

# OBSERVAÇÕES SOBRE O NOVO PROCESSO PENAL

Antonio Ruiz Filho

Advogado. Ex-Presidente da AASP

Conselheiro Secional e Presidente da

Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB/SP

## Comentários preambulares

Aprendi nos primeiros anos de vida profissional – agora trintenária – que há diferença substancial entre ser jurista e ser advogado.

O jurista, com sapiência incontroversa, é voltado ao estudo profundo dos temas do ponto de vista científico. Convivente com as entranhas do pensamento dogmático e filosófico, dele retira ensinamentos, soluções doutrinárias, estabelece conceitos, descobre variáveis, finca posicionamentos. Vai ao âmago dos problemas do direito e discorre sobre sua essência.

Já a natureza do advogado é bem diversa, mas não é mais simples nem menos importante. Seu compromisso, dentro de elevado contexto social<sup>1</sup>, está voltado à solução da causa do modo que mais atenda aos interesses e direitos do cliente, tendo como balizas de sua atuação a ética e o direito positivo. E, como conselheira, a própria consciência.

Frequentemente, utiliza-se do aparato legal, conhecendo bem as vantagens e os malefícios de as leis serem como são, imperfeitas, todas elas, já que não provêm da divindade.

Mas sua contribuição para o desenvolvimento da ciência jurídica pode ser e tem sido imensa, pois é ele, o advogado, o único que percorre todos os momentos da *via crucis* criminal: o atendimento ao cliente e à

---

<sup>1</sup> Arts. 2º da Lei 8.906/94, 2º do Código de Ética e Disciplina e 133 da Constituição Federal.

sua família, seus sofrimentos e angústias, suas verdades e mentiras, passando pela fase investigativa, o contato com a polícia e suas conhecidas mazelas, para depois ultrapassar, um a um, todos os obstáculos de um longo procedimento judicial, e, hoje em dia, muitas vezes chegando até ao Supremo Tribunal Federal.

Sua experiência, por essa razão, é vastíssima e, pode-se dizer, única. Há, portanto, de ser considerada. Nenhum jurista, autoridade policial, juiz, ministro ou membro do Ministério Público percorre todo esse trajeto, ficando cada qual responsável apenas pelo seu quinhão do procedimento, sem ter essa vivência do todo. Para o advogado, entretanto, tudo isso faz parte da rotina.

### **A Revista e estas palavras**

A Associação dos Advogados de São Paulo, ao reunir nesta edição de sua festejada Revista, juristas, entre os mais destacados do país, e advogados, além de outras figuras proeminentes da família forense, presta, mais uma vez, inestimável serviço ao aprimoramento do nosso arcabouço jurídico, dada a complementariedade das contribuições que todos haverão de oferecer.

De minha parte, sem ter jamais acalentado a pretensão de ser jurista ou invadir seara que lhe seja própria, limitar-me-ei a formular considerações de ordem prática, fruto do exercício cotidiano da advocacia criminal.

### **A reforma e os reformistas**

O mote desta Revista decorre de projeto de reforma do Código de Processo Penal, em trâmite perante o Congresso Nacional. Todavia, como vem se tornando regra entre nós, dadas as reconhecidas dificuldades do processo legislativo em aprovar legislação integral e já codificada, também têm ocorrido as denominadas “reformas fatiadas”, que para além de anteciparem alguns avanços aqui e acolá, ocasionam e instalam uma espécie de balburdia legal – o que não constitui privilégio. Que o digam os processualistas civis...

Assim, a primeira questão que se põe é: estamos realmente precisando de um novo Código de Processo Penal? Não creio que quanto a isso haja divergências, mesmo depois das leis recentemente aprovadas que

o modificaram<sup>2</sup>; todos responderão que sim, porém por motivos diversos e, até, de certa forma, contraditórios ou antagônicos.

Há dois grupos distintos e bem delineados de reformistas. Os que veem o processo penal como meio eficaz e direto de combate à criminalidade, e que por isso desejam o acirramento dos procedimentos contra o acusado, a prisão como regra, o encurtamento das fases processuais, a diminuição dos recursos, a supressão de benefícios, etc. Não por acaso, estão também nesse grupo os que almejam esvaziar prateleiras, como se tudo se resumisse a imprimir celeridade à Justiça Criminal, parecendo-lhes ser esta a máxima virtude. Resulta, tal posicionamento, de visão asséptica do direito processual penal, como que por seu intermédio fosse possível limpar a sociedade de parte de seus males, senão de todos eles... Há quem diga que se trata do direito penal do inimigo.

Noutro grupo, outras aspirações. Não arrisco dizer que melhores, mas diferentes, adeptas de um direito penal mínimo. Arejar código processual de origem autoritária plasmado nos idos de 1941, organizá-lo, dar simetria às suas regras, sistematizar codificação confusa e disfuncional, incorporando avanços e leis especiais, assim também contemplando diplomas internacionais de direitos humanos, integrados ao nosso ordenamento jurídico por meio de tratados e convenções<sup>3</sup>. Aprimorar o tratamento de acusados, presos provisórios e vítimas. Evitar a prisão quando desnecessária como cautela de prevenção social, prestigiar e qualificar a presunção de inocência e o direito de defesa. Enfim, introduzir esse importante balizamento de convivência em sociedade, que vem a ser a legislação processual penal, definitivamente, no século XXI.

Com esse sentido, enfatizou Ferrajoli que sobretudo através da crítica aos sistemas penais e processuais se vem definindo os valores da civilização jurídica moderna, o respeito à pessoa humana, os valores fundamentais da vida e da liberdade pessoal, o nexó entre legalidade e

---

<sup>2</sup> Leis nº 11.689 (Júri), 11.690 (Provas) e 11.719 (Procedimentos), todas de 2008 e Lei nº 12.403/2011 (Cautelares).

<sup>3</sup> Art. 5º, § 3º da Constituição Federal.

liberdade, a tolerância, os limites da atividade do Estado e a função de tutela dos direitos dos cidadãos como fonte primária de legitimação<sup>4</sup>.

### **A lei do inocente**

Nesse cenário controverso de valores e de opiniões é impossível agradar a todos, mas é necessário fazer opções. Tenho para mim ser essencial, ao ensaiar uma reforma processual penal, partir da concepção filosófica teleológica de que a razão de existir do processo penal é o inocente, não o culpado. Isto porque, todas as fases do processo prestam-se a dirimir dúvidas, a buscar, de todas as formas, um modelo que exclua a possibilidade de um inocente vir a ser considerado culpado e acabar injustamente condenado.

Sob tal angulação, a lei do culpado, do criminoso a ser extirpado do convívio social, não é o processo penal, mas a Lei de Execução Penal<sup>5</sup>, em que se estabelece o ritual para o cumprimento da pena. Houvesse de antemão um culpado, o processo propriamente dito, a fase de conhecimento, seria despicienda. Bastaria aplicar a pena.

O processo penal visto por esse prisma tem conteúdo libertário. Deve assegurar os direitos do cidadão de bem, sendo a ele dirigido; os seus benefícios e garantias visam a preservar o inocente ante o potente e opressivo poder punitivo do Estado. Tutela o homem honesto contra o arbítrio oficial.

Há de possibilitar, então, como consectário lógico, a livre manifestação da defesa.

Para pensar um sistema processual moderno, avançado, em acordo com as mais desenvolvidas teorias e realidades, cumpre reconhecer que o processo penal é um conjunto de instrumentos voltado a proteger o acusado de ser dado como culpado por conduta de que é inocente.

Por tudo isso, conclui-se que o processo penal está orientado pelo fundamento da presunção de inocência ou segundo o princípio

---

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi. “DIREITO E RAZÃO: Teoria do Garantismo Penal”. 2ª ed. ver. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>5</sup> Lei nº 7.210/84.

constitucional da não culpabilidade, pressuposto de todas as suas garantias, embora esse princípio elementar tenha sido duramente atacado no final do século XIX, o que volta a ocorrer com a recorrência de ondas culturais autoritárias<sup>6</sup>.

Reconheça-se, pois, que o objeto, o centro das preocupações do processo penal é o inocente, o cidadão injustamente alcançado pelas malhas da justiça criminal, que enganadamente poderá ensejar uma monstruosidade: impingir culpa a quem não a tenha, impondo-lhe pena.

Daí decorre a força do direito de defesa, de maneira a que o processo penal esteja voltado a permitir que ela maneje os seus instrumentos de sorte a impedir que o inocente pague pelo que não fez.

A má interpretação dessa verdadeira ideologia do processo penal em sociedades democráticas e livres – como pretendemos que seja a nossa –, frequentemente, conduz a incompreensões.

Muitos imaginam que o processo penal impõe dificuldades exageradas ao reconhecimento da culpa. Entendem que há benefícios em demasia para os acusados, maldizem as cautelas firmes e seguras decorrentes do *due process of law*. Mas assim já não pensarão se algum dia, por obra do acaso, tornarem-se acusados...

### **Processo penal acusatório**

Além disso, como fenômeno principiológico, devemos pugnar ainda por um processo penal acusatório, em que o juiz permaneça na olímpica posição de equidistância das partes, de sorte a permitir-lhe apreciação isenta do contexto probatório.

A acusação, a quem compete o ônus da prova, haverá de se desenvolver mediante contraditório com a defesa, de modo a permitir a livre convicção do juiz. Fundamental que exista nítida separação entre juiz e acusação, equalizando o sistema de partes, dando concretude ao princípio da *par conditio*.

Aqui, nenhuma novidade, mas cabe reforçar o óbvio quando se observa a Justiça Criminal dos nossos dias...

---

<sup>6</sup> Cf. *in op. cit.*

Nesse ambiente, em que a atuação de cada um dos atores do processo esteja bastante bem delineada, o juiz haverá de se tornar um espectador privilegiado do debate entre acusação e defesa, para do contraditório extrair sua apreciação sobre a causa.

Essa passividade em relação à produção de provas acusatórias, que julgamos ser absolutamente indispensável, haverá de insultar certa categoria de juízes que desvestem a toga para postarem-se no curso do procedimento criminal como paladinos da justiça contra o crime.

Com estes magistrados não há tese defensiva que prospere; sua raiz profissional e dialética é persecutória. Frequentemente assumem o papel da acusação ou aliam-se a ela, tornando o acusado indefensável.

Por conta dessa verdadeira deformação da missão institucional e sacrossanta da magistratura, qual seja, a de julgar seu semelhante, cumpre estabelecer e bem definir os critérios de atuação do juiz no processo penal, proibindo que ele de alguma forma possa, inconvenientemente, imiscuir-se no trabalho da acusação para suprir-lhe as deficiências ou compartilhar as suas convicções contra o acusado, numa simbiose absolutamente indesejável. Trata-se de afirmar o processo penal acusatório puro.

Partindo dessas premissas, não suficientemente adotadas pelo projeto, vamos examinar alguns pontos da reforma do nosso processo penal, não com olhos de jurista, mas do ponto de vista de um advogado, de um operador cotidiano dos instrumentos legais, longe de pretensões doutrinárias e científicas, apenas agrupando algumas observações relacionadas à *praxis* diária.

### **Dos princípios fundamentais**

O art. 3º do projeto, ao garantir que haverá contraditório em todas as fases procedimentais, parece ter reconhecido que esse princípio norteador do processo penal há de ser facultado desde a fase investigatória, o que me parece salutar e necessário.

Afirma o projeto, no seu art. 4º, que o novo processo terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação. Conforme antes salientamos, era primordial que essa limitação imposta ao juiz fosse

integral e não apenas voltada à fase inquisitória. Na forma da redação proposta, parece que na fase judicial o juiz poderá interferir no papel do acusador, assim desconfigurando a sobredita “estrutura acusatória”.

### **O inquérito policial**

No art. 11, o projeto visa a assegurar prerrogativa essencial à plena atuação da defesa, garantindo o seu acesso à investigação criminal, sem, contudo, estabelecer sanção, o que haverá de dificultar o cumprimento da norma.

Atualmente, o Estatuto da Advocacia já estabelece como direito do advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito policial, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças ou tomar apontamentos”<sup>7</sup>.

Nem assim, o acesso é desimpedido ou muito pelo contrário. Impõem-se barreiras de toda sorte, e não somente a polícia age de tal modo, ao ponto de que foi necessário a Corte Suprema editar a Súmula Vinculante 14<sup>8</sup>, o que ainda assim não resolveu esse anacrônico desrespeito ao ordenamento cogente.

Bem por isso, esse fundamental direito do cidadão, que reverte ao advogado na forma de prerrogativa profissional, necessita, para garantir o seu efetivo cumprimento, de instrumento sancionador, a estabelecer punição severa ante o seu cínico descumprimento.

---

<sup>7</sup> Art. 7º, inc. XIV, da Lei 8.906/94.

<sup>8</sup> Súmula Vinculante 14 do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Aliás, como já tive oportunidade de salientar em número anterior desta Revista<sup>9</sup>, os autos, e, especialmente, aqueles originados da Justiça Criminal, transmudaram-se em verdadeiro instrumento de poder da autoridade pública, que passa a manipular o acesso a eles e a mantê-los fora do alcance do advogado em todas as fases e instâncias, assim impedindo o livre exercício da advocacia.

Neste ponto, o projeto perdeu grande oportunidade de corrigir a falha e dar um basta a tudo isso. Ainda impôs ressalva para o acesso ao inquérito pela defesa quando houver diligências em andamento, faltando complementar o dispositivo com a condicionante “de cujo sucesso dependa o sigilo”. Sem este complemento, estará aberta a porta para “sempre existirem” diligências em andamento e negar-se o acesso aos autos da investigação como regra.

---

<sup>9</sup> Revista do Advogado nº 100, Advocacia: ontem, hoje e amanhã, p. 29: “Outra questão da maior relevância é a crescente dificuldade que os advogados vêm encontrando para ter acesso aos autos, sendo privados do seu mais elementar instrumento de trabalho. O problema situa-se em todas as áreas, mas assume contornos dramáticos em relação às investigações criminais. As autoridades públicas constantemente imaginam que a permissão de acesso aos autos por advogados prejudique as investigações. Ledo engano. (...) É rotineiro que os autos não estejam disponíveis para o advogado por inúmeras razões, sendo também comum que magistrados imponham condições ao seu exame. Parece que os autos transmudaram-se em verdadeiro instrumento de poder. O poder que emana da autoridade pública faz com que o processo seja uma espécie de propriedade, ora da Polícia, ora do juiz, ora do Ministério Público, ora do funcionário da Justiça... Cada um a seu tempo manipula o acesso aos autos. Em razão disso, o advogado corre de lado a lado, sem a chance de prestar auxílio jurídico ao cliente, impossibilitado que se encontra de exercer o seu ofício por absoluta falta de meios. A lei que disciplina a atividade profissional assegura ao advogado: “ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais” (art. 7º, XV). No exercício da Advocacia contenciosa de toda espécie é preciso garantir que o advogado tenha pleno acesso aos autos, sob pena de sua importante missão perder a eficácia. Essa prerrogativa está entre as mais importantes para o exercício da profissão e, apesar da aparente simplicidade em atendê-la, aparece entre as mais desrespeitadas”.

Oxalá, os nossos congressistas, atentos que estarão à reforma, possam estabelecer critérios definitivos de cumprimento a esse direito fundamental do cidadão – seja ele vítima ou acusado –, a ser exercido pelo advogado.

Mediante o art. 12, cria-se o direito expresso de sempre ouvir o investigado, o que nem sempre vem ocorrendo, ocasionando situações aberrantes, inclusive a permitir acusações desprovidas de justa causa.

O art. 13, ao facultar ao investigado a possibilidade de identificar fontes de prova, podendo até entrevistar pessoas, estabelece inovação bastante interessante, retirando o indivíduo objetivado pela investigação da condição incômoda de mero espectador da própria perseguição. Nesse sentido, veja-se também o art. 26 do projeto. O poder de reação à investigação criminal estabelecido para o novo código está conforme as garantias e direitos fundamentais do cidadão.

A possibilidade de recurso da vítima para a decisão de arquivamento do inquérito policial também era medida que se impunha, possibilitando a revisão de decisões antes sem remédio (art. 38 e §§ do projeto).

O indiciamento, mantido no projeto, poderia ser eliminado sem mais, por sua absoluta inutilidade, com ele desaparecendo vários problemas a que os investigados ficam expostos por conta do arbítrio policial. Bastaria que a polícia fizesse seus registros internos e que a opção de increpar este ou aquele ficasse exclusivamente a cargo do Ministério Público.

### **O juiz das garantias**

Com aparência de boa-nova, preocupa-me, sobremaneira, a criação dessa espécie de magistrado.

Reconheço que parte sensível das deformações que hoje em dia impendem melhor prestação jurisdicional decorre de o mesmo juiz ficar responsável por atuar na fase investigatória e, depois, também na fase judicial, embaralhando aquele que num primeiro momento foi algoz com aquele que deverá, posteriormente, num exercício inumano de isenção, julgar a causa. Isto é grave e precisa mesmo ser revisto.

Mas a forma com que isto vai se materializar será fundamental ao sucesso da mudança.

Não creio que deva existir juiz dedicado a uma ou outra coisa com exclusividade, assim ainda mais arraigando os vícios pela atuação em cada etapa, como na experiência do Departamento de Inquéritos Policiais de São Paulo, o DIPO, que ao longo de sua existência já provocou inúmeras distorções de julgamento, como são exemplos a exagerada aproximação entre juízes e policiais, a exacerbação das decisões conforme a natureza do crime e não segundo as peculiaridades do caso concreto, tudo a impedir que a causa, tenha a possibilidade de apreciação conforme a convicção de seu juiz natural, e não a concepção prévia de um “departamento” ou originada de juiz que sempre atue em fase processual estanque.

À vista da adoção do processo acusatório puro, em que o juiz deverá mostrar-se inerte quanto à produção de provas, parece-me destorcido que haja juízes especializados para além dos grandes ramos do direito (cível, criminal, trabalhista...). Muito menos sou a favor de varas especializadas, em que os juízes estariam “mais preparados para punir tal ou qual crime” e “melhor perseguirem o seu autor”, já por esses critérios afastando-se da necessária isenção.

Diante de concepção puramente acusatória, quem tem de se especializar é o acusador, de modo a fornecer ao juiz todos os elementos de que necessite para o julgamento. A acusação, a cargo do Ministério Público, é quem deve estar aparelhada para perseguir um determinado crime ou algum tipo específico de criminoso.

Não obstante todas essas impropriedades, o debate em torno do assunto tem ficado circunscrito à impossibilidade de existirem juízes para uma coisa e outra em todas as varas com competência criminal, v.g., em comarcas pequenas, de vara única.

Esta me parece uma falsa questão, pois nas varas menores dificilmente haverá casos de tal complexidade, o que poderá sugerir exceção à regra. E, ademais, as soluções poderão ser aquelas mesmas para situações de eventual impedimento ou suspeição do magistrado.

Que fique bem explicado: a mudança é bem-vinda e chega em boa hora, mas requer inúmeros cuidados para que se resolvam algumas questões e não se criem outras de gravidade similar ou pior.

Parece-me, ainda, um contrassenso criar um juiz para garantias, voltado a atuar na fase inquisitória, e permitir que o inquérito policial transcorra sem a sua obrigatória supervisão (art. 31, § 1º), na esteira do que vem ocorrendo na Justiça Federal, conforme a famigerada Resolução nº 63, do Conselho da Justiça Federal, que descumpra a legislação em vigor<sup>10</sup>, ao determinar que a tramitação dos autos de inquérito policial ocorra entre polícia e Ministério Público, sem o necessário controle jurisdicional.

O monitoramento da legalidade do inquérito policial é atividade inseparável da judicatura, sem o que essa importante fase estará à mercê dos interesses de uma das partes, a acusação, desde logo provocando distorções e prejudicando a defesa, apesar das maiores oportunidades garantidas ao investigado pelo projeto.

Cria-se, no art. 60 do projeto, prerrogativa salutar para a defesa, que poderá atuar na fase de investigação ainda sem instrumento de mandato, caso em que o fará “sob a responsabilidade de seu grau”. Isto, se a regra for mesmo observada, facilitará, e muito, o exercício da advocacia, especialmente quando o investigado estiver preso.

### **Da ação penal**

Elimina-se, agora formalmente, a ação penal privada, prevalecendo apenas a subsidiária. Pelo projeto, o Ministério Público restará como titular absoluto da ação penal. Esta medida corresponde a uma adaptação da lei à realidade.

Atualmente fato é que poucas queixas são recebidas, dando início à ação penal de impulso particular. Os juízes e representantes ministeriais parecem ter aversão a essa possibilidade inserta na lei. Dificultam ao máximo que elas prosperem, sob os mais diversos fundamentos de ordem processual ou de mérito.

Não vejo como neste cenário defender a sua manutenção. Melhor mesmo que desapareça.

O interrogatório por videoconferência será excepcional e dependerá de decisão fundamentada, comunicada às partes com prazo a permitir a

---

<sup>10</sup> Art. 10 e §§ do CPP.

manifestação do seu inconformismo, se o caso (arts. 73, §§ 2º e 3º do projeto).

O reconhecimento da vítima como sujeito de direitos e o capítulo relacionado à violação de direitos humanos são avanços inquestionáveis do projeto, necessidades de uma sociedade mais plural e desenvolvida.

O art. 176 faz prevalecer a regra das perguntas diretamente formuladas às testemunhas pelas partes, mas o § 1º permite ao juiz que complemente a inquirição “sobre os pontos não esclarecidos”.

À frente, o § 2º do art. 271, estabelece: “O juiz arguirá os depoentes se, ao final da inquirição das partes, tiver dúvida relevante sobre elementar ou circunstância do fato imputado”.

Neste último caso, a dúvida não favorece à defesa? Cabe ao Ministério Público, titular absoluto da ação penal, prestar os esclarecimentos devidos, produzir todas as provas para convencer sobre a necessidade da condenação do acusado, sem o inconveniente auxílio do juiz.

Esta permissão para o juiz participar da colheita da prova contrasta com a regra estabelecida pelo art. 4º do projeto, quando diz o projeto que “todo o processo penal terá estrutura acusatória”. Em tempo algum, deveria ser permitido que o juiz pudesse suprir os elementos duvidosos da prova de acusação, “facilitando” a sua decisão pela culpa do acusado.

Melhor seria proibir o juiz de fazer prova, assim prestigiando todos os princípios essenciais ao processo acusatório, consoante a argumentação trazida no início destas linhas. A prevalência da dúvida após o trabalho da acusação deverá impor a absolvição, atendendo-se ao princípio do *in dubio pro reo*.

A expedição de carta precatória continua a não suspender a instrução criminal, mas altera-se o sistema para impor que as partes sejam intimadas sobre a data em que será prestado o depoimento (art. 185 e § 1º do projeto), o que também facilita a atuação dos advogados.

O parágrafo único do art. 230 do projeto, reafirma prerrogativa essencial ao exercício da advocacia: “Não será permitida a apreensão de documentos em poder do defensor do acusado, salvo se constituir elemento do corpo de delito”. Embora seja oportuna a inserção do

dispositivo na reforma, a redação poderá ser aprimorada pela Câmara Federal, tornando ainda mais explícita a inviolabilidade dos arquivos do advogado, em reforço à legislação própria em vigor.

Também assim, o art. 243 estabelece que gravações resultantes de conversas entre o investigado ou acusado e seu defensor não sejam “utilizadas” como prova criminal. Melhor seria que fossem literalmente proibidas. Mesmo na forma estabelecida, o texto institui anteparo relevante, mas se podem imaginar os inconvenientes e prejuízos à defesa ocasionados pela possibilidade da polícia monitorar conversas entre advogados e clientes, mesmo sem poder transformá-las em “provas”.

Sem estas cautelas, verdadeiras medidas de proteção ao livre exercício da advocacia, os direitos do cidadão estariam fortemente comprometidos.

### **A interceptação telefônica**

No Capítulo III do projeto de novo código, sobre os meios de obtenção de prova, encontra-se a Seção III relativa às interceptações das comunicações telefônicas.

Esta matéria merece atenção especial, não apenas por tratar da vulneração a garantias fundamentais, mas pela importância que tomou nos últimos tempos essa modalidade subsidiária de obtenção de provas.

A questão, ora disciplinada em legislação especial, vem encartada no projeto de codificação processual, o que é sempre mais adequado, de modo a evitar dissintonias e abranger todos os assuntos correlatos, disso sobrevindo a lei codificada.

Mas cabe reconhecer, sem reboços: a Lei nº 9.296/96, ao contrário do que possa parecer, dados os excessos ocorridos com a desbragada utilização de “escutas telefônicas” em grandes operações policiais, de algum tempo a esta parte, se bem aplicada resolve, satisfatoriamente, quase que a totalidade das situações que circundam este meio de prova.

Bastaria, conforme entendo, aprimorar aquele texto de forma a evitar interpretações extensivas, especialmente quanto ao prazo de duração das interceptações, também melhor disciplinando o tratamento a ser dado ao material produzido. De resto, as soluções estabelecidas pelo texto em vigor são suficientes.

Cumpra enaltecer o caráter subsidiário desse meio probante, que não poderá ser utilizado “quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis” (art. 2º, II, da Lei nº 9.296/96).

O dispositivo atual, reproduzido no projeto (art. 244, IV), gera consequência fundamental: a necessidade da demonstração, pela autoridade requisitante, de que outros meios de prova foram efetivamente tentados sem sucesso.

A elasticidade que se deu a este requisito acabou por determinar a preguiça como fonte primária de justificação, de modo que, na atualidade, ao invés de se buscar as provas por meio do arsenal de instrumentos à disposição, a bisbilhotice eletrônica passou a ser o ponto inicial de inúmeras investigações, até para aquelas que vinham por denúncia anônima, o que foi recentemente rechaçado pelo Superior Tribunal de Justiça ante essa brutal iniquidade.

Aliás, disso decorre outro requisito fundamental, encartado no texto em vigor, e que não foi transportado para o projeto: não serão admitidas as interceptações de comunicações telefônicas quando inexisterem “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”.

O texto do projeto afastou-se perigosamente dessa redação. Desaparece a necessidade de “indícios razoáveis de autoria ou participação”, para que seja indispensável tão-somente “a indicação de indícios suficientes de materialidade do crime investigado” (art. 244, II, do projeto).

A exigência legal, atualmente em vigor, de que haja indícios de autoria e que sejam eles “razoáveis”, afigura-se bem mais protetiva e conforme os mandamentos constitucionais de preservação da intimidade.

Se retirada do texto tal exigência, qualquer cidadão estará na condição de se ver vulnerado no seu sigilo, bastando para isso que exista prova da materialidade de um crime qualquer, não necessariamente a ele pré-relacionado. Veja-se a teratologia desta extirpação do texto legal...

Sendo a linha mestra do processo penal a proteção do inocente e tendo em vista a necessidade de ainda também proteger-se o cidadão em geral quanto ao seu sigilo e intimidade, retirar a obrigação de provar que o interceptado esteja relacionado ao fato investigado desmantela garantias

entre as mais importantes para a manutenção do Estado democrático de Direito. Isto tem de ser revisto.

Além do mais, sabe-se que esta modalidade de prova, por natureza, não pode e não deve ser prospectiva, por estas mesmas razões. Prospectar a autoria de alguém, quebrando-lhe o sigilo e invadindo a sua intimidade contra o que determina a Constituição Federal, sem que existam elementos pré-constituídos de que tenha envolvimento com os fatos sob investigação a partir de informações “razoáveis”, à evidência, mostra-se totalmente equivocado e até inconstitucional.

Outra questão a esta imbricada diz com o prazo da interceptação. A lei atual, com total acerto, determina que se possa realizar interceptação telefônica por quinze dias, prorrogáveis por mais quinze, tempo bastante razoável, especialmente quando se tem em vista a natureza excepcionalíssima da medida e, uma vez mais, o seu caráter não prospectivo e emergencial. Se no prazo de um mês, se em trinta dias de escutas nada for colhido que possa justificar a increpação do investigado, claro estará que o meio utilizado não se mostrou eficiente a tal desiderato ou que lhe se poderá outorgar certidão de idoneidade.

A jurisprudência, desconsiderando o texto expresso da lei atual – que não permite prazo além de trinta dias – acabou aplicando interpretação extensiva e dando permissão a prorrogações indefinidas, gerando, com isso, os abusos de todos conhecidos.

Por esse conjunto de razões, não será necessário esforço algum para concluir que o prazo de um ano, ou como quer o art. 247 do projeto, prazo máximo de trezentos e sessenta dias, ainda ressalvados os crimes permanentes (quando o prazo poderá ser ainda maior), mostra-se abusivo, fora de propósito, sendo mesmo absurdo e inconstitucional.

Ainda quanto às interceptações, não se pode ignorar o art. 257 do projeto, que valida a prova sobre “crime diverso daquele para o qual a autorização foi dada”, caso em que tais informações seriam encaminhadas ao Ministério Público para providências. O dispositivo, salvo erro de interpretação, corresponde à validação de prova obtida de forma ilícita, permitindo que indícios colhidos mediante interceptação telefônica relativa a fatos diversos daqueles a que se destinam a investigação e até praticados por outras pessoas, estranhas à quebra do sigilo, possam ser utilizados lícitamente.

Tal permissão não pode ser mantida e se transformar em lei assim como está. Haverá situações em que o bem juridicamente tutelado sobreponha-se à preservação do sigilo, como, por exemplo, no caso de sequestro de pessoas, situações limítrofes em que seria aconselhável excepcionar a regra. Mas provas assim obtidas não devem ser recepcionadas de forma irrestrita.

### **Dos procedimentos**

Haverá procedimento ordinário, sumário e sumaríssimo, dando-se a esta parte da lei processual ordenamento que nunca houve.

Note-se, no procedimento ordinário, que a resposta escrita, como inicialmente imaginada, passa a ser anterior ao recebimento da denúncia pelo juiz (arts. 267 e 269 do projeto), o que insere racionalidade ao instituto. E o prazo para alegações finais, atendendo a antigos reclamos, passa a ser de dez dias, no lugar dos cinco atuais (que eram três até recentemente), muitas vezes desrespeitado e invariavelmente escasso.

O procedimento sumário traz novidade ao permitir, mediante consenso, a imediata aplicação de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos, o que me parece um avanço.

E, por fim, o sumaríssimo, será aquele de competência do juizado especial, levando-se o rito hoje previsto na Lei nº 9.099/95 para o interior do novo código.

### **Recursos**

Seguindo tendência de equiparar o processo penal ao processo civil, cria-se o agravo e desaparece o recurso em sentido estrito.

Entende-se essa tendência como forma de imprimir uma roupagem processual uníssona ou similar, o que parece louvável. Mas, ao mesmo tempo, oportuno reconhecer que as áreas do direito revestem-se de peculiaridades, servem a fins bastante diversos e contém especificidades.

De todo modo, uma vez implementada a reforma, o tempo se encarregará de demonstrar os acertos e erros de tal equiparação.

A apelação aparece com prazo alargado (quinze dias), mas devendo ser interposta já com as razões, o que creio ser razoável, não havendo justificativa plausível para a manutenção do atual sistema.

### **Outras mudanças**

Em que pese a recente aprovação de lei sobre as cautelares pessoais<sup>11</sup>, alterando substancialmente tudo quanto havia na legislação anterior, com especial relevo para o acréscimo de inúmeras alternativas à prisão, o que se pode aplaudir, o projeto também acomodou esta parte, devendo existir os naturais ajustes.

Observe-se, as alterações e racionalização quanto às cautelares reais, hoje denominadas medidas assecuratórias, o que haverá de trazer ordem a esses importantes instrumentos processuais.

### **Últimas palavras**

Quanto às cautelares, em relação ao instituto do *habeas corpus* mantido, na sua atual extensão, como meio efficientíssimo de defesa e outros tantos assuntos de magnitude, haverá artigos nesta Revista que, certamente, com mais propriedade, tratarão desses relevantes temas.

Numa síntese apertada pode-se dizer que o saldo do projeto de reforma processual penal é positivo. Contempla inovações necessárias; resolve problemas antigos; organiza legislação até agora caótica. Dá passos largos rumo à modernidade. Por isso, animo-me a dizer que faltaria pouco para torná-lo um instrumento legal de que a nação pudesse se orgulhar, mesmo que a ela faltasse compreensão para alcançar e entender o real escopo do novel diploma.

---

<sup>11</sup> Lei nº 12.403/2011.