.pdf?nocache=1219825154.6>>. Data de acesso: 25/08/2016.

de determinado delito, deve praticar os atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova (art. 5º, item 1º, da Lei n.º 49/2008).

Em Portugal, a Polícia Judiciária (PJ) é responsável pela investigação dos crimes mais graves, entre os quais, os “crimes dolosos ou agravados pelo resultado, quando for elemento do tipo a morte de uma pessoa” (artigo 7º, item 2, letra a, da Lei n.º 49/2008). Por sua vez, à Guarda Nacional Republicana (GNR) e à Polícia de Segurança Pública (PSP) competem a investigação dos crimes cuja competência não esteja reservada a outros órgãos de polícia criminal.

O artigo 11º da Lei n.º 49/2008 ainda obriga a criação de “um sistema integrado de informação criminal que assegure a partilha de informações entre os órgãos de polícia criminal”, tornando real a cooperação entre as instituições.

No Brasil, cada uma das polícias possui um sistema próprio de comunicações e de informações, que não dialogam entre si, de modo que o registro oficial dos crimes possuem fontes distintas⁶⁵. O Ministério Público, a reboque da investigação criminal realizada pela polícia judiciária, normalmente, não possui sequer sistemas próprios de informações sobre crimes.

Todos os órgãos policiais portugueses exercem o ciclo completo da atividade policial, a PJ, com mais ênfase na investigação criminal, e a GNR e PSP, focadas no policiamento. Contudo, o mais fundamental é que a legislação portuguesa estabelece o dever de cooperação mútua, de modo que os membros de todos os órgãos policiais são responsáveis pela investigação criminal, tudo sob a orientação do Ministério Público, a quem cabe a acusação.

No Brasil, com o arquivamento da Proposta de Emenda à Constituição nº 37, de 2011 (conhecida como PEC 37), foi aprovada a Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013⁶⁶, que estabeleceu a condução da investigação criminal pelo delegado de polícia, nada dispondo sobre a atuação dos demais policiais, sejam da polícia civil ou da polícia militar. MARCOS ROLIM explica que:

A bipartição do ciclo impede que os policiais encarregados da investigação tenham acesso às informações coletadas pelos patrulheiros. Sem profissionais no policiamento ostensivo, as Polícias Cíveis não podem contar com um competente sistema de coleta de informações. Não por outra razão, recorrem com tanta frequência aos “informantes” – quase sempre pessoas que mantém ligações com o mundo do crime, condição que empresta à

65 Luís Flávio Saporì, “Por que cresce a violência no Brasil?”, pág. 93.

66 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm> acesso em 26/08/2016.

investigação limitações estruturais e, com freqüência, dilemas éticos de difícil solução. As Polícias Militares, por seu turno, impedidas de apurar responsabilidades criminais, não conseguem atuar efetivamente na prevenção vez que a ostensividade – ao contrário do que imagina o senso comum – não previne a ocorrência do crime, mas o desloca (potenciais infratores não costumam praticar delitos na presença de policiais; mas não mudam de ideia, mudam de local)⁶⁷.

Apesar disso, MARCOS ROLIM (2006) duvida que a unificação das instituições policiais possa gerar efeitos positivos, eis que “*tenderia a somar os defeitos das instituições que temos, subtraindo suas virtudes*”⁶⁸.

Em verdade, a hipótese é que a unificação das polícias estaduais tenderia para a *militarização* da polícia civil (eis que menor em contingente) e em um desvirtuamento da investigação criminal (eis que se adotariam as técnicas de investigação da cultura militar), o que poderia resultar em um fracasso institucional e organizacional.

As polêmicas quanto a autoridade que dirigirá a investigação criminal são desnecessárias no procedimento dos crimes dolosos contra a vida. Afinal, para os jurados pouco importará se a prova é produzida por policial ou membro do MP.

Melhor seria que os agentes de segurança pública e os membros do Ministério Público cooperassem entre si, como ocorrem nos sistemas persecutórios dos países de forte tradição democrática como os Estados Unidos da América e os Europeus, em que as diferentes polícias de investigação e de policiamento fazem o ciclo completo da atividade policial (cada uma em um foco específico), funcionando todas como polícias de investigação de competência genérica, sob a orientação do Ministério Público, a quem cabe a promoção da ação penal pública.

A ausência de um modelo moderno e eficiente de polícia de investigação é uma das facetas que evidenciam a baixa qualidade da coleta da prova em sede policial, e o que demanda numa baixa expectativa de punição. O índice de esclarecimento de autoria e de materialidade dos crimes de homicídio é estimado entre 5% e 8%, segundo dados do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Ministério da Justiça (MJ). Nos Estados Unidos e na Europa os índices de esclarecimento superam 70% dos casos⁶⁹.

67 Marcos Rolim, “Laranjas Cortadas não Param em Pé: as razões pelas quais o Brasil precisa de um novo modelo de polícia”.

68 Idem.

69 Luís Flávio Saporì, “Por que cresce a violência no Brasil?”, pág. 86.

Assim, de muito pouco adiantaria criar um modelo de juizado de instrução, como ocorre no processo penal chileno, se não houver uma reforma substancial na forma de investigação criminal, em que todas as polícias pudessem realizar o ciclo completo da atividade policial e em que o Ministério Público assumisse de forma completa a orientação da investigação criminal.

VIII – CONCLUSÃO

O presente trabalho é apenas uma contribuição para melhor entender o que poderá significar a Reforma do Código de Processo Penal.

Apesar de suas inovações, há evidentes falhas na manutenção de avanços obtidos com a reforma processual penal concretizada no ano de 2008.

Entre as mais positivas inovações da investigação criminal, destacam-se 1) gravação de depoimentos dos investigados, de vítimas e testemunhas por meio de gravação eletrônica; 2) a possibilidade de investigação privada (ou investigação defensiva) e a obrigatoriedade da presença de defensor no interrogatório dos investigados, que pode inserir no meio jurídico uma cultura mais latente de presença e de participação da defesa na investigação criminal, tornando o contraditório e ampla defesa mais presente na fase investigativa; e 3) a possibilidade de mais *informalidade* na realização das diligências investigatórias, de modo que sejam realizadas de “forma objetiva e no menor prazo possível, sendo que as informações poderão ser colhidas em qualquer local, cabendo ao delegado de polícia resumi-las nos autos com fidedignidade, se obtidas de modo informal” (art. 29).

Por outro lado, o projeto não faz referências de uma importante atribuição da autoridade policial, existentes no vigente CPP, ou seja, “averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação do seu temperamento e caráter” (art. 6º, inciso IX). Da mesma forma, o projeto silencia sobre a necessidade de “colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.”, disposição prevista no art. 6º, inciso X, do CPP, incluído pela Lei nº 13.257, de 2016.

O projeto ainda esquece de manter dispositivos importantes do vigente CPP para evitar demora no processamento dos processos como: 1) a multa por abandono de causa (art. 265, do CPP); b) a citação por hora certa (art. 362). O projeto ainda olvida a necessidade de estabelecer as fontes para elaboração dos quesitos, o que pode ensejar questionamentos e nulidades.

Vê-se que o projeto não mantém atribuições importantes previstas ainda no texto original do vigente CPP e não foi atualizado ao longo dos anos de tramitação.

De qualquer modo, por mais que sejam acolhidas emendas que visem aprimorar o texto, o projeto de lei não será suficiente para alterar o grave quadro institucional e social de impunidade e insegurança pública, se não houver uma mudança no modelo de polícia e de investigação criminal, sob a orientação estreita do Ministério Público.

O projeto de código falha em não promover garantias satisfatórias de coleta de provas em local de crime letal intencional, pois deveria imputar a tarefa a todos os policiais, de forma indistinta, e não apenas ao delegado de polícia.

O projeto ainda não assegura o julgamento célere dos processos de crime de homicídio, eis que mantém procedimentos de repetição da prova produzida na investigação criminal. O projeto ainda mantém um sistema recursal ainda mais complexo do que o previsto para os crimes comuns, o que, na prática, torna ainda mais demorada a conclusão dos processos da competência do Tribunal do Júri.

IX – ABSTRACT

The reform of the code of criminal procedure (CPP), which is being dealt with under the bill 8045/2010 of the House of Representatives is an opportunity to modernize the criminal process, making it faster and effective in crime control. However, the project innovates in some points, but don't approve good practices already adopted in applicable law. The project offends constitutional principles, as the offenders right to fully defend and the secrecy voting jury, when restricts the right to talk about evidence and when requires the jury to deliberate on vote. The creation of the the judge responsible for setting bail will bring more difficulties for the functioning of Criminal Justice, because denies the judicial role of work in main procedure (criminal

action), even knowing that the judge can maintain impartiality. Anyway, the judge of the freedoms is innocuous and unnecessary in cases of felonies murder, behold, the merit will always be decided by the jury. The bill has yet to bring advances as regards low-capacity-fighting police investigative and delay in completion of the processes of the competence of the Court of jury. The CPP reform should mean the maintenance of the legal provisions already provided under laws that changed the CPP in 2008 and the advancement to ensure efficiency in the collection of evidence in crime scene and ensure that the murder case did not take for years to complete.

X – REFERÊNCIAS

Livros

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., 2ª tiragem. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; e PINTO, Ronaldo Batista. **Tribunal do Júri: procedimento especial comentado por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª ed., 2ª tiragem. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral**. 3ª ed. Atlas, 2015. E-Book. Disponível em <<http://www.livrariacultura.com.br/p/garantismo-penal-integral-96391541>> Acesso: 26 ago. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 2ª ed.. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SAPORI, Luís Flávio. **Por que cresce a violência no Brasil?** Belo Horizonte: Autêntica Editora: Editora PUC Minas, 2014.

Fontes da internet

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**. Artigo publicado na: Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 40. <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp->

<content/uploads/2015/07/O-Juiz-de-Garantias-na-Interpretacao-do-TEDH.pdf>> Data de acesso: 19/08/2016.

ANUÁRIO Brasileiro de Segurança Pública 2014.
<<http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/8o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica>>. Data de acesso: 19/08/2016.

MIGARDI, Guaracy. **A investigação de Homicídios: construção de um modelo.** Relatório Final do Concurso de Nacional de Pesquisas Aplicadas em Justiça Criminal e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Segurança Pública, São Paulo, dezembro de 2005. <http://www.periciaoficial.al.gov.br/legislacao/artigos-pesquisas-cientificas-e-livros/invest_homic_guaracy.pdf>. Data de acesso: 19/08/2016.

RELATÓRIO Nacional da Execução da Meta 2: *um diagnóstico da investigação de homicídios no país.* Brasília, 2012.
<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_ensap_FINAL.pdf>. Data de acesso: 19/08/2016.

ROLIM, Marcos. **Laranjas Cortadas não Param em Pé: as razões pelas quais o Brasil precisa de um novo modelo de polícia.** 2006
<http://rolim.com.br/2006/index.php?option=com_content&task=view&id=836&Itemid=3>. Data de acesso: 19/08/2016.

SILVA, Larissa Marília Serrano da. **A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.
<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-99QJAH/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf?sequence=1> Data de acesso: 19/08/2016.