

A REFORMA PROCESSUAL PENAL. UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

*Paulo Quezado**

RESUMO

Neste artigo são analisados dois aspectos fundamentais da reforma processual penal: a investigação criminal e a prova

Palavras-chave

Reforma processual penal. Investigação criminal. Prova

ABSTRACT

This article analyzes two of the more important aspects of the Criminal Law Reform: the criminal investigation and the prove

Key-words

Criminal Law Reform. Criminal investigation. Prove

1. INTRODUÇÃO

Na condição de Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, recebemos o honroso convite de participar da Comissão de Estudos da Reforma do Processo Penal e da Lei de Execuções Penais, na companhia dos juristas Cezar Roberto Bitencourt, Alberto Zacarias Toron e Jacinto Miranda Coutinho.

Dessa forma, aproveitamos a oportunidade para estender crítica da comunidade jurídica de nosso País, linhas gerais do voto que proferimos, junto ao Conselho Federal da OAB, em processo encaminhado pela Câmara dos Deputados Federais, no qual analisamos dois pontos fulcrais da reforma processual penal: a investigação criminal e a prova.

Os projetos de lei que versam sobre tais matérias — PL n° 4.209/2001 e PL n° 4.205/2001 — após amplo debate pelos diversos segmentos da sociedade,

* Advogado em Fortaleza-CE.

com destaque na III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal ocorrida em Brasília, em agosto do ano 2000, apresentados à Câmara dos Deputados, em 12 de março de 2001, ainda sob o governo de Fernando Henrique Cardoso, já foram aprovados pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Os projetos trazem a autoria de uma Comissão de notáveis das letras jurídicas deste País: Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nizardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (substituído por Rui Stoco), Rogério Laura Tucci e Sidney Beneti. Tendo como expositor dos Motivos da reforma processual o Ministro de Estado e da Defesa José Gregori.

Na Exposição de Motivos de ambos os projetos de lei constam, de forma concisa, as seguintes justificativas da reforma: por fim ao obsoleto no desenvolvimento da investigação criminal, à burocracia excessiva, a superafetação de prazos e o caráter cartorial da investigação, o “inchaço” do inquérito policial, assegurar às partes maior participação nas atividades processuais, principalmente na formação do conjunto probatório; dispor sobre os pressupostos da permissão judicial para a prova antecipada prevista no art. 156; fixar expressamente a vedação e os limites de aceitação das provas ilícitas; simplificar a realização da prova pericial; agilizar o procedimento de produção de prova testemunhal.

Em suma, essas as motivações da reforma ao Código de Processo Penal de 1941, no que tange especificamente à investigação criminal e à prova, sobre as quais deitaremos nossa análise confrontando-as com as propostas legislativas oferecidas.

2. A REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA E O CÓDIGO-MODELO PARA IBERO-AMÉRICA

Não se pode desprezar a história, do contrário não se conhecerá o presente e nem se conseguirá projetar o futuro.

Não seria absurdo afirmar que o PL n° 4.209 tem seu nascedouro na década de 70, pois traz em sua essência os ideais do Anteprojeto do Código de Processo Penal, daquela época, de autoria de professores que estabeleceram as vigas mestras do processo penal deste País: José Carlos Moreira Alves (coordenador da comissão de estudos legislativos), José Frederico Marques (relator), José Salgado Martins e Benjamin de Moraes Filho.¹ Além do que, também buscou inspiração no Código-Modelo de Processo Penal para a Ibero-América (ou somente Código-Modelo).

Mas o que vem a ser o chamado Código-Modelo? Movidos pelo sonho da uniformidade legislativa, as comunidades ibero-americanas entenderam de criar

¹ Diário Oficial da União, suplemento ano 118, de 29/05/1970.

uma legislação que, como o próprio nome já diz, se apresentasse como modelo a todos os países que a compõem. O que, de certa forma, conduziria tais países a uma maior garantia da segurança e da justiça na aplicação do direito. A Prof^a. Ada Pellegrini Grinover participou ativamente da elaboração desse Código, cujo projeto foi apresentado nas XI Jornadas Ibero-americanas de 1988, no Rio de Janeiro, e posteriormente discutido nas XII e XIII Jornadas ocorridas em Mérida, na Espanha, em 1990, e em Cuernavaca, no México, em 1992. Diz-se também que o Código-Modelo formou-se com base nas propostas das V Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, em Bogotá-Cartagena, 1970²

Na síntese da Prof^a. Ada Pellegrini, o Código-Modelo surgiu como:

um modelo institucional que se serve de uma proposta básica, mas ao mesmo tempo concreta e operativa, dos mecanismos aptos a solucionar pacificamente os conflitos sociais, por intermédio dos órgãos jurisdicionais. A elaboração, especificamente, de um Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América significa atender à imperiosa exigência de estimular um profundo movimento de reforma em todos os países da comunidade hispano-luso-americana que, em grande parte, ainda estão atrelados ao processo penal antigo, em que a justiça penal tem funcionado segundo um modelo alienado do controle social e da transparência democrática. Um modelo apegado a ritos superados e a fórmulas inquisitoriais, no qual continuam a prevalecer a falta de respeito à dignidade humana, a delegação das funções judiciárias, o segredo, a ausência de imediação, e todas aquelas características que repugnam ao processo penal moderno³.

As propostas do Código-Modelo são o reflexo, com poucos adendos, do previsto pela reforma processual penal brasileira, que já se arrasta há anos no Congresso Nacional. Em suma, indica Ada Pellegrini: a) a ênfase ao respeito à dignidade do suspeito ou acusado; b) adoção do modelo acusatório; c) transparência dos procedimentos; d) a busca de eficiência do processo; e) a desburocratização da organização judiciária; f) a participação popular na administração da justiça; g) diversos mecanismos de seleção de casos; e h) a globalidade da reforma⁴.

Após 1970, o então Ministro da Justiça Maurício Corrêa nomeou Sálvio de Figueiredo Teixeira, à época Presidente do Superior Tribunal de Justiça, para presidir a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal⁵. A Comissão, formada com vista aos fins de simplificar e acelerar o processo penal, apresentou 17 Anteprojetos. Os Anteprojetos de 1994, na suma teleológica de Eduardo Reale,

² Na obra, *O processo em evolução*, publicada pela editora Forense, a Prof. Ada Pellegrini Grinover fala sobre a origem, os propósitos e os pontos importantes do projeto Código-Modelo.

³ GRINOVER, A. op. cit., p.207

⁴ GRINOVER, A. op. cit., p.208.

⁵ Os detalhes desse histórico podem ser lidos na obra de Eduardo Reale Ferrari, *Código de Processo Penal: comentários aos projetos de reforma legislativa*, publicada pela editora Millennium, em 2003.

tinham como alvo mor resguardar o “garantismo e eficiência, compreendido o primeiro como observância rigorosa dos direitos das partes e sobretudo da defesa, visando a que a função jurisdicional se legitimasse por intermédio de um processo que primasse pelo *due process of law*, constituindo a eficiência sinônimo de instrumentalidade da persecução penal, com primazia aos meios de aferição da inocência do acusado, demandando vias processuais mais simples, acessíveis, racionais e céleres”⁶.

Vira e mexe daqui e acolá, com mudanças significativas pelo Executivo e os projetos retornando ao Legislativo, fato é que, chegando ao governo Fernando Henrique Cardoso, seu Ministro da Justiça, Nelson Jobim, argumentando que os projetos deveriam ser analisados à luz da Lei dos Juizados Especiais, retirou-os do acalorado trâmite legislativo no Congresso Nacional. Felizmente, em 1999, por empenho do novo Ministro da Justiça, José Carlos Dias, a reforma processual penal voltou à mesa dos debates legislativos, encaminhando ao Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) solicitação de propostas à reforma. Igual força de vontade encontrou-se em seu sucessor, o Ministro José Gregori.

O Ministro José Carlos Dias criou a Comissão que inicialmente citamos, tendo em sua presidência a jurista Ada Pellegrini Grinover. No final de mais algumas idas e vindas, sobraram apenas 07 Anteprojetos de reforma do CPP, todos de 2001, que são os seguintes, conforme a ordem das matérias codificadas:

- 1.PL 4.209 – sobre a investigação criminal;
- 2.PL 4.208 – sobre a prisão, as medidas cautelares e a liberdade;
- 3.PL 4.204 – sobre o interrogatório do acusado e defesa efetiva;
- 4.PL 4.205 – sobre a prova;
- 5.PL 4.207 – sobre a suspensão do processo, a *emendatio libelli*, a *muttatio libelli* e novos procedimentos;
- 6.PL 4.203 – sobre o Júri;
- 7.PL 4.206 – sobre os recursos e as ações de impugnação.

Mas será que historicamente o País está preparado para tal reforma processual? Vê-se como realmente necessária referida reforma?

3. O CLAMOR DO ESTADO MODERNO POR UMA REFORMA PROCESSUAL PENAL

O homem produz história e, ao mesmo tempo, é moldado pela história. Não há como distanciá-lo dos valores dominantes de seu tempo. Assim, tudo

⁶ FERRARI, E. op. cit. p. 2.

que elabora leva a marca axiológica de sua época. Dessa forma, o direito também, como produto humano que é.

A partir de 1937, instaurou-se no Brasil uma forma de governo tida como “forte”, autoritária, centralizadora, sob o comando de Getúlio Vargas, que se estendeu até 1945. Era o chamando “Estado Novo”. A época também marcava-se pela influência global da Segunda Guerra Mundial. E apesar do País declarar guerra contra a Alemanha e a Itália, agia-se internamente conforme a ideologia fascista, com o fechamento de partidos políticos, censura à imprensa, palavras de ordem contra todo aquele que se punha contra a política do Governo, culto à personalidade do chefe, populismo, nacionalismo etc.⁷

Nesse clima político, em que a liberdade como direito fundamental é o que menos se vira preservar, foi que surgiu nosso atual Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. O Ministro da Justiça, autor da Exposição de Motivos, fora o jurista Francisco Campos, respeitado homem de ciência que acreditava que os interesses nacionais só poderiam ser identificados e concretizados por uma elite intelectualizada composta de técnicos, políticos e militares. Seu pensamento vem sintetizado na frase transcrita pela Professora em Ciência Política, da Universidade Federal Fluminense, Maria Celina D´Araújo, que diz: O regime político das massas é a ditadura.⁸

O pensamento de Francisco Campos, de certa forma legitimando aquele Estado ditatorial, vem expresso na Exposição de Motivos do CPP/1941⁹:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.

E por fim, conclui o Ministro:

...Se ele (CPP) não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais. (Parêntese nosso.)

Não há dúvida, portanto, que o CPP de 1941 nasceu sob o forte influxo do perfil ditatorial do “Estado Novo”. O que, à evidência, frente à presença de um Estado “forte”, não há muito para comemorar em prol dos direitos e garantias

⁷ D´ARAÚJO, Maria Celina. *A era Vargas*. São Paulo: Moderna, 1997. Ver também: ROIO, José Luiz del. *O que todo cidadão precisa saber sobre o fascismo*, São Paulo: Global, 1987.

⁸ D´ARAÚJO, M. op. cit. p. 93.

⁹ CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do CPP/1941*. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 10 de dezembro de 2006.

fundamentais, além de muitos outros aspectos analisados a partir do princípio do devido processo legal. Sendo assim, a reforma é mais do que necessária e já chega com largo atraso, pois o caráter democrático do Estado moderno fez comprometer parcela considerável do CPP vigente. O ideal, portanto, seria que a reforma viesse de forma completa e não “há retalhos”, permitindo maior alcance sistêmico da matéria.

Reformas pontuais como essa trazem o risco de violações flagrantes aos princípios constitucionais que informam o processo penal, como foi o caso da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que criou “nova hipótese de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal”, mas felizmente já julgada inconstitucional pelo STF (ADIs 2860 e 2797, ambas de 2005, Informativo 401).

4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REGENTES DO PROCESSO PENAL

Uma reforma legislativa só alcançará êxito se estiver criteriosamente em harmonia com a Constituição do País. Destarte, falar em reforma processual penal é antes falar dos princípios constitucionais que orientam o sistema processual penal.

As reformas pontuais em desenvolvimento, nos campos da investigação criminal e da prova, devem ser informadas principalmente pelos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da jurisdiicionalidade (art. 5º, LXI), da presunção de inocência (art. 5º, LVII), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do razoável prazo do processo (art. 5º, LXXVIII), da vedação à prova ilícita (art. 5º, LVI); tudo isso à luz da linha mestra do sistema acusatório.

Todos esses vetores, em sua essência, vão contra as características do processo penal vigente, apontadas ordenadamente por Pacelli¹⁰, para quem a presunção de culpabilidade norteou toda a elaboração do Código de Processo Penal. Conseqüentemente, trata-se o acusado como potencial e virtual culpado, faz-se prevalecer a segurança pública frente à garantia da liberdade individual, transforma-se o juiz em investigador pelo impulso de uma verdade “real” utópica, o ranço inquisitivo do interrogatório do réu, enfim, tudo aquilo que se extrema da ideologia do Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 rompeu com o autoritarismo do processo penal de 1941, trazendo um conjunto de princípios e regras conduzidos pelo equilíbrio entre — como diz a Prof^a. Ada Pellegrini — “os dois valores fundantes do novo processo penal no mundo inteiro”: o garantismo e a eficiência. O “garantismo, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos públicos das partes, e, sobretudo

¹⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3ª ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2004, p. 7.

da defesa, como no enfoque objetivo de tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Eficiência, que se desdobra em efetividade do processo penal, como instrumento da persecução penal, e em eficácia dos direitos fundamentais, também tutelado por intermédio do processo¹¹.

Sobre a temática do garantismo penal, discorre longamente Ferrajoli¹², para quem, em última análise, uma teoria do garantismo penal está jungida obrigatoriamente ao Estado de Direito Democrático e não apenas ao Estado de Direito, sinalizando para um mínimo de poder ao Estado e um máximo de liberdade ao indivíduo, e que o Estado, em sua atuação, vincula-se não só à legalidade por um prisma formal, mas também substancial, devendo canalizar sua atuação em prol da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Com o garantismo, a ordem política toma rumo diferente, agora em prol dos direitos e garantias fundamentais ou, melhor dizendo, nas palavras conclusivas de Merlin Clémerson Clève, ao escrever sobre os novos paradigmas do direito constitucional, “a Constituição deixa de ser um documento do Estado e para o Estado para afirmar-se como documento também da sociedade e, por isso mesmo, do ser humano dotado de dignidade. O Estado é instrumento a serviço do homem, e não o contrário¹³”.

A técnica processual, então, para operacionalizar os valores do garantismo e da efetividade é o sistema acusatório. Enquanto no sistema inquisitivo, as funções primordiais do processo penal (investigar, acusar e julgar) concentram-se em uma só pessoa; no sistema acusatório, quem investiga difere de quem acusa, que, por sua vez, não se identifica com o julgador. Isso por uma razão simples: “Um país democrático evidentemente deve possuir, até porque a Constituição assim o obriga, um Código de Processo Penal que adote o sistema acusatório, eminentemente garantidor¹⁴”.

Através do princípio da unidade constitucional, podemos entender como consequência natural de um país democrático a adoção do princípio do devido processo legal, que, por sua ampla dimensão, formal e material, conduz o intérprete e aplicador da interpretação legal aos demais princípios influentes no processo penal. A Constituição dispôs, no art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa”. O contraditório que hoje, pelo novo processo penal ou processo penal constitucional, deve ser visto também como a garantia

¹¹ GRINOVER, A. *op. cit.* p. 206 e 216.

¹² FERRAJOLI, Luigi *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. Prefácio da 1ª edição de Norberto Bobbio. São Paulo: RT, 2006, p. 785-832.

¹³ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Direito Constitucional, novos paradigmas, Constituição global e processo de integração*. In: *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho*. BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Gérson; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.). São Paulo: Malheiros Editores; Fortaleza: Faculdade Christus, 2006. p. 39

¹⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito ao devido processo legal*. In: *Princípios penais constitucionais*. Ricardo Augusto Schmitt (org.). Salvador: JusPodivm, 2007, p. 127

de uma participação simétrica das partes. E a ampla defesa, complementando o contraditório, que garante a efetividade dessa participação¹⁵.

Tão importante essa visão avançada da ampla defesa e contraditório, que o STF já declarou a nulidade de processo em que o defensor tinha se limitado em sua defesa a pedir a condenação ao mínimo legal. Por essa razão, tem sumulado que “a renúncia do direito de apelação, manifestação sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta” (705), e que “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo” (707). Tudo isso em prol da efetividade da ampla defesa.

Ainda no passo do devido processo legal, informa o princípio da jurisdiicionalidade que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, que, mais especificamente, significa dizer que nenhuma prisão cautelar, fora a prisão em flagrante, pode ser decretada sem ordem judicial escrita e fundamentada (art. 5º, LXI e LIV, CF).

Outra garantia constitucional do novo processo penal é o princípio do juiz natural, participante importantíssimo do ideal almejado que é o processo justo. Por esse princípio, tem-se a exigência de que a competência judicial deve ser preestabelecida ao fato e, hoje, com a Constituição, que a competência seja prefixa pela Lei Maior e não por lei norma infraconstitucional. Dessa forma, observar-se-á o que o intento constitucional: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII). Fiel a esse princípio, decidiu o STF:

Considerando, ademais, que o § 2º do art. 84 do CPP veiculou duas regras — a que estende, à ação de improbidade administrativa, a competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do § 1º do citado artigo — concluiu-se que a primeira resultaria na criação de nova hipótese de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal, e, a segunda estaria atingida por arrastamento. Ressaltou-se, ademais, que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da CF, e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria. (Info 401, Pleno, ADIs 2860 e 2797)

O princípio da presunção de inocência, por seu turno, já previsto pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 9º), em 26 de agosto de 1789, é uma das vigas mestras do Estado garantista, protetor dos direitos fundamentais. Perfilhando o ensinamento de Ferrajoli, escreve Aury Lopes Jr. que a presunção de inocência é um “princípio fundamental de civilidade, fruto de opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de alguém culpável. Isso porque,

¹⁵ OLIVEIRA, E. op. cit. p. 23-24.

ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos”¹⁶.

Partindo da idéia de que o imputado é inocente, até que prove o contrário, há que dispensá-lo um tratamento de restrições mínimas de seus direitos fundamentais antes e durante o processo, ser tratado apenas como investigado durante as investigações criminais (e não como indiciado) e ser lançar todo o ônus probatório e da autoria nos ombros da acusação. Disposição legal que exija do investigado prova de sua inocência, até mesmo de excludentes de ilicitude e de culpabilidade, devem ter a constitucionalidade questionada.

Princípio que também informa a reforma do processo penal, o princípio do razoável prazo do processo encontra-se agora positivado nestes termos na Constituição: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (art. 5º, LXXVIII, EC nº 45/2004) O grande problema, que ainda persistirá, apesar do esforço do legislador constituinte reformador, diz respeito à ausência de um prazo demarcando o fim do processo. A pergunta que não calará: o que vem a ser razoável duração do processo? Atualmente, apenas a prisão provisória tem prazo limite fixado na legislação processual penal. Parece que a jurisprudência ainda ditará o limite temporal do processo. Ou não seria melhor dizer dilatará, tendo em vista que razões, como greve de serventuários da Justiça, expedição de cartas precatórias, pluralidade de réus, entre outras, têm sido alegadas para ultrapassar o limite de 81 dias para a conclusão da instrução criminal (STF – HC 78978/PI, STJ – RHC 19682).

Passemos, a partir de agora, a tecer considerações pontuais aos projetos indicados. Para isso, por razões didáticas, transcrevemos as propostas de cada artigo e, em seguida, comentamos.

5. ALTERAÇÕES PROPOSTAS AO CPP (1941) PELOS PLS 4.209/01 E 4.205/01

5. 1. Da investigação criminal

Conforme as alterações propostas pelo PL 4.209/2001, o Título II do Livro I do CPP ganhará um acréscimo a sua epígrafe, que passará a ser “DO INQUÉRITO POLICIAL E DO TERMO CIRCUNSTANCIADO”. O que, até certo ponto, parece tornar mais didático o uso do instrumento jurídico — Termo Circunstanciado, até pela fórmula de como elaborá-lo prevista no art. 5º do projeto. Além disso, não vemos a priori nenhuma incompatibilidade legal com a Lei 9.099/95 e seus princípios regentes (art. 2º).

Não se pode deixar de louvar a proposta no que toca à participação judicial

¹⁶ LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos de instrumentalidade constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 186.

no estágio pré-processual, pois de íntima sintonia com o sistema acusatório, o qual prevê a clara separação das funções de investigar, acusar e julgar. Pelo art. 4º do PL 4.209/01, ao juiz já não caberá mais requisitar a abertura de inquérito policial. Este somente poderá ser requisitado pelo Ministério Público, requerido pelo ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo ou aberto de ofício pela autoridade policial. O máximo que poderá ocorrer é o juiz enviar as informações que dispõe sobre o caso ao Ministério Público, que requisitará ou não a abertura do inquérito.

Assim, o projeto tenta preservar o princípio processual que muito contribui para o ideal do processo justo — a imparcialidade do juiz, antes mesmo do processo iniciar-se. Na ótica de Eduardo Reale, mudanças “com consequências inclusive na seara penal, vez que não poderá, no exercício do seu mister, ser sujeito ativo do crime de denúncia caluniosa e muito menos de falsa comunicação de crime ou contravenção, vez que não dará causa ou provocará a instauração da investigação criminoso”¹⁷.

Ainda nesse mesmo tema, também digno de louvor, porque fiel à essência do sistema acusatório e, conseqüentemente, à garantia constitucional da imparcialidade do juiz, a redação proposta ao art. 28 do CPP, não mais prevendo a participação ativa do juiz no procedimento de arquivamento do inquérito policial, requerido pelo Ministério Público.

Conforme a redação do art. 28 do CPP em vigor, se o Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito ou de quaisquer peças de informação, o juiz analisará as razões do arquivamento, podendo considerá-lo improcedente e remetê-lo ao procurador-geral para que este ofereça denúncia. Com a nova redação, o Ministério Público, convencendo-se de que não há base razoável para apresentar denúncia, promoverá o arquivamento do inquérito e remeterá, em 3 dias, cópias da promoção do arquivamento ao órgão superior do Ministério Público. Somente se ao fim for ratificada a promoção, o juiz cumprirá apenas o arquivamento, realizando atividade meramente administrativa. Enfim, tudo ficará sob os cuidados do titular da ação penal, o Ministério Público.

O § 1º, do art. 4º, do PL 4.209/01 acresce que o inquérito policial, no caso de ação penal pública, também somente poderá ser instaurado mediante requisição do Ministro da Justiça e que, no § 4º, o ofendido ou quem tiver qualidade para representá-lo poderá requerer o início das investigações não só à autoridade policial, mas também dirigir-se ao Ministério Público para que este a requirite. Portanto, o Projeto vem nesse ponto a estender a legitimidade para a abertura do inquérito policial.

Na linha do princípio da presunção de inocência, o PL 4.209/01 não utiliza mais a expressão “individualização do indiciado” para o requerimento de abertura das investigações criminais, mas “individualização do autor do fato”. No art. 6º, IV, o Projeto também trocou o “ouvir o indiciado...” por “ouvir o investigado”. Isso porque indiciado quer dizer, em última análise, sinal de indicação do autor

¹⁷ FERRARI, E. op. cit. p. 19.

do delito. Sérgio Marques de Moraes Pitombo traz o seguinte ensinamento:

indiciamento compõe-se, sob o ângulo etimológico, da palavra *indício*, forma divergente de *endz*, mais o sufixo *amento*. A voz substantiva *endez*, derivante do latim *indicii*, significa indicação, sinal revelação e autorização para fazer acusação, ou denúncia. *Amento* é sufixo formador de substantivos de ação, movimento que, no caso, guardando uma das funções latinas, possui idéia coletiva. Indicar, sob o enfoque antes mencionado, consiste, pois, em mostrar por vários indícios, permitindo acusação. Indiciamento é o ato, ou efeito, de assim o fazer¹⁸.

Pelo § 5º, art. 4º, do PL 4.209/01, haverá prazo (5 dias) para o recurso do indeferimento do requerimento de investigação criminal, o que, certa forma, enfraquece os poderes do delegado de polícia neste início da fase pré-processual, além do que fortalecerá o controle estatal sobre o indeferimento de abertura do inquérito, podendo o autor do requerimento indeferido também representar ao Ministério Público. Outro feliz reforço ao controle estatal à investigação, vem do dever de comunicar imediatamente ao Ministério Público a ocorrência de infração penal atribuída a policial (§ 7º, art. 4º do PL 4.209/01). Tudo isso, de certa forma, cumpre o mandamento constitucional de que cabe ao Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF).

Em prol do princípio do devido processo legal, da presunção inocência e, por conseguinte, do direito ao silêncio e do princípio do *nemo tenetur se detegere* (ninguém pode ser obrigado a participar de algo que o incrimine), o § 1º do art. 6º do PL 4.209/01 é constitucionalmente questionável, caso não se ressalve a possibilidade de o ofendido e o investigado aceitarem as medidas investigatórias previstas pelo art. 6º, como, por exemplo, a reprodução simulada dos fatos.

Concordamos com o relator, Deputado Federal Ibraim Abi-Ackel, para o aperfeiçoamento da redação legal, da substituição do termo *singelo* por *objetivo*, no § 3º, art. 6º, do PL 4.209/01.

Importante a proposta de fixação de um prazo para a abertura do inquérito policial (art. 9º PL 4.209/01), mas o problema será em saber quando a autoridade policial tomou ciência da infração penal para, a partir daí, começar a contagem do prazo de 10 dias para instauração do inquérito. Por essa previsível problemática, somos em favor da sugestão de Eduardo Reale, para quem se deve “estabelecer legislativamente, que não pode a autoridade policial deixar de se manifestar em prazo superior a dez dias contados do protocolo do requerimento de instauração de um inquérito policial por parte da vítima, destacando-se que, no caso de requisição por parte do Ministério Público, o prazo dever-se-á contar da data do protocolo de recebimento da requisição na Delegacia de Polícia...”¹⁹.

O art. 9º do PL 4.209 vem felizmente (§ 4º), embora já com muito atraso,

¹⁸ *Apud* FERRARI, E. op. cit., p. 25

¹⁹ FERRARI, E. op. cit. p. 19.

pôr fim ao burocrático envio dos autos do inquérito policial ao titular da ação penal, o Ministério Público, tirando o juiz da função de intermediário desse procedimento. Isso porque a proposta legislativa prevê que os autos do inquérito serão encaminhados diretamente ao Ministério Público, em 20 dias, sem prejuízo da continuidade e da realização de outras diligências tidas como necessárias, que serão especificadas pela autoridade policial, cujos resultados serão imediatamente transmitidos ao mesmo órgão. Ponto também que se harmoniza com o desiderato da reforma — desburocratizar o desenvolvimento da investigação criminal.

O art. 10, em seu § 1º, traz importante demonstração de que a reforma vem reforçar uma maior fiscalização da atividade policial por parte do Ministério Público, como prevê a Constituição (art. 129), pois, pela regra proposta, excedido qualquer dos prazos fixados à política judiciária, o fendido poderá, além de recorrer à autoridade policial, representar ao Ministério Público, com o fim de finalizar o inquérito e determinar a responsabilidade da autoridade policial e de seus agentes.

Na tentativa de pôr um ponto final a muitos absurdos cometidos na fase de investigação contra o direito à imagem, à vida privada e à intimidade do investigado (art. 5º, X, CF), o art. 20 do PL 4.209 dá um bom passo ao requerer da autoridade policial, do juiz e do Ministério Público, durante as investigações criminais, providências necessárias à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua exposição aos meios de comunicação. Resta saber se este dispositivo terá eficácia frente à avidez por Ibope de alguns meios de comunicação inescrupulosos deste País! Em tese, pelo menos, a regra é de perfeita sintonia com o Estado garantista, onde as garantias e direitos fundamentais estão acima qualquer interesse de mercado.

A incomunicabilidade do preso, vedação indiscutível proposta pelo art. 21 do Projeto, cumpre também os ditames constitucionais dos arts. 136, § 3º, e art.5º, LXVIII, da Constituição, sem as ressalvas previstas na redação atual do art. 21. Se nem durante o estado de defesa, o preso pode ser ficar incomunicável, nem se pode imaginar o contrário em dias de normalidade. Aceitar a incomunicabilidade do preso, seria negar ao investigado, por via oblíqua, todos seus direitos garantidos no art. 5º da Constituição e regressar aos idos do Estado inquisitor.

5.2. Da prova

O art. 155 do PL 4.205/2001 preserva o princípio do devido processo legal e, mais especificamente, o contraditório (paridade de armas) e a ampla defesa (efetiva participação das partes), ao vedar a fundamentação exclusiva da sentença nas provas colhidas na fase inquisitória. Isso porque nessa fase ainda não há a possibilidade de o investigado contraditar os elementos probatórios

colhidos contra ele. Tais elementos servirão apenas à formação da *opinio delicti* do Ministério Público. No entanto, caso tais provas sejam reiteradas na fase processual, não haverá obstáculo a que sejam utilizadas como fundamento da sentença penal.

Essa linha de entendimento do PL 4.205 só vem fortalecer o papel do julgador em um Estado de Direito de perfil democrático como nosso, onde se possibilita a simétrica participação das partes e que o magistrado aproxime-se o possível de uma convicção imparcial do caso concreto.

A Ada Pellegrini registra a seguinte realidade processual: “na prática é relevante a influência dos elementos do inquérito sobre a formação do convencimento do juiz”²⁰. E não somente sobre o juízo cautelar, mas também sobre o juízo de mérito. A razão disso, expõe a jurista: primeiro, porque o mesmo juiz é quem decide sobre a admissibilidade da acusação e sobre o mérito da causa; e segundo, porque os autos do inquérito vão apensados ao processo. Frente a essa constatação, propõe a criação de um juízo de admissibilidade diferente do juízo de mérito, prevendo uma fase processual preliminar conforme o Código-Modelo, que, após, ingressaria na fase seguinte sem os autos do inquérito, permitindo o juiz formar livremente sua convicção de mérito.

O art. 156 do PL 4.205 observa fielmente o princípio da presunção de inocência, quando impõe toda a carga probatória à acusação. A produção de prova cautelar, antecipada e irrepitível não deixará de observar o princípio do contraditório, embora de forma diferida, como assim já esclarece a Exposição de Motivos. No entanto, como medida de cautela frente às garantias constitucionais, o projeto exige do juiz que fundamente a decisão excepcional de se colher prova antecipada com base nos critérios que informam o princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade estrita). O que também vai de encontro ao princípio da persuasão racional. Aqui, mais uma vez, são postos limites constitucionais à atividade do Estado (juiz), em última análise, para que uma medida de teor excepcional não vire regra em pleno Estado Democrático de Direito e, assim, continue com as práticas do sistema inquisitivo, quando o juiz gozava de super-poderes.

Outra preocupação da reforma foi quanto à utilização das provas ilícitas no processo. A Constituição diz, no art. 5º, LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Bem, infelizmente o art. 157 do Projeto poderia ter tratado também das provas ilegítimas, pois há muito a doutrina e a jurisprudência vêm classificando as provas ilegais em ilícitas (quando violam direito material) e ilegítimas (quando violam direito processual). Por outro lado, a referida ausência não tira o brilho constitucional da redação proposta, que também prevê expressamente vedação ao aproveitamento das provas ilícitas por derivação, consagrando positivamente a teoria americana dos *fruits of the poisonous tree* (ou frutos da árvore envenenada), como inclusive

²⁰ GRINOVER, A. op. cit. p. 240.

o STF há muito vinha orientando seus julgados em torno da questão.

Adotamos, todavia, a sugestão de Pacelli²¹ no que toca ao perigo de uma vedação absoluta do uso das provas ilícitas por derivação. Diz o processualista que se todas as provas advindas da existência de crime forem tidas como ilícitas,

“será muito fácil ao agente do crime se furtar à ação da persecução penal. Bastará ele mesmo produzir uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, com violação a seu domicílio, por exemplo, para trancar todas e quaisquer iniciativas que tenham por objeto a apuração daquele delito então noticiado”.

Ao que propõe o autor,

“uma adequada tutela também dos direitos individuais que são atingidos pelas ações criminosas, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se toda a atuação estatal investigatória estaria contaminada, sempre, por determinada prova ilícita”.

Importante também foi o PL 4.205 preocupar-se em afastar o juiz que tomou conhecimento da prova ilícita da prolação da sentença (art. 157, § 3º). Assim, mais vez a imparcialidade judicial vê-se preservada, o que leva a maior garantia da efetivação de um processo justo.

A redação do art. 159, do PL 4.205, visando facilitar e agilizar a produção da prova, prevê apenas a necessidade um perito oficial, e não mais de dois, como encontra-se na redação processual vigente. A ser aprovada a redação do Projeto, o STF também terá que rever o disposto em sua Súmula 361, onde diz ser nulo o processo penal que conste exame realizado por um só perito. Seguindo ainda os passos da agilidade processual, o Projeto retira da legislação a obrigatoriedade de, nos locais onde não haja perito oficial, somente ser realizada a perícia por pessoa portadora de diploma de curso superior. Com a reforma, bastará ser pessoa idônea para exercer excepcionalmente a função pericial. A previsão de que a pessoa idônea tenha habilitação técnica é apenas preferencial, mas não exclusiva.

Ponto também digno de nota foi a observância, em amplo aspecto, do princípio do contraditório, ao permitir o § 3º, art. 159, do PL 4.205 que o Ministério Público, seu assistente, o querelante, o ofendido, o investigado e o ao acusado formulem quesitos e indiquem assistente técnico. Enfim, garantiu maior participação das partes na produção do material probatório, indo de encontro ao ideal democrático do novo processo penal.

O art. 212 do Projeto, também na linha de agilização do processo, dispõe que o juiz não intermediará a inquirição às testemunhas, podendo as partes fazê-lo diretamente, embora o juiz continue como fiscal das indagações formuladas pelas partes.

²¹ OLIVEIRA, E. op. cit. p. 360.

Sem mais, eis aí nossa análise sobre os pontos que julgamos significativos da reforma processual penal ao CPP/1941.

6. BIBLIOGRAFIA

CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do CPP/1941*. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 10 de dezembro de 2006

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, novos paradigmas, Constituição global e processo de integração. In: *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho*. BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Gérson; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.). São Paulo: Malheiros Editores; Fortaleza: Faculdade Christus, 2006.

D`ARAÚJO, Maria Celina. *A era Vargas*. São Paulo: Moderna, 1997.

FERRARI, Eduardo Reale. *Código de processo penal: comentários aos projetos de reforma legislativa*. São Paulo: Millennium, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. Prefácio da 1ª edição de Norberto Bobbio. São Paulo: RT, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos de instrumentalidade constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 186.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Direito ao devido processo legal. In: *Princípios penais constitucionais*. SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROIO, José Luiz Del. *O que todo cidadão precisa saber sobre o fascismo*. São Paulo: Global, 1987.