



DEPARTAMENTO DE TAQUIGRAFIA, REVISÃO E REDAÇÃO

NÚCLEO DE REDAÇÃO FINAL EM COMISSÕES

TEXTO COM REDAÇÃO FINAL

*Versão para registro histórico*

*Não passível de alteração*

COMISSÃO ESPECIAL - PL 8045/10 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL			
EVENTO: Audiência Pública	REUNIÃO Nº: 1334/16	DATA: 08/11/2016	
LOCAL: Plenário 4 das Comissões	INÍCIO: 14h58min	TÉRMINO: 16h58min	PÁGINAS: 44

DEPOENTE/CONVIDADO - QUALIFICAÇÃO
ANDRÉ NICOLITT - Juiz e professor da Universidade Federal Fluminense. MARCUS ALAN DE MELO GOMES - Professor da Universidade Federal do Pará. ALEXANDRE MORAIS DA ROSA - Juiz e Professor da Universidade Federal de Santa Catarina.

SUMÁRIO
Debate sobre sentenças, questões e processos incidentes e recursos em geral.
OBSERVAÇÕES
Houve exibição de imagens.



**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Boa tarde a todos e a todas.

Lamento porque o processo eleitoral exigiu a saída de Parlamentares da Câmara dos Deputados e, por isso, a presença ficou diminuída. A grande maioria deles deve voltar somente hoje à tarde. Mas temos que dar seguimento ao nosso trabalho.

Em seguimento ao nosso trabalho, há uma audiência pública marcada para agora à tarde. Eu pergunto aos senhores palestrantes se devemos iniciar os trabalhos. O que os senhores acham que devemos fazer? O início dos trabalhos serve aos arquivos, à *TV Câmara* e será analisado posteriormente. Então, vamos iniciar os trabalhos. *(Pausa.)*

Gostaria de convidar para fazer parte da Mesa desta audiência pública, cujo tema é *Sentença, questões e processos incidentes e recursos em geral*, o Sr. Marcus Alan de Melo Gomes, professor da Universidade Federal do Pará; o Sr. André Nicolitt, juiz e professor da Universidade Federal Fluminense; e o Sr. Alexandre Moraes da Rosa, professor da Universidade Federal de Santa Catarina.

Comunico que o requerimento desta Comissão para a reabertura do prazo para recebimento de emendas por mais 20 sessões foi deferido hoje pelo Presidente da Câmara. Assim, a partir de amanhã, o prazo estará reaberto para a apresentação de novas emendas.

Gostaria também de convidar todos os Parlamentares aqui presentes para participar do encontro regional desta Comissão em São Paulo — iniciativa da Deputada Keiko Ota —, que acontecerá nesta sexta-feira, às 14 horas, no Plenário 10 do Fórum da Barra Funda. O encontro regional ocorrerá para debater os temas desta Comissão Especial, por aprovação do requerimento da Deputada Keiko Ota.

Nós vamos iniciar pelo Juiz André Nicolitt, professor da Universidade Federal Fluminense, que terá 20 minutos para falar sobre sentenças, questões, processos incidentes e recursos em geral.

Com a palavra o Professor e Juiz André Nicolitt.

**O SR. ANDRÉ NICOLITT** - Boa tarde a todos.

Agradeço ao Presidente desta Comissão, Deputado Danilo Forte, pela oportunidade de estar aqui nesta tarde junto com os meus colegas professores Alexandre Moraes e Marcus, do Pará. Esta é uma oportunidade ímpar de contribuir



para um processo tão relevante quanto este, que é a elaboração de um Código de Processo Penal num momento tão crítico para a Justiça Criminal do Brasil.

*(Segue-se exibição de imagens.)*

A nossa exposição visa, num primeiro momento, alertar e ressaltar um marco de atuação na construção de um novo Código de Processo Penal. Qual é esse marco? A Constituição da República de 1988. A Constituição da República estabeleceu o que chamamos de modelo de processo penal democrático.

Os grandes e clássicos autores de Processo Penal, como Carnelutti, Goldschmidt e tantos outros, sempre alertam que o termômetro de uma sociedade democrática é o seu Código de Processo Penal. Então, olhar para o Código de Processo Penal significa vislumbrar ou não o caráter e o aspecto democrático de uma sociedade.

As grandes escolas do pensamento penal do mundo sempre nortearam a ideia de um processo penal e de um sistema de justiça que só pode ser tido como democrático e humanitário, a partir de certas premissas, como a de que os fins não justificam os meios, como o primado da presunção de inocência, etc.

O professor da UERJ, procurador de justiça, membro aposentado do Ministério Público do Rio de Janeiro, Afranio Silva Jardim, brinda-nos com uma definição muito precisa — eu estampeei aqui para os senhores — sobre o que seria esse chamado processo penal democrático e qual a nossa dificuldade de encarar esse modelo.

O que diz o professor? Ele diz que, quando nós optamos por um modelo de processo penal democrático, o Estado já sabe, de caso pensado, que culpados serão absolvidos, mas essa opção se dá na exata medida em que não se quer ter outro efeito que seria por demais perverso: a condenação de inocentes.

Essa máxima que o Prof. Afranio nos traz, na verdade, reproduz uma ideia muito anterior, que vem de Carrara, que diz que o Direito Penal visa proteger os culpados, e o Processo Penal visa proteger os inocentes. Então, a natureza jurídica do processo é de uma verdadeira garantia do ser humano contra o histórico arbítrio do Estado. Aliás, este é um debate que havia na Roma antiga: o homem é um risco para o Estado, ou o Estado é um risco para o homem?



E a história do Processo Penal, diz Carnelutti, é a história do autoritarismo, das violações, das arbitrariedades. É para isso que o Parlamento, ao prescrever regras de atuação do poder punitivo, exatamente aponta.

Aliás, essa é a história de hegemonia do Parlamento. Na França absolutista, o poder moderador, quando o rei podia tudo, provocou tamanha atrocidade que, com as revoluções do século XVIII, favoreceu o fortalecimento do Parlamento, que nada mais fez naquele momento do que expressar o compromisso com os direitos fundamentais e com a proteção do indivíduo contra as atrocidades do Estado.

Eu acho que é nesse sentido que tanto eu quanto os nossos colegas juízes estamos norteando a nossa contribuição hoje, no sentido de suplicar ao Parlamento que ele represente aquela história da origem do Estado de Direito, que fortaleceu o Parlamento naquele momento de sucessão do Absolutismo, que nós queremos deixar esquecido.

Então, qual seria a ideia central de um processo penal democrático? A ideia de que é natural, em um sistema de justiça democrática, que culpados sejam absolvidos. O que não é tolerável são as injustiças contra os inocentes.

Lamentavelmente a cultura brasileira, Sr. Presidente, demonstra-nos que, no sistema de justiça — os meus colegas aqui, que são professores e juiz, não me deixam mentir —, as angústias e a sensação de escândalo são muito maiores quando um culpado é absolvido, e a sensação de indiferença é enorme quando se vê um sujeito inocentado que ficou preso por um tempo. Ocorre a verdadeira ruína do processo penal de sistema de justiça quando as garantias são fragilizadas.

Então, uma reforma do processo não pode se guiar, não pode se pautar pelo desejo punitivo, pela sanha punitiva de querer implementar uma justiça perfeita, que coloque todos os culpados, todos os condenados na cadeia. Uma justiça democrática é uma justiça que está muito mais preocupada com a preservação das garantias.

E não há nenhuma relação, Sr. Presidente, entre uma justiça democrática ou uma justiça que prenda mais ou menos e os níveis de violência na sociedade. É fácil percebermos isso a partir do momento em que havia no Brasil, na década de 90, 90 mil presos e hoje há 711 mil presos, um crescimento na ordem de 700%. Imaginem



um aperfeiçoamento do sistema de saúde ou de educação da ordem de 700%. Quanto a saúde não melhoraria!

Porém os investimentos da ordem de 700% em prisões não aumentaram 1 grama sequer a qualidade da segurança pública ou não fizeram decrescer 1 ponto sequer os níveis de violência do País.

A nossa experiência, tanto no magistério quanto na judicatura, ou seja, tanto como pesquisador quanto alguém que opera o sistema de justiça criminal, é de que a Justiça Criminal não resolve e não resolverá — nem o Código de Processo Penal resolverá — um problema que não está nesse sistema, que é o problema da violência, um problema muito mais complexo.

Não obstante, há uma crença, há um mito no Brasil, e esse mito está impregnado no próprio Judiciário, no próprio Ministério Público e na própria Polícia, de que no País existe impunidade e que a causa da violência que nós vivenciamos seria a chamada impunidade. Não se percebe, com isso, o custo de uma política punitiva.

Eu costumo dizer que hoje há um sistema carcerário com 711 mil presos, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça — CNJ, e que quase 40% deles são presos provisórios.

A conta da superlotação carcerária no Brasil é do Judiciário, porque é o Judiciário que tem a chave da cadeia, prende mal, prende muito e a sua incapacidade de soltar é tão grande, que tem que fazer mutirão carcerário para soltar.

Então isso já demonstra que essa ideia de impunidade é um mito, porque nós somos o País que tem a terceira maior população carcerária do mundo; perdemos para a China. Não é possível concorrer com a China, devido ao tamanho da população chinesa. Dizer que no Brasil há impunidade é uma brincadeira. Podemos punir mal, mas aqui a impunidade passou longe. Temos um sistema carcerário superexpansivo. A chave disso está no Judiciário, porque nele não há limites ou porque o próprio Judiciário, às vezes, não respeita os limites.

A própria Lei nº 11.403, que estabelece limites para a prisão, está sendo ignorada, muitas vezes, pelos juízes. Inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal são ignorados pelos juízes, que agem movidos por uma boa vontade, por uma



crença na punição, pelo desejo de conter a violência, de assumir um papel que não é seu, um papel de segurança pública. Por isso, há a necessidade de haver um código que tenha regras claras e rígidas de respeito ao devido processo, à legalidade, com sanções de nulidades em relação a esses descumprimentos.

A conta dessa crença é muito alta, senhores. Pensemos o seguinte: há 563 mil presos no cárcere efetivo; capacidade carcerária de 357 mil vagas; um déficit de aproximadamente 200 mil vagas; 147 mil presos domiciliares; e 373 mandados de prisão não cumpridos. Se tudo isso fosse levado à efetividade ao cárcere, haveria uma população carcerária hoje de 1 milhão e 85 mil presos e um déficit de 700 mil vagas. Essas vagas custam aproximadamente, para serem criadas, 30 mil reais e para serem mantidas 3 mil reais mensais. A Faculdade de Direito do IBMEC, do Rio de Janeiro, custa aproximadamente 2.800 reais, mas ela não gera 60% de reincidência.

Nós precisaríamos, para criar um número de vagas, para atender a nossa demanda hoje, de um investimento de aproximadamente — eu não sou muito bom de conta, eu fiz um cálculo por alto — 21 bilhões de reais. Seriam 21 bilhões de reais necessários para prender essa população. Que população é essa hoje? Setenta por cento dos crimes cometidos são de pequena gravidade. Trinta por cento apenas são considerados crimes graves: latrocínio, homicídio, estupro, sequestro, extorsão mediante sequestro. Apenas 30% das pessoas deveriam estar efetivamente presas. Para os outros crimes, como furto, estelionato, tráfico de pequena quantidade de droga, a própria lei define uma pena de mais ou menos 1 ano e 8 meses, mas pessoas ficam presas.

Qual é o custo disso? Vinte e um bilhões de reais, sendo que aproximadamente 70%, aproximadamente 14 bilhões de reais, são destinados à demanda relacionada a pequenas delinquências. Treze bilhões de reais serão investidos nessa demanda de crimes, nos quais haverá reincidência, porque o índice de reincidência na prisão é da ordem de 60%, segundo a média nacional. Então, investem-se 21 bilhões de reais, mas haverá 60% de reincidência.

O custo anual de um preso é de aproximadamente 36 mil reais; o custo de um aluno da USP é de 43 mil reais. É essa a lógica de um sistema punitivista. Estamos falando que temos que criar um sistema abolicionista que não prende mais



ninguém? Não é isso! Mas a punição e o encarceramento por bobagens obstruem as veias, as artérias da Justiça, que não consegue dar conta daquelas coisas que são efetivamente sérias. E um processo penal burocratizado, que lança suas malhas para esse tipo de conduta, produz esse tipo de injustiça.

Então, eu quis levantar aqui algumas ideias introdutórias, que devem pautar as reflexões dos Parlamentares ao analisar esse projeto.

Outro dado importante é a chamada reserva de códigos, Sr. Presidente. Por quê? Nós temos que ter no Código a reserva das matérias. Estamos aqui tratando do Código de Processo Penal e estão tramitando as chamadas dez medidas contra a corrupção. Acredita-se que serão a verdadeira panaceia da sociedade brasileira.

Eu li e fiquei impressionado com o texto das dez medidas, porque isso vai tangenciar várias matérias que estão sendo discutidas no Código. O texto — com todo o respeito a quem fez, nem sei quem foi — parece coisa de quem viveu num *playground* a vida inteira, de quem não tem noção da realidade de um sistema de Justiça nem de Direito. Apresentam-se algumas incorreções até de ordem gramatical e estrutural. Por exemplo: há um texto lá que vai cuidar do *habeas corpus* em que se diz que cabe *habeas corpus* contra ilegalidade. Ponto. No projeto, coloca-se muito bem que cabe *habeas corpus* nessa e naquelas hipóteses. Nas dez medidas contra a corrupção, consta que não cabe *habeas corpus*. Quer dizer, o Código pode falar quando não cabe, se a Constituição já definiu quando cabe? E mais: eu não vou discutir o conteúdo ou as teorias que poderiam estar diante disso tudo, mas a redação é de quem não tem o menor tato com a disciplina, quando é dito que não cabe *habeas corpus* de ofício. Todo mundo que trafega no Direito sabe que *habeas corpus* de ofício é quando o juiz defere sem que haja requerimento algum. “*Não cabe habeas corpus de ofício, salvo quando requerido para.*”. Ora, ou é requerido para e não é de ofício ou não é requerido e é ofício. Então, quem pensou aquilo está afastado de qualquer contato com o sistema de Processo Penal, com os estudos de Processo Penal.

Aí vem falar em boa-fé, prova com boa-fé, prova ilícita com boa-fé. Quer dizer, isso vai mexer no sistema de justiça e reproduzir os equívocos do Código de Processo Penal atual, que confunde as teorias americanas que ingressaram aqui — a *independent source*, a *inevitable discovery* e a *fruit of the poisonous tree doctrine*.



É feita uma salada disso. Erra-se vergonhosamente no plano teórico, e no plano prático vem se falar de prova ilícita. Senhores, o Estado Democrático de Direito estabeleceu o seguinte: todo mundo tem que respeitar as regras, as leis. Nem o juiz, nem o Ministério Público, nem o Executivo, ninguém pode passar por cima das regras estabelecidas pelo Parlamento. Esse é o marco de civilidade e de modernidade que pautou o Estado Democrático de Direito, o Estado de Direito.

Como se pode validar uma prova ilícita com base em boa-fé? De boa-fé, costuma-se dizer em linguagem popular, o inferno está cheio. Eu nunca vi, na história do Processo Penal, as pessoas agirem, buscarem provas e acusações, com desrespeito à lei e com boa-fé. Não se pode esperar do agente público um tráfegar à margem da lei. Ele se transforma naquilo que ele quer combater.

A Constituição, em matéria de prova ilícita, foi clara: as provas ilícitas são inadmissíveis. Elas não são nem submetidas ao plano de nulidade, invalidade ou qualquer coisa que o valha, elas são inadmissíveis, insanáveis, porque são inadmissíveis. Aí o Código vem falar de sanatória. Eles usam a expressão “que puder ser atenuada” ou “que puder ser purgada”. Purgar eu já vi da mora, no Direito de locação. Agora, no Processo Penal, purga da ilegalidade? Eu torturei o cara, mas vou purgar a ilegalidade? Eu invadi um domicílio sem mandado, escutei clandestinamente e vou purgar a ilegalidade? Não consigo imaginar isso em matéria de Processo Penal. Esses aspectos estão sendo discutidos à margem do Código de Processo Penal, que está sendo discutido aqui. Nós entendemos que deva ser centrada essa discussão.

Prisão preventiva, que eles estão querendo discutir, para assegurar a retomada dos bens ou dos produtos do crime. Isso, pelo que me parece, é prisão por dívida. O Pacto de São José da Costa Rica já definiu isso. É um retrocesso. Sinceramente, eu não acredito que nós iremos avançar numa sociedade definitivamente democrática. Numa sociedade democrática, o poder tem que ter limites.

Eu, como juiz, e os meus colegas aqui também, poderíamos estar dizendo algo diferente, tipo, todo poder ao Judiciário, todo poder ao Ministério Público, porque o sistema de justiça tem que estar fortalecido. Mas como professor, que é aquilo que mais pauta o meu pensamento e minha obrigação de lecionar, de pensar





e de pautar a minha atuação a partir do magistério, eu tenho o dever de falar que Foucault nos alerta que o poder tem uma tendência expansiva. Após o constitucionalismo do início da segunda metade do século XX, depois da Segunda Grande Guerra, o Poder Judiciário passa por um fenômeno que é aquilo que nós chamamos de um protagonismo judicial. Disse que, no absolutismo, o protagonismo não era do rei, era do Executivo, e, na modernidade, após as grandes revoluções, o protagonismo era do Parlamento. Com as transformações de complexidade da sociedade contemporânea, do constitucionalismo pós-Segunda Grande Guerra, com as cláusulas gerais, com as cláusulas abertas, com as constituições valorativas, o Judiciário ganhou um protagonismo nesse cenário.

O grande temor que no campo jurídico se tem é que esse protagonismo coloque em risco a separação dos Poderes, um código que não respeite essa rígida separação dos Poderes e esses limites. Nós vamos ter um Ministério Público, uma polícia e um Judiciário que vão poder definir quando a prova vale e quando não vale. Isso quem tem que definir é o Parlamento, é a lei.

Para finalizar, senhores, eu aponto aqui algumas linhas sobre o projeto em si e que eu reputo de maior importância. Primeiro, a suspensão condicional do processo, a proscrição dela para a Lei Maria da Penha, para a violência doméstica. Um equívoco, Sr. Presidente. Eu sou juiz de violência doméstica. As mulheres precisam da suspensão condicional do processo, que é uma forma de romper com o ciclo da violência. Não acaba o processo. O indivíduo fica ali 2 anos, 4 anos com a faca do processo sobre ele e as medidas protetivas. Se ele não cumprir as condições, volta. Não há disposição. Então, é um equívoco não permitir isso.

O segundo ponto é o registro dos depoimentos. O Código tem que ter uma coerência. Os registros no inquérito estão tratados de um jeito, no processo singular de outro e no júri de outro. Então, tem que unificar isso. O do processo singular é o que melhor demonstra esse sistema. E não tem que prever transcrição. Fica um negócio de louco: a gente ouve por áudio e vídeo, depois tem que transcrever. Se é por áudio e vídeo, não precisa transcrever. No do júri, prevê transcrição. Isso é uma burocratização absurda.



A transação penal virou suspensão condicional do processo. Agora, você faz a transação, mas se não cumprir, volta o processo. Levamos 10 anos discutindo isso e agora vamos mudar a coisa. Parece-me complicado.

O recebimento da denúncia: na parte do juízo singular, o Código conserta o erro do atual, mas o repete no júri. Então, não há tratamento uniforme. Foi muito bom o tratamento na parte de juiz singular, que são os artigos 251, 252 e 254, mas no júri, que é o art. 298, ele repete a regra atual, que é um equívoco, que dá uma celeuma jurisprudencial e doutrinária.

As mudanças importantes sobre os jurados: é uma matéria que eu acho que a gente tem que amadurecer mais, é muito complexo, muda todo o sistema do júri. E faltou lá uma coisa que é importante, acrescida no atual modelo do Código, que é o que eu chamo de progressão cautelar do regime, que é a possibilidade de o juiz da condenação, de imediato, adequar o regime do preso no momento da sentença. É o art. 387, § 2º, do Código atual, que não foi reproduzido — porque no projeto original essa lei não estava em vigor — no presente e que eu acho que de extrema importância. Comprometo-me, Sr. Presidente, de depois encaminhar, caso queira, maiores detalhes sobre o projeto na parte que nos coube e já entrego a esta Comissão o meu Manual de Processo Penal, que é uma obra que faz uma análise crítica do Código atual, obviamente, e que poderá talvez contribuir um pouco para as reflexões da Comissão.

Eu me desculpo pelo avançar do tempo. Fico à disposição da Casa para qualquer indagação.

Muito obrigado.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Obrigado, Prof. André Nicolitt, concordando com muito do que foi falado por V.Exa., nós, na semana passada — a Deputada Angela Albino estava junto conosco —, fizemos uma reunião com a Comissão que está analisando as dez medidas da ação popular que tramita nessa Casa, o projeto de lei popular, e que está sob a relatoria do Deputado Onyx Lorenzoni. Inclusive, ficou acertado que os temas pertinentes ao Código de Processo Penal seriam aprovados como indicativo para a Comissão da revisão do Código de Processo Penal. Elas não são terminativas com relação a essas matérias. Exemplo: *habeas corpus*, prescrição, tipificação criminal, que estão sendo debatidas



naquela Comissão, mas que, para não atropelar e nem correr o risco de aprovarmos legislação concorrente, nós teríamos o cuidado exatamente de que encaminhá-las a esta Comissão com o propósito nosso de, até o final do próximo semestre, concluirmos essa revisão do Código de Processo Penal.

Passo, agora, a palavra ao Sr. Marcus Alan Gomes, professor da Universidade Federal do Pará, que tratará do tema “Sentença, questões, processos incidentes e recursos em geral”. V.Sa. dispõe de 20 minutos para fazer a sua explanação.

**O SR. MARCUS ALAN DE MELO GOMES** - Muito obrigado, Sr. Presidente. Boa tarde a todos!

Eu quero iniciar, como não poderia deixar de ser, dirigindo um cumprimento à mesa, inicialmente ao Deputado Danilo Forte, Presidente da Comissão e dos trabalhos dessa Mesa esta tarde, a quem eu também agradeço sinceramente pelo convite que me foi feito para estar aqui hoje e participar, na condição de orador, desta audiência pública, que tem como propósito debater alguns temas relacionados ao Projeto de Lei nº 8.045, que pretende instituir um novo Código de Processo Penal no Brasil.

Quero cumprimentar também os meus colegas de exposição nesta tarde, o Prof. André Nicolitt, que me antecedeu no uso da palavra, e o Prof. Alexandre Moraes da Rosa, que irá me suceder no uso da palavra. Seguramente, dois professores e magistrados de larga experiência no exercício da jurisdição penal na docência, no ensino e na pesquisa da temática criminal. São seguramente muito mais qualificados do que eu para tratar de um tema tão delicado à sociedade brasileira como a instituição de um novo Código de Processo Penal.

Cumprimento também as servidoras e os servidores que aqui estão auxiliando-nos, os Srs. Deputados presentes e demais pessoas que estão aqui para participar desta audiência pública.

Eu quero iniciar felicitando esta Casa, a Câmara dos Deputados, pelo esforço que vem sendo empreendido em pleno período eleitoral. Acabamos de concluir em diversos Estados o segundo turno das eleições municipais. É um esforço para que os trabalhos desta Comissão Especial não fossem comprometidos por um período que é naturalmente mais conturbado nas Casas parlamentares brasileiras. Vê-se



que a Casa não abandonou a dedicação no impulso do Projeto de Lei 8.045 e do próprio projeto de lei das dez medidas contra a corrupção e outros projetos que tramitam aqui e que tratam de matéria penal com muita importância para a sociedade brasileira, como é o caso do próprio projeto de lei que pretende instituir um novo Código Penal no Brasil.

São temas muito caros a todos nós. Nem sempre são vistos e tratados dessa maneira, mas efetivamente são muito importantes para a definição de um modelo de democracia no Brasil. O exercício da jurisdição penal representa muito na definição do modelo democrático do País, porque é ele que vai precisamente estabelecer os limites do poder mais contundente do Estado, que é o poder punitivo, o exercício do poder de punir.

Eu pretendo fazer algumas observações bastante pontuais. Há efetivamente dois ou três pontos do projeto de lei aos quais eu gostaria de me referir com o propósito de apresentar sugestões, inclusive se a esta Casa interessar e parecer adequado e apropriado, inclusive de modificação da redação que hoje está dada a determinados dispositivos no projeto de lei, mas antes eu preciso estabelecer algumas premissas para que os senhores possam compreender a razão pela qual eu vou fazer essas sugestões.

O Brasil teve até a presente data dois códigos de Processo Penal. Nós tivemos um Código de Processo Criminal do Império, de 1831, e o atual Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 1942. Portanto, apenas dois textos ao longo de toda a história brasileira tratando de Processo Penal.

O Código Penal brasileiro tem um texto efetivamente superado, anacrônico, bolorento e que há muito já se reclama, no mínimo, desde a promulgação da Constituição de 88, uma completa modificação. É um texto promulgado num período histórico do País muito delicado. Na década de 40, vivia-se no Brasil um Estado de exceção, Estado Novo, primeiro Governo Vargas. O nosso Código de Processo Penal tem inegavelmente inspiração no Código Rocco italiano, que foi um texto de lei elaborado, promulgado e que teve vigência no Estado fascista italiano.

Esse Código de Processo Penal, de inspiração código italiano, o nosso Código de Processo Penal, exatamente por essa inspiração, consagrou um sistema processual penal inegavelmente inquisitório. O que significa isso, em poucas



palavras, para que os senhores possam entender? Conferiu-se um protagonismo desmedido ao juiz no processo penal. Num modelo de processo penal inquisitório, as figuras, as atribuições de acusar e de julgar se confundem numa única pessoa exatamente por ser esse um modelo haurido no processo canônico medieval, em que o inquisidor acumulava todas essas funções. A ele cabia investigar, acusar, produzir a prova da sua acusação e ele mesmo proferir a decisão. Esse é o modelo do nosso Código de Processo Penal.

Em 1988, houve uma modificação substancial nesse modelo, mas de difícil apreensão pela comunidade jurídica brasileira, que se deu com a Constituição Federal de 1988, que instituiu entre nós, inegavelmente, um modelo diverso do inquisitório, que é o modelo de sistema processual penal acusatório, em que as funções são muito bem distribuídas entre órgãos diversos. Um acusador é uma figura separada do órgão julgador com funções diferentes no processo penal exatamente para poder assegurar uma característica que é essencial para a realização do sistema acusatório, que é a imparcialidade do juiz. A Constituição Federal de 88, no art. 5º, que trata das garantias fundamentais, elencou diversos princípios que estão com o *status* de garantias fundamentais inerentes ao processo penal, dentre eles: o juiz natural, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Esse é o modelo constitucional acusatório que hoje está em vigência no Brasil, muito embora, repito, seja um modelo que tem enfrentado uma resistência muito grande de assimilação pela comunidade jurídica brasileira, especialmente pelos juízes e tribunais brasileiros, e tenhamos um Código de Processo Penal em claro conflito com a Constituição, em diversos de seus dispositivos exatamente por representarem um modelo inquisitório que dá maior envergadura ao papel do juiz no Processo Penal, dando a ele iniciativa instrutória e, em alguns casos, até um resíduo de iniciativa acusatória. É a isso que eu vou me referir depois. Os tribunais brasileiros ainda interpretam um processo penal a partir da letra do Código de Processo Penal e não do texto da Constituição.

Esse quadro tende a se modificar com o texto do Projeto de Lei nº 8.045. O projeto tem um texto efetivamente inovador em diversos aspectos. É claro que há alguns problemas, alguns passos que poderiam ser dados e acabaram não sendo



dados, mas é um projeto de lei que representa uma modificação positiva em vários aspectos para o sistema processual penal brasileiro, especialmente porque no seu art. 4º consagra expressamente a estrutura acusatória para o processo penal. Isso significa que, pelo PL 8.045, que hoje está sendo discutido na Câmara dos Deputados, procura-se colocar o juiz no seu lugar no processo, limitar o juiz a sua função no Processo Penal, que é a função de julgar, não é a função de investigar nem de acusar, mesmo que residualmente, mas tão somente a função de julgar.

Estabelecida essa premissa, eu quero, portanto, passar a análise de dois ou três pontos do texto do PL. Em virtude da exiguidade do tempo, não há condições de tratar de muito mais do que isso. Eu elegi dois pontos que me parecem nevrálgicos neste debate e no tema que foi estabelecido para a audiência pública, notadamente no âmbito da disciplina que o PL reserva à sentença.

A análise desses pontos pressupõe a relevância a um tema no Processo Penal afeto ao que se chama de princípio da correlação entre acusação e sentença. O que significa isso de maneira bem resumida? O juiz só julga aqueles fatos trazidos pelo acusador ao seu conhecimento. A sentença tem que ser, no sistema acusatório, necessária, obrigatoriamente um espelho da acusação. Quando falo em acusação, eu me refiro àquilo que tecnicamente se chama no Processo Penal de imputação. No Processo Penal o acusador imputa fatos. O pedido, no Processo Penal, diferentemente do que ocorre no Processo Civil, não vincula a decisão do juiz. Essa é uma questão problemática no Processo Penal brasileiro, porque nós somos legatários de uma tradição jurídica que confundiu por muito tempo, e ainda confunde, categorias do Processo Civil com o Processo Penal, importam-se categorias do Processo Civil para o Processo Penal, o que causa confusão em alguns momentos.

Por exemplo, no Processo Civil, o pedido da parte vincula a decisão do juiz. Se a parte pede uma ação de indenização de 10 mil reais de reparação de dano, o juiz não pode dar 20 mil, porque senão estará julgando além do pedido, aquilo que se chama de julgamento *ultra petita*. Se a parte pede 10 mil reais de indenização, o juiz não pode determinar a entrega de um carro ou um veículo, porque ele estará julgado fora do pedido, *extra petita*. O pedido, no processo civil, vincula a decisão do



juiz; no processo penal, não. O pedido no processo penal não vincula a decisão do juiz.

Imaginem, por exemplo, a hipótese em que, numa ação penal, o Ministério Público impute ao acusado a prática de crime de corrupção, ativa ou passiva, e requeira ao juiz — a hipótese é absurda, mas só para que o exemplo seja bastante enfático — uma pena que seja inclusive vedada constitucionalmente, uma pena cruel ou até pena de morte. Nada impede que o juiz receba essa denúncia, processe o acusado e, na hipótese de condenação, aplique a pena efetivamente cominada em lei. O pedido da consequência jurídica referente à prática daquele fato não vincula o juiz, porque o juiz está vinculado àquilo que nós vamos chamar de *causa petendi*, os fatos imputados. Então, é nesse sentido que se fala de correlação entre a sentença e a imputação ou acusação no processo penal.

O que está a ocorrer com o PL 8.045? Em 2008, em virtude de alteração da promulgação, basicamente três leis promoveram uma mudança substancial na estrutura do Processo Penal Brasileiro, sobretudo no que diz respeito aos procedimentos processuais penais, ao rito do Tribunal do Júri e às questões relacionadas à produção da prova. Foram promovidas modificações naquilo que nós chamamos de *emendatio libelli* e *mutatio libelli*, que consiste em incidentes pelos quais o juiz pode, no curso do processo, promover uma modificação no âmbito da imputação, no tamanho da imputação.

No caso da *emendatio libelli*, ele promove uma modificação ou, como se costuma dizer na doutrina mais tradicional, uma adequação da classificação jurídica do fato imputado. Ele não altera o fato imputado, apenas faria um ajuste daquele fato a uma classificação jurídica diversa da atribuída pelo Ministério Público.

No caso da *mutatio libelli*, seria promovida efetivamente uma modificação no âmbito fático da imputação já mediante aditamento do Ministério Público.

Esses dois institutos estão previstos no atual Código de Processo Penal, especificamente nos arts. 383 e 384. O Projeto de Lei nº 8.045, com pequenas alterações, preserva os dois institutos, tanto a *emendatio* quanto a *mutatio libelli*, nos arts. 418 e 419.

Em relação à *emendatio*, há uma modificação muito significativa no texto do PL, pelo qual se retira do texto da lei a possibilidade de o juiz tomar a iniciativa de



promover a alteração da imputação fática ou de provocar o Procurador-Geral de Justiça para que assim o faça quando o Promotor de Justiça não promove essa acusação, que é um passo significativo na democratização do processo penal. Porém, o PL preserva, com pequenas modificações na redação, o instituto da *emendatio libelli* no art. 418.

Como isso funciona na prática? Imaginem os senhores que — vamos falar aqui da criminalidade urbana violenta, que é a criminalidade que tem, digamos, um apelo social maior —, na denúncia, o Ministério Público atribua ao denunciado a prática de um roubo majorado, de um roubo simples, *caput* do art. 157 do Código Penal, porém, na redação da denúncia, o Ministério Público mencione que o roubo foi praticado mediante o emprego de uma arma de fogo que estava, todavia, desmuniada no momento do fato, não havia projéteis na arma. Esse fato é mencionado na denúncia, porém o fato é classificado juridicamente como um roubo simples, não como um roubo majorado pelo emprego de armas.

No senso comum jurídico, o nome do processo penal, por muitos, ainda se considera aplicável ou válido o dogma segundo o qual cabe ao juiz, uma vez apresentados os fatos, dizer o direito: “narra-me o fato e te darei o direito”, o que, no âmbito do processo penal, pode, todavia, criar alguns problemas. Por essa máxima, defendida por muitos autores e doutrinadores no Processo Penal Brasileiro, esse acusado vai se defender do fato imputado, do roubo praticado mediante o emprego de uma arma de fogo desmuniada e não da classificação jurídica atribuída a esse fato, o roubo simples.

Portanto, não haveria problema algum, nessa perspectiva, de que, ao final da instrução, e é isso o que o art. 418 do PL ainda permite, o juiz procedesse a uma nova classificação jurídica do fato imputado, reconhecendo que o roubo praticado mediante o emprego de arma de fogo desmuniada ocorreu, portanto, o juiz declara que esse fato está provado, porém há um erro, um equívoco ou uma inadequação na classificação jurídica desse fato, e o juiz promove, de ofício, sem a provocação de ninguém, nem do acusador nem da defesa, uma nova classificação jurídica para condenar o réu pelo roubo praticado mediante o emprego de arma de fogo desmuniada. Ora, há, sim, efetivamente, muito embora se pretenda argumentar que não, um imenso prejuízo à defesa na preservação desse incidente da *emendatio*





*libelli* pelo PL nesses termos e, portanto, uma afetação de um perfil democrático do processo penal. Por quê? Porque o réu, no processo penal, ele não se defende apenas dos fatos imputados, ele não se defende tão somente de uma imputação fática, mas também de uma imputação penal, da classificação jurídica atribuída ao fato pelo acusador. Faz parte, sim, do conteúdo da ampla defesa oferecer resistência, debater, discutir, tencionar questões de Direito, e a classificação jurídica do fato é uma questão de Direito. Ora, nada impediria, nesse exemplo que eu estou dando aos senhores, que a defesa desse acusado reconhecesse, inclusive mediante confissão do próprio réu, que ele praticou roubo com o emprego de uma arma de fogo desmuniada, mas que pretendesse discutir a qualificação jurídica desse fato. Existe divergência nos tribunais brasileiros quanto a esta circunstância: o emprego de uma arma de fogo desmuniada configurar ou não a causa especial de aumento de pena no caso do roubo.

Em relação à arma, nesse caso, por não ter potencialidade lesiva — se ela não tem projétil, o autor não poderia efetuar o disparo —, há um entendimento que reconhece que ela representa grave ameaça para a configuração do roubo, mas não causa especial de aumento de pena; e também há um entendimento diverso. Vejam que nós estamos falando de interpretação do Direito, de um entendimento diverso, no sentido de que o emprego da arma poderia, sim, configurar o emprego da causa especial de aumento de pena. Ora, pode ser proposta da defesa simplesmente discutir a questão jurídica. Então, a defesa se defende, sim, da classificação jurídica dada aos fatos.

Nesse sentido, uma proposta que eu gostaria de deixar aqui expressa, pontual, ou uma reflexão a respeito do texto do projeto de lei, especificamente em relação ao art. 418, é que se reavalie a forma como a *emendatio libelli* está prevista, de tal sorte a se garantir a defesa antes de o juiz proceder à *emendatio libelli*, ou, mesmo após isso, que se faculte à defesa a oportunidade para se manifestar sobre essa nova classificação jurídica, inclusive com a possibilidade de se produzir prova, se necessário for, reabrindo-se a instrução. Se entender que não é o caso, já que não se vai discutir matéria de fato, pelo menos que se assegure à defesa a possibilidade de um tensionamento jurídico, de uma argumentação jurídica em relação a essa nova classificação jurídica dada ao fato.



Para concluir, Sr. Presidente, no mesmo sentido, sugiro a reflexão sobre o que está previsto no art. 420 do PL 8.045/10, que permite ao juiz proferir sentença condenatória ainda que haja pedido de absolvição do Ministério Público. Ora, senhores, se o que o juiz julga no processo penal é uma pretensão acusatória, no momento em que ela é retirada, no momento em que o próprio acusador declara ao juiz que não há condições de se requerer uma condenação — seja pelo motivo for, inclusive por insuficiência de provas —, e, em razão disso, o acusador pleiteia a absolvição do acusado, não há mais pretensão acusatória a ser analisada pelo juiz. Se eu a retiro, o juiz torna-se, para condenar o réu, um órgão previamente acusador. Ele precisará delimitar uma nova acusação para, a partir disso, proferir uma condenação. Essa é uma possibilidade prevista no Código, que viola frontal, triste e lamentavelmente um modelo de sistema processual acusatório.

Então, a reflexão que eu gostaria também de deixar a esta Comissão Especial é que se avalie se efetivamente o art. 420 do Código de Processo Penal deve permanecer no texto do PL, sob pena de nós causarmos, com a preservação desse dispositivo, uma afetação muito grave no sistema processual penal acusatório.

Eu quero agradecer profundamente a atenção com que os senhores me ouviram e fico aqui à disposição para eventuais debates posteriores.

Muito obrigado.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Muito obrigado, Prof. Marcus Alan. Foi muito boa a sua participação.

Agora vou passar a palavra ao último palestrante de hoje. Depois, abriremos espaço para os pronunciamentos das Sras. e dos Srs. Deputados.

Concedo a palavra ao Prof. Alexandre Moraes da Rosa, por 20 minutos.

**O SR. ALEXANDRE MORAIS DA ROSA** - Muito obrigado a todos os senhores e senhoras; ao Deputado Danilo Forte, Presidente desta Comissão; à Deputada Angela Albino, que brinda o nosso debate com sua presença. Já estivemos aqui, a convite da Deputada, na Comissão Especial que debate a 10 Medidas contra a Corrupção do Ministério Público, uma discussão que vai longe em relação ao PL 4.850/16.

Deputado, o senhor fez uma referência muito importante. Quando nós fomos à Comissão das 10 Medidas, a convite da Deputada Angela Albino, uma das



propostas foi: há uma Comissão discutindo o novo Código de Processo Penal; então, respeite-se essa Comissão. Não dá para ficar fazendo uma remenda em cada lugar, uma ideia em cada momento, porque assim se cria um monstro.

Aliás, o nosso projeto, que os senhores estão estudando e sobre o qual estão deliberando, já é um problema. E é um problema porque ele vem sendo remendado há muito tempo e não se atentou àquilo que se tem discutido de mais moderno e àquilo que se faz durante todo o nosso dia, que é a nossa realidade da delação premiada — os senhores simplesmente se esqueceram disso nesse projeto.

É para tratar pobre com surra e relho? E para rico nós podemos fazer delação premiada? De alguma maneira, o projeto tem que enfrentar a realidade. Nós não podemos mais continuar desse modo. Precisamos pensar um processo penal moderno. Ainda estamos com um processo pensado com a lógica do século passado quando hoje importamos categorias que precisam ser enfrentadas.

Agradeço muito aos dois colegas que falaram anteriormente: o André Nicolitt, do Rio de Janeiro, e o Marcus Alan. A Mesa é um tanto quanto de magistrados. Nós três pensamos, talvez, um pouco diferente. Mas nós fizemos um concurso para quê?

Nós estudamos Filosofia. E a ideia de estudar Filosofia é a seguinte: acusar. É importante acusar. Nós somos juízes de uma democracia que decidiu punir. Ninguém aqui é abolicionista — ninguém aqui é abolicionista! Só não aceitamos um jogo em que, no caso do boxe, o juiz dê o golpe. É isso que o Marcus Alan falou. Não se pode imaginar que, numa luta de boxe, o juiz decida, numa hora, dar um soco em alguém. Isso não pode. Por quê? Porque ele é terceiro. Quem estudou um pouquinho de Ciência Política sabe que o lugar do Estado é o lugar de terceiro. Se alguém estiver brigando, o juiz vem e diz quem tem razão. O juiz é quem se mete a fazer prova, o juiz é quem se mete a condenar quando alguém está pedindo absolvição. E quem está pedindo absolvição não é ninguém menos do que o Ministério Público! Esse projeto mantém uma lógica que é de uma mentalidade inquisitória assustadora.

E mais: eu estou há 20 anos na magistratura. Eu não confio nos juízes. E eu não confio nos juízes por uma regra básica: porque quem tem poder tem que ser controlado. Ministério Público, polícia, Deputado, Governador, Presidente da República, todo mundo tem que ser controlado.



O Supremo Tribunal Federal, por 5 votos a 6, decidiu que uma regra claríssima da Constituição, a sentença penal condenatória, depende de trânsito em julgado. Trânsito em julgado não decide o que os Ministros decidiram. Ali vigora o fator Julia Roberts, que é o fator daquele filme em que a doutrina trabalha, e o Supremo erra por último. Seis Ministros disseram “sim” e cinco Ministros disseram “não”. Alguém está mentindo? Alguém está agindo de má-fé ou não? Nós somos homens interpretando leis. Vejam só o que é um erro na nomeação de um Ministro para a Corte Suprema!

Se os senhores não botarem regras claras e não botarem limites e punições para os juízes, eles não vão cumprir. Sabe por quê, Deputado? Porque eles já não cumprem. Os senhores, que compõem este Parlamento, disseram aos juízes, formados numa mentalidade inquisitória: *“Juízes, vocês, desde 2008, não podem perguntar. Quem pergunta é o Ministério Público; e, se a testemunha for dela, quem pergunta é a defesa”*. Sabe o que o juiz fez? Beijo no ombro. *“Não estou nem aí. Eu sou o cara.”* Sabe por quê? Porque não há nulidade. E aqui, no projeto, continua não havendo nulidade — a nulidade é relativa. Tem que haver prejuízo. Se o objetivo do processo é verdade real, nunca há prejuízo. O cara está condenado? *“Mas não há prejuízo.”*

Então, há uma fraude que se repete nesse projeto, porque a magistratura simplesmente não vai cumprir as regras. A magistratura faz o que quer, porque não há punição e não há nulidade. E isso vai se reiterar porque os senhores têm um trabalho sério, um trabalho no Parlamento, um trabalho que tem de ser respeitado. Quem tem que ditar as regras são os senhores!

O que nós verificamos nos últimos tempos foi uma transformação disso para o Poder Judiciário. E esse limite só se faz com uma técnica legislativa adequada, com gente séria que possa discutir com os senhores esse projeto, que, infelizmente, é anacrônico. Esse projeto surge da lógica de uma mentalidade de superação de um processo continental.

Deputados, Deputadas, assessores, eu fico muito contente em saber que há alunos que estão em seus estágios dizendo que estão nos assistindo, como a Viviane, a Franciele e outros.



Qual é a ideia? Nós vivemos hoje no mundo um comércio de institutos processuais. O projeto fala que o Ministério Público não pode com incitação penal, que o juiz pode condenar de ofício. Quem pensa isso, pensa em um processo penal que tem de ter coerência.

Como se pode aceitar a suspensão condicional do processo, aceitar a transação penal e aceitar a delação premiada? Isso não fecha! Se se aceita tudo, tem que se ter disponibilidade da ação penal para que se possa dizer que há disponibilidade de um juiz abreviado — a Argentina e outros países fizeram isso —, em que se confia no Ministério Público, e ele diz se vai poder fazer acordo. Ele faz acordo em circunstâncias. Nós controlamos esses caras. Hoje os senhores não sabem como é esse controle. Hoje todo mundo sabe que a negociação da delação premiada é feita às escuras, sem transparência. Quais são os critérios do Ministério Público para aceitar delação de A, mas não aceitar a de B? Nós não sabemos.

Na Lei nº 12.850, de 2013, o Congresso passou batido e aprovou uma regra genérica que dá amplos poderes, uma carta ao Ministério Público. E nós não o controlamos. Ou alguém aqui acredita que se controla o Ministério Público no âmbito da delação premiada? Não se controla. Os senhores deveriam colocar no Código um regramento para essa modalidade, ampliá-la para os demais casos.

E aqui nós não podemos ser ingênuos. O nosso País, de dimensões continentais, tem um custo exorbitante. Noventa e nove por cento do sistema americano se dá por *plea bargaining*. Há um processo em Santa Catarina, por exemplo, no tribunal em que eu trabalho, que custa 2.500 reais por ano. Um processo penal vai custar 10 mil reais. Não há possibilidade de mantermos essa estrutura.

Nós precisamos do *plea bargaining*. Meus colegas odeiam isso, mas precisamos aceitar. Aliás, isso já existe. Já se faz isso no âmbito da colaboração premiada. Nós precisamos regulamentar essa prática. O Código é omissivo, não fala nisso. O Código fica reiterando uma discussão *vintage*, ultrapassada, um processo penal que pensa uma mentalidade continental, de uma Europa do século passado. Atualizar o nosso Código era um grande desafio — este era o desafio: atualizar o Código.



O que passa? O que passa é que nós importamos novos institutos, como a leniência, a delação premiada, o *plea bargaining*, que já começando a acontecer, e o Código se omite de tudo isso. E, se ele se omitir, o juiz vai continuar fazendo acordo, negociação de pena, porque boa parte deles já faz isso. E os senhores vão perder essa oportunidade.

Para fazer isso, tem que estudar. Não se inventa pólvora, não se inventa rota. O Código não pode ser bipolar, dizer uma coisa e depois outra. Mas o Código está o tempo inteiro dizendo coisas. Fazem-se subrelatorias, mas elas não conversam entre si. Inclusive há acordos e procedimentos com a citação errada, como apontou o André Nicolitt.

Precisamos, portanto, de uma comissão cada vez mais enxuta, com gente que possa sentar e pensar. Eu sei que havia algumas opções muito radicais. Mas como vivemos em uma democracia, pressupõe-se que é necessário repensar o Poder Judiciário, colocando cada um em seu lugar.

O art. 4º do projeto é fantástico quanto ao sistema acusatório. Eu tenho minhas limitações em relação ao sistema acusatório puro. O.k., tudo bem, nós podemos sentar e discutir. Mas o que precisamos entender é o seguinte: é cada um no seu quadrado, um acusa e o outro julga.

O juiz não pode se meter porque ele não tem que sair atrás de prova nenhuma. Os senhores já imaginaram ser vítima de um processo em que o juiz não é terceiro e que ele está preocupado em condenar? Que juiz é esse? Que democracia é essa em que o juiz está indo atrás de prova? E quem vai julgar? Um acusa e o outro defende, e ele diz quem tem melhor argumentação.

E para fazer isso — é o ponto a que vou chegar, porque tenho pouco tempo e não dá para falar muita coisa — nós temos que ser tributários a uma doutrina, como a dos italianos, dos ingleses, dos alemães e, fundamentalmente, dos americanos. E há muito tempo venho falando sobre isso. Precisamos estudar os americanos. O André fez propaganda do livro dele. Eu escrevi o livro *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*, no qual discuto o atual sistema americano de uma negociação que se dá por critérios diferenciados. Precisamos estudar isso. Precisamos aprender com eles para pelo menos aproveitar o que há de importante. Nós não vamos reinventar a roda.



Nessa perspectiva, Juarez Cirino, Juarez Tavares, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Marcelo Semer e outros professores já vieram a esta Casa discutir um processo penal, que seria de 2016. Precisamos discutir um processo penal que seja de fato atualizado, que possa atender, de alguma maneira, ao anseio popular no sentido de que haja punição. Nós vivemos em uma democracia. A escolha da democracia é punir — o.k.

Eu poderia ter outra escolha, mas sou juiz de uma democracia e essa não é minha vontade. Quando eu passei no concurso, eu não fui coroado rei da minha vara; eu não fui coroado o rei da cadeira do Ministro do Supremo Tribunal Federal. Há uma autonomia normativa que preciso respeitar.

E é isso que o Código precisa articular: um sistema forte de nulidades, um sistema que possa aprender em relação ao que já se produziu. E onde se pode buscar isso? No novo Código de Processo Civil. Os senhores apresentaram uma emenda ao capítulo de sentença, que vai do art. 417 ao art. 426. Ele dá questões formais, praticamente nada inova. Ele fala bobagem em relação à *emendatio libelli* e à *mutatio libelli*, como bem fez referência o Marcus Alan, porque o juiz não tem que ficar alterando nada. E por que o juiz não pode alterar? Porque os senhores erraram na premissa. E qual é a premissa? O Ministério Público tem que ter disponibilidade da ação penal, e ele tira a ação penal. Se ele não tem prova, tira. Por que tem que tirar? Ele pode voltar atrás. Se ele não pode voltar atrás, o sujeito é absolvido e acabou, porque não pode haver duplo julgamento.

Então, tem que se pensar em um processo penal que seja moderno, que possa considerar a disponibilidade de apostar. Eu não confio no Ministério Público. Eu tenho que confiar no Ministério Público. Vários alunos meus de mestrado pensam nisso. Eu confio nesses caras. E, para confiar neles, eu preciso dar autonomia a eles. Se já o faço com a Lei nº 12.850, por que não posso fazê-lo em um processo penal? Qual é a diferença? O processo penal pega quem? É essa a diferença?

E aí nós teremos uma possibilidade, e eu vou me restringir aqui à parte da sentença. Quem estudou um pouquinho de direito sabe o que é direito, o que é justiça, o que é equidade, o que é tipo penal? Eu não sei o que é tipo penal, porque não sei tipicidade sem saber qual é a teoria do crime que se usa.



Se nós pensarmos hoje muito rapidamente — eu não vou enfadá-los com teorias —, Deputado João Campos, veremos que a ideia é: enfrentar e convencer um juiz. Por mais que eu imagine um direito autônomo, nós acabamos de ver que, e eu fiz essa referência, dentre os 11 Ministros da Corte Suprema, e nós os respeitamos, cinco entenderam uma coisa e seis entenderam outra. Esse é o resultado. Isso significa que alguém está agindo de má-fé? Não. Há compreensões diferenciadas. E eu preciso que o juiz, em uma democracia, dê-me *step by step*, passo a passo, como ele pensa.

Eu não posso ter nada dado. Não existe dado em Direito, existe construído. Dignidade da pessoa humana não dá em árvore, dignidade da pessoa humana é um conceito. Se ele é um hegeliano, nós chegamos a um ponto; se ele é um kantiano, nós chegamos a outro. A compreensão de segurança coletiva depende dessa pressuposição, e ele precisa me dizer isso — ele precisa me dizer isso.

O art. 489 do Código de Processo Civil, que foi um resultado do Parlamento e tem muitos problemas, pode ser positivo. Ele tem algumas questões que podem ser transpassadas para esse projeto, se ele for adiante. Dentre elas estão, vejam só as interessantes, descritas nos incisos I, II e III, que repetem boa parte daquilo que já está no art. 417 e seguintes do nosso projeto:

*Art. 489. São elementos essenciais da sentença:*

.....  
*§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que — e aí é importante:*

*I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;*

*II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*

*III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (...).*





Eu preciso de uma decisão para um caso, que respeite a construção do caso, e a construção do caso é alguma coisa em que nós invertemos a lógica da subsunção. Nós precisamos construir o caso a partir de uma teoria que seja diferenciada e que possa pensar estatutos outros.

Portanto, parece-me muito importante nós repensarmos o processo, repensarmos a teoria da decisão judicial e também da adjudicação, que é a justiça negociada. Precisamos regulamentar isso de maneira clara, objetiva, e com fundamentação de quem faz negociação.

Eu não posso depender da boa vontade do negociador. Aliás, hoje em dia, os grandes advogados que atuam na Lava-Jato — e boa parte dos senhores sabem disso — operam numa lógica diferenciada. Não há mais processo penal, é de outra coisa que se trata, e não do processo penal que os senhores estão querendo colocar aqui no nosso Projeto de Lei nº 8.045.

Então, precisamos dessa atualização e da concentração de forças para que nós tenhamos um processo menos custoso, porém mais efetivo, que possa atender aos anseios coletivos de segurança, porque pode dar a ideia da brevidade. Isso significa colher, no sistema brasileiro, mecanismos processuais, institutos que hoje são relegados à organização criminosa e também a alguns tópicos dos juizados especiais.

Temos que fazer isso de maneira universal, reduzindo custos de todos nós. O Estado tem que cada vez menos recursos. Não podemos nos dar ao luxo de gastar 10 mil reais com um processo penal que vai render no final alguma coisa que poderia ser resolvida, inclusive com benefícios ao acusado, de maneira acordada, se nós tivéssemos uma justiça negociada, com critérios objetivos.

Hoje há um inchamento da máquina pública, há um inchamento do Poder Judiciário. E precisamos de regras que possam garantir, nesse mesmo momento, presunção de inocência; que possam garantir mecanismos de controle; que possam definir critérios de negociação e que possam superar essa infundável metáfora da verdade real e da ação indisponível.

Para que isso possa acontecer, é preciso, então, repensar os critérios para o exercício da ação penal, repensar os mecanismos de delação, estabelecer dez passos para a delação, como alguns fazem. O Delegado Márcio Anselmo, de quem



eu gosto muito, e outros delegados têm trabalhado significativamente para que isso possa ser realizado.

Quando não existe lei, nós a inventamos. O que os senhores estão fazendo aqui é um Código de 2016 que será inaplicável para boa parte da realidade do Poder Judiciário, porque ele continua delirando em relação a questões que já estão superadas do ponto de vista teórico. Ele continua insistindo em algumas premissas que são europeias, continentais e incompatíveis com o modelo negociado, que é, queiramos ou não, o modelo que vem adiante.

O que isso pressupõe ainda é que nós possamos repensar, manter algumas premissas na presunção de inocência. E podemos fazer isso. Quanto ao voto do Supremo Tribunal Federal, alguns Ministros disseram que em Portugal há votação em segundo grau, ações impugnativas. Há! Podemos fazer isso, basta fazer uma emenda constitucional. Não há nenhuma dificuldade. O nosso sistema pode ser operacional. Só que isso não é coisa de amador.

Sinceramente, mexer em um processo penal — há países onde isso deu certo — não é coisa para amador, não é coisa para quem fica discutindo no boteco. Isso é coisa de gente séria, de comissão séria. Ninguém vai fazer uma normativa para se construir uma ponte sem ouvir seriamente os engenheiros. Ninguém vai fazer alguma coisa em Medicina sem ouvir o médico. Podemos ter boas opiniões em relação à Medicina e a muitos assuntos. Mas, quando se trata de algo técnico, como esse projeto, tem que se guardar coerência. E não existe coerência em relação a ela e à normatividade da legislação extravagante, principalmente da Lei nº 12.850.

A minha proposta, de maneira bem genérica, se for para manter essa lógica, é: regulamentar de maneira mais aprofundada a sentença, para que nós tenhamos critérios para elaboração e nulidades cominadas a ela; melhorar significativamente nosso regime de nulidades, para que não haja fraudes das nulidades relativas, que haja nulidades sempre absolutas; criar, de alguma maneira, mecanismos para que os juízes cumpram as deliberações do Congresso. Hoje, os senhores sabem disso, há uma regra de 2008 para que o juiz não pergunte, e os juízes continuam perguntando. Os juízes não quiseram nem saber da reforma discutida no Parlamento. O meu medo é que os senhores tenham levado a sério a discussão do



Código de Processo Penal, trabalhado significativamente nisso, e todo esse esforço seja jogado fora por alguém dizer que ele não vale.

Então, a ideia é de fato abrir espaço, e as audiências públicas têm esse trabalho, para que possamos discutir isso. Como sugestão, Flaviane Barros, a partir de Elio Fazzalari, vai defender, por exemplo, que a sentença começa nas alegações finais. Por quê? Porque ali se vai construindo um caso, constrói-se uma singularidade, não é como jogar xequê no xadrez. Aqui é a singularidade na vida de alguém. E essa singularidade pressuporia, portanto, a ampliação da teoria da decisão, que é algo em que vimos trabalhando há 10 anos. Essa é uma sentença mais sofisticada do ponto de vista teórico, que daria *accountability*, o termo da moda, ou seja, daria transparência para o Poder Judiciário.

Eu não posso ter uma sentença que seja um Kinder Ovo, porque, ao se ler boa parte das sentenças do País, não se sabe de onde o juiz tirou a teoria pela qual ele tomou sua decisão. Isso é absurdamente antidemocrático numa realidade como a nossa.

Tenho lido sobre processo penal pela teoria dos jogos, entendido de recompensas, algo que os americanos trabalham há um bom tempo. Uma das coisas mais legais de se ler sobre teoria dos jogos é que ela vai mostrar alguns pontos. Eu fui avaliador do Juiz Sérgio Moro no concurso que ele fez. Eu li todo o material dele. Eu tenho o texto escrito, que está na Internet: *Para entender a lógica do Juiz Moro na Lava Jato*. Não concordo com muita coisa que ele faz, mas eu respeito teoricamente; afinal de contas, nós vivemos em uma democracia. Eu escrevi o que não concordo.

Nós temos uma nova maneira de pensar. A prisão deixou de ser cautelar. A prisão serve para outros anseios. Ficar discutindo um Código de Processo Penal que não seja atual, na dinâmica de aplicabilidade do Código de Processo Penal, parece-me um esforço que pode ser inglório para todos os senhores. Focar aquilo que é importante, focar aquilo que é abrangente e que são as novas perspectivas do Processo Penal, parece-me muito legal.

Fica uma última advertência. Em relação a qualquer delação, eu tenho sempre dito isto — inclusive o disse na Comissão do Congresso: por que o Ministério Público quer aumentar a pena? Ele quer aumentar a pena porque, se a



pessoa não faz delação, a pena que lhe é aplicada por corrupção vai para 12 anos. Ou seja, se a pessoa fizer uma delação sobre um Deputado que usou o cargo particular para fazer uma festa aqui e o Deputado não tiver prova daqui a 20 anos, ele vai ter que fazer uma delação comigo. Tem que se entender o que significam as reformas do Código de Processo Penal não em relação a isso aqui, mas em relação ao que significa um processo consensual, em que a delação tem uma força maior.

Este é o meu desafio, a minha proposta: que isso seja estudado de maneira atualizada, respeitando-se o Congresso; e que se possa fazer com que os juízes respeitem isso.

Deixo a seguinte frase: o único que não trai é o inimigo. O inimigo nunca trai. O amigo é que faz delação premiada.

Muito obrigado.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Obrigado, Prof. Alexandre Moraes.

Realmente, o nível de debate hoje foi muito bom. Os expositores se colocaram com muita propriedade. Inclusive nós estamos tendo a oportunidade de apreender com vocês um novo enfoque.

De acordo com o Regimento, seria a vez de o Relator falar, mas ele se atrasou em virtude do voo que o trouxe do Estado para cá.

Pergunto à Deputada Angela Albino se ela quer se pronunciar pelo prazo de 5 minutos. Posteriormente, nós vamos fazer outra rodada com os palestrantes, e, no final, o Relator fará a avaliação final.

Tem a palavra a Deputada Angela Albino.

**A SRA. DEPUTADA ANGELA ALBINO** - Obrigada, Sr. Presidente. Certamente, não vou utilizar os 5 minutos.

Cumprimento todos os integrantes da Mesa, que nos trouxeram hoje essa visão ampla não só do Direito Penal, mas também do Direito como um todo e da sua aplicação real.

Vim hoje, Sr. Presidente, exatamente porque, como V.Exa. mencionou, eu integro a Comissão que analisa a proposta das 10 Medidas contra a Corrupção e fico muito angustiada de ver a sobreposição de discussões.



O Presidente Danilo Forte já esteve na Comissão, já buscou construir esse acordo. Mas gostaria que nós pudéssemos dar maior ênfase, Relator, na comunicação entre as duas relatorias, para que não criássemos na Comissão a expectativa de que, na hora da aplicação real, não conseguiremos nos compatibilizar. Parece-me que o palco de discussão sobre corrupção é muito mais aqui. Naquela Comissão se trata de temas que mexem profundamente no Código de Processo Penal. Falo isso como alguém que vem do Judiciário, porque estou há muito pouco tempo aqui na Câmara Federal.

Preocupa-me muito quando fazemos leis sob o clamor popular. Sempre que se fizeram leis sob o clamor popular, o resultado foi desastroso. Mesmo acerca da inspiração das 10 Medidas contra a Corrupção, que vem lá do processo italiano, nós todos reconhecemos que o resultado daquilo foi ruim. Então, gostaria que todos se atentassem para isso.

Convido o Dr. Alexandre Morais da Rosa, que já nos deu a sua contribuição na Comissão, e os demais a nos auxiliarem, a contribuírem com a Comissão, que conta com uma Presidência e uma relatoria muito dispostas a acertar o máximo possível. E ela também vai viver a pressão de se supor que o melhor de tudo é prender todo mundo e, se possível, passar um cercado em torno da Câmara, que já fica mais fácil. Se deixar, ao fim, ao cabo dos trabalhos, vai se querer matar no meio da rua e passar um cercado em torno das instituições democráticas. Não digo isso exatamente da letra que está lá, mas do espírito que norteia muitas vezes minha própria inquietação em redes sociais. É desastroso ver isso. Parte-se do pressuposto de que não só Deputados e Senadores são corruptos, mas que a coisa pública também é corrupta; portanto, tudo que se relaciona a ela, inclusive o setor produtivo, ou qualquer tipo de aproximação que haja com ela, contamina-se com esse espírito. E me preocupa muito o fato de que nós, sob esse espírito, possamos produzir um novo regramento que vai mexer de tal forma com o País e com as gerações futuras.

Eu queria destacar na fala do Prof. Alexandre Morais da Rosa a minha preocupação também, como pessoa que está há 12 anos na vida pública, com o tom que adquiriram essas prisões agora com a Lava-Jato, porque isso não passa a ser mais uma medida que, no processo, possa contribuir para a efetividade das medidas, mas é uma antecipação de um julgamento. E eu vou dizer o seguinte para



entrar exatamente na polêmica: ao se prender Cunha, sem que haja uma sentença condenatória definitiva — e eu era das mais entusiasmadas para que ele saísse da Presidência da Casa —, preocupa-me muito que essas prisões passem a ter o resultado que se espera apenas da execução definitiva de um devido processo legal.

Se perguntarmos ao senso comum ou considerando a contribuição mesmo que alguns setores da imprensa dão, ouviremos: “O *Cunha está preso. Acabou! Já está pronto*”. E não é esse o instituto.

Preocupa-me sobremaneira que nós consideremos a coisa pública como algo a ser banido da convivência, porque não presta mais para ninguém. Obviamente, isso conduz a um processo antidemocrático, e me preocupa que isso seja o apelo mais perigoso que nos ronda hoje.

Então, na pessoa do Presidente, que já foi lá, e do Relator também, apelo para que possamos ter, cada vez mais, interlocução com a Comissão, a fim de que possamos trazer o que se discutiu lá, que foi também de altíssimo nível, para contribuir aqui.

Obrigada, Sr. Presidente.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Obrigado, Deputada Angela Albino.

Há um convite aqui a todos os membros desta Comissão para participarem do Encontro Regional da Comissão Especial do Código de Processo Penal, na próxima sexta-feira, dia 11, às 14 horas, no Plenário 10 do Fórum da Barra Funda, em São Paulo.

Concedo a palavra à Deputada Keiko Ota.

**A SRA. DEPUTADA KEIKO OTA** - Sr. Presidente, desculpe-me pela demora, mas a Casa está muito tumultuada hoje.

Boa tarde, Relator e todos da Mesa.

Todos sabem que eu milito junto às famílias vítimas de violência. Serei breve nos meus dois questionamentos aos convidados. Desculpem-me por eu não ter ouvido a fala de todos que aqui estiveram.

Primeiro: o juiz, ao proferir a sentença, após fixar a pena-base, não poderia estipular a reparação do dano à vítima? Na maioria dos crimes — como roubo e furto, por exemplo —, é possível que o acusado possa promover a reparação do



dano provocado, estipulando-se para tanto o valor da indenização? Nos crimes em que não há reparação, como estupro e homicídio, estipula-se um valor mensal como uma forma de indenização? Nos crimes de perigo comum, como o tráfico de drogas, o *quantum* indenizado ficaria para o Estado?

Havendo a reparação do dano à vítima de violência, com certeza faz-se com que se diminua a sensação de impunidade. E mais: o trabalho para o preso, consequentemente, ajudará na ressocialização dele.

Segundo questionamento: nos crimes hediondos ou nos crimes que envolvam o crime organizado, havendo a decisão de primeiro grau, não deveria o réu recorrer dessa decisão necessariamente preso?

Todos sabem que, até chegar o momento da sentença pelo juízo, o processo foi debatido tanto pela acusação quanto pela defesa e que, quando se chega a uma decisão, é porque houve uma forte presunção de culpa dos autores. Muitas vezes, o réu responde em liberdade o processo, permanecendo dessa forma após interposição de recurso. Com a prisão do condenado em primeiro grau, diminui-se a sensação de impunidade.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Muito obrigado, Deputada Keiko Ota.

Agora vou compilar tudo, para que, junto com as considerações finais, cada um dos palestrantes possa responder aos questionamentos feitos pelas Deputadas Keiko Ota e Angela Albino.

Então, passo a palavra, primeiro, ao Juiz e Professor da Universidade Federal Fluminense, Sr. André Nicolitt, por 5 minutos.

**O SR. ANDRÉ NICOLITT** - Agradeço às Deputadas Angela Albino e Keiko Ota pelas intervenções.

Pensando em tudo que aqui ouvi, inicialmente eu gostaria de ratificar as palavras dos colegas Marcus Alan Gomes e Alexandre Moraes da Rosa, com as quais eu comungo inteiramente.

Fico feliz com a preocupação da Deputada Angela Albino relativamente à integração das Comissões. Acho que isso é fundamental e já me coloco à disposição da Comissão para qualquer contribuição que eu possa dar, até porque li, ainda que superficialmente, as propostas e fiquei assustado.



Aliás, uma das coisas mais difíceis que eu tenho percebido na vida é lecionar Processo Penal, o que dizer para os meus alunos. Digo isso porque tudo que eu ensino para eles parece que é desmentido no *Jornal Nacional* e, muita das vezes, no próprio Supremo Tribunal Federal. Quando acabei de dar uma aula sobre presunção de inocência, o Supremo, por 5 votos a 6, proferiu aquela decisão. Eu gosto muito de um texto de Giorgio Agamben sobre o que é o contemporâneo, no qual ele diz que é preciso enxergar o que está sob as trevas, e não o que está iluminado.

Quando o Supremo proferiu aquela decisão dizendo que tem que se evitar a prescrição, referia-se basicamente a crimes que já vão levar ao cárcere, com penas superiores a 4 anos, cuja prescrição é de 12 anos. Então, nós estamos falando de um reconhecimento do Supremo Tribunal Federal, da incapacidade de os Tribunais Superiores, em 12 anos, julgar os recursos. Isso não ficou dito.

Então, eu acho que nós temos que fazer discussões aprofundadas. E há uma incoerência, uma esquizofrenia sistêmica, quando se fala do processo democrático. Nós queremos um processo democrático, mas não queremos o custo disso. Qual é o custo disso? Alguns culpados vão ser absolvidos. Nós queremos viver numa sociedade de consumo, numa sociedade com um industrialismo e um capitalismo desenvolvido, e não queremos o custo disso. Qual é o custo disso? Corrupção. Quando se estuda criminologia, percebe-se que a corrupção é inerente ao sistema econômico de produção em que vivemos. E aí querem extinguir a corrupção a todo custo. Tudo bem, temos que criar mecanismos que façam isso, mas mecanismos que façam isso assegurando o devido processo.

Quando nós discutimos isso, nós não queremos alardear a impunidade ou qualquer coisa do tipo. A nossa preocupação é qual o modelo de poder. Por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal decide o que o Ministério Público pode investigar, a Polícia tem que investigar tudo. E agora o Ministério Público pode investigar, segundo uma decisão do STF. E eu pergunto: o que o Ministério Público investiga? Não há um sistema de controle sobre isso. Então, o Ministério Público investiga o que ele quer. É esse o problema, porque não há um sistema de controle, e nós pensamos um modelo de processo que estabeleça controles a quem exerça o poder. Nós estamos percebendo um agigantamento das instituições, que estão tendo mais poder do que a lei atribui a elas.





Com relação à reparação do dano, eu acho louvável essa discussão, desde que se assegure... Eu tenho as minhas restrições quanto a levar interesses patrimoniais para o processo penal, mas, se isso for inevitável, que pelo menos se obedeça a um sistema de congruência: tem que haver pedido, tem que haver... Agora o que não pode é isto: ninguém interveio, ninguém fez nada, e o juiz, do nada, fixa uma indenização.

Eu acho, porém, essa regra um pouco inócua, em termos de experiência prática. Eu não sei os meus colegas — talvez no Sul o Dr. Alexandre tenha uma experiência melhor —, mas eu acho que só julguei uns cinco réus que não eram miseráveis. Porque o sistema de justiça penal — que eu respiro todo dia — só julga ou condena miseráveis; são pretos, pobres e analfabetos que vão às portas do Judiciário, porque o sistema penal é criado e arquitetado para recolher essas pessoas. Então, pensar reparação de dano nesse sistema é algo meio inócuo. Mas eu acho que há espaço para isso, desde que se observe essa ideia de o juiz não fazer de ofício.

Com relação à prisão, a questão da sensação da impunidade é algo que me preocupa muito, porque isso é uma função da pena. E, se o juiz for trabalhar com isso que nós chamamos de Direito Penal simbólico, de dar satisfação — e a Deputada lembrou o problema —, é muito difícil fazer leis com pressão da opinião pública, da população, ouvindo a voz das ruas. Se já é um problema criar leis nessa atmosfera, imaginem para quem decide, às vezes, ouvindo a voz das ruas! Pilatos fez isso, e deu um problema danado!

Eu acho que nós temos, nas nossas funções de uma casa como o Parlamento, que deve prezar pelos direitos fundamentais, ou como o Judiciário, que é um poder contramajoritário, que pode decidir contra maioria — embora os juízes não se recordem muito bem disso, e o primado é o dos direitos fundamentais —, eu acho que nós devemos, às vezes, ter decisões e legislações que... Afinal, saiu uma pesquisa agora que diz que 57% da população acredita que bandido bom é bandido morto. Mas será que isso está de acordo com o nosso tempo, com a nossa Constituição? Ou isso é um retrocesso milenar?

E digo, para terminar, que há incoerência em todos os campos. Nós queremos um modelo democrático, mas queremos práticas autoritárias. Vivemos



num país cristão. Eu estava lendo Carnelutti, que falava num sistema penal inspirado em Cristo. Qual é a lógica penal de Cristo? Levou uma bofetada, dê a outra face. Aí o cara é cristão, mas o sistema penal que Cristo indica não tem nada a ver com o que ele apregoa, porque, na verdade, Cristo contestou até a proporcionalidade do *“olho por olho, dente por dente”*. Ele disse: *“Não. Levou um tapa, ofereça a outra face”*.

Portanto, nós vivemos num país cristão em que 57% consideram que bandido bom é bandido morto. Começamos a ficar preocupados com a esquizofrenia geral que está alardeando tudo. As pessoas não conseguem ter algo importante: a coerência.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Obrigado, Prof. André Nicolitt.

Para as suas considerações finais, com a palavra o Prof. Dr. Marcus Alan Gomes, por 5 minutos.

**O SR. MARCUS ALAN DE MELO GOMES** - Muito obrigado, Sr. Presidente.

Deputada Keiko Ota, eu ratifico integralmente a posição do meu antecessor, o Prof. André Nicolitt, com relação à reparação do dano à vítima no Processo Penal. Veja bem, é muito perigoso, é muito perigoso nós definirmos parâmetros para o funcionamento do sistema penal a partir dos interesses da vítima. Isso não significa ignorar a importância da vítima no conflito penal. Porém, estabelecer uma política criminal e definir institutos penais e processuais penais a partir — exclusivamente ou primordialmente — do interesse da vítima é muito perigoso, é muito perigoso, porque a tendência de expansão punitiva é praticamente incontrolável.

Eu não fui simpático à alteração legislativa que introduziu no CPP a possibilidade de o juiz criminal, na sentença, fixar uma indenização mínima para a vítima. O Processo Penal não serve para apurar dano causado à vítima, sobretudo nos crimes em que não há dano material, mas sim dano moral. Nos crimes contra a honra, nos próprios crimes sexuais, no estupro, em que não há dano material, mas há sobretudo dano moral, como é que juiz criminal vai quantificar isso no processo criminal? A prova produzida no processo criminal não se destina a isso. Portanto, o risco de um erro judicial é muito grande. Eu não vejo com simpatia essa introdução, no Processo Penal, de mecanismos voltados exclusivamente para a satisfação do



interesse da vítima. Talvez, discutir-se outra forma para agilizar ou desburocratizar a reparação do dano causado à vítima na via cível me parece mais adequado.

Com relação ao segundo questionamento, no que diz respeito a se estabelecer que, para recorrer da sentença condenatória — se eu bem entendi, acho que foi isso —, o réu deveria ser necessariamente preso, Deputada, se assim procedermos, nós estaremos retrocedendo historicamente décadas no Brasil. No Brasil, já existia uma prisão prevista no texto original do Código de Processo Penal que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, chamada de prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. E ela era exatamente isso. Para que o acusado recorresse da sentença condenatória, ele deveria ser preso. E isso é completamente incompatível com a Constituição Federal.

São as posições que eu gostaria de colocar.

Eu só queria, se me fosse possível — ainda restam 2 minutos —, dirigir-me brevemente à Deputada Angela Albino, que, se eu bem entendi, integra a Comissão que trata do Projeto de Lei das 10 Medidas contra a Corrupção. Eu não vim com este propósito, Deputada, mas já que me surgiu a oportunidade, eu serei oportunista e vou me manifestar.

Eu não tive a oportunidade de estar naquela Comissão. Teria tido muita satisfação em estar lá. Mas vou dizer aos Srs. Deputados de maneira curta, objetiva e muito clara: façam um grande serviço à democracia brasileira e rejeitem esse projeto de lei! Rejeitem esse projeto de lei!

Primeiro, esse projeto de lei não é de iniciativa popular, esse projeto de lei é de iniciativa do Ministério Público Federal. O que o Ministério Público Federal fez, aproveitando-se da repercussão midiática de um episódio judicial? Aproveitou-se para colher mais de 2 milhões de assinaturas, a fim de apresentar esse projeto de lei.

Sou magistrado há 20 anos, completei agora em outubro. Não costuma ser bom fazermos referência a tempo, mas há 20 anos sou magistrado. Sou professor universitário, em final de carreira, há quase 20 anos também. E afirmo a V.Exa. isto, com toda a segurança que posso encontrar: nenhuma dessas medidas que faz parte desse pacote de combate à corrupção é idônea para reduzir corrupção. Não há um



levantamento criminológico, um estudo criminológico que embase qualquer uma dessas medidas.

Não sei como essas medidas foram elaboradas, não sei onde elas foram elaboradas, se foi em algum gabinete do Ministério Público Federal aqui em Brasília ou em Curitiba, não sei quem propôs essas medidas, mas afirmo a V.Exa. categoricamente que elas não vão contribuir em absolutamente nada para reduzir a corrupção no Brasil.

O que elas vão fazer é exatamente o inverso. Elas vão incrementar a dinâmica do sistema punitivo brasileiro, porque essas medidas não alcançam ou não alcançariam somente os poderosos, os criminosos de colarinho branco: alcançariam a grande clientela do sistema punitivo brasileiro, que é o pobre desprovido de condições de se defender, o excluído socialmente.

Esta é apenas a mensagem que gostaria de deixar aqui.

Eu tenho acompanhado com muita preocupação a tramitação desse projeto de lei. Como professor, já tive oportunidade de publicar alguns artigos tratando de como a campanha das 10 Medidas contra a Corrupção se aproveitou da reverberação midiática da Operação Lava-Jato para apresentar esse projeto de lei, que, insisto, não é de iniciativa popular. Esse projeto de lei tem um vício de origem. O Ministério Público Federal não tem legitimidade constitucional para propor projeto de lei tratando de matéria penal.

Esta, a mensagem que queria deixar a V.Exas.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Obrigado, Prof. Marcus Alan Gomes. Parabenizo-o pela coragem e dedicação. Os futuros acadêmicos de Direito do Pará o esperam por mais 20 anos, pelo menos, porque V.Exa. ainda está muito em forma para dar aula!

**A SRA. DEPUTADA KEIKO OTA** - Sr. Presidente, eu gostaria de falar com o Dr. Marcus e o Dr. André.

Aquela passagem de Cristo foi um fato consumado. Foi um ensinamento, à época. Não podemos ver, mas hoje temos que pensar que são 60 mil homicídios ao ano e precisamos dar uma resposta à sociedade.



Quando o senhor fala que não podemos fazer a partir de uma iniciativa popular, digo que podemos sim, porque há um dito popular que fala uma verdade: “*A voz do povo é a voz de Deus*”. E 60 mil homicídios é muito!

Acredito que temos que ter certo equilíbrio — emoção, razão, inteligência, sabedoria. Por isso, tem que haver leis que coíbam o efeito da violência, mas também a causa. Acredito na prevenção. Mas também temos que mostrar que há leis para tudo. Cito um exemplo na área cível: quando saiu o cinto de segurança, viu-se que todo mundo passou a usá-lo porque se teve que reparar um dano, houve multa. Portanto, nós temos que ter boas punições. Aí se encontram os dois.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Obrigado, Deputada Keiko Ota.

Concedo a palavra ao Prof. Alexandre Moraes da Rosa, por 5 minutos.

**O SR. ALEXANDRE MORAIS DA ROSA** - Muito obrigado, Deputado Danilo Forte, Deputado João Campos, Deputada Angela Albino e, fundamentalmente, Deputada Keiko Ota.

Eu tenho uma prima que foi estuprada. Se eu pegar esse cara pela frente, talvez ele não saia ileso. É importante entender isso, porque a vítima precisa ser ouvida. Quanto à vítima, em qualquer ordenamento jurídico do mundo — e V.Exa. sabe disto —, nós trabalhamos hoje com outras perspectivas, com uma ideia de justiça restaurativa em que se possa ouvir. O grande dilema é que não trazemos a nossa prima de volta às condições anteriores; não conseguimos trazer de volta as vítimas que morreram, as vítimas que foram violentadas. Nós sabemos que é impossível voltar o tempo.

O que a pena vai poder oferecer para a vítima ou para aqueles que sofrem os efeitos da vítima é alguma coisa muito difícil de mensurar. Por mais que nós possamos reparar o dano, por mais que possamos pensar em dano moral, mensurar a moral da perda de um filho é alguma coisa dolorosa demais para um juiz. Toda vez que eu passo por isso, isso me mata. E a ideia de fazer uma tariffação é pior ainda!

Portanto, o que nós temos no mundo? Vamos aprender com que o mundo fez. É muito significativo isso, Deputada. Eu faço parte do Instituto de Mediação e Arbitragem de Portugal. Lá nós temos um trabalho muito significativo de reparação,



para que as pessoas possam entender os motivos pelos quais os crimes aconteceram. Isso tem significado uma ampliação.

Na Catalunha, recentemente, lançou-se um projeto em que, entre a condenação e a aplicação da pena, há a participação da vítima. Isso poderia ser estudado. Quando o acusado é condenado, entre a condenação e a aplicação da pena, que não é no mesmo ato, há a possibilidade de discutir com a vítima o que ela quer. O que se queria? Uma vítima que não queira, de fato, uma vingança, mas que se possa estabelecer...

*(Intervenção fora do microfone. Inaudível.)*

**O SR. ALEXANDRE MORAIS DA ROSA** - E o projeto se omite.

**O SR. DEPUTADO PAULO TEIXEIRA** - Era este o minuto que eu queria.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Deixe-o concluir. É a punição para quem chega atrasado. Se nós estamos discutindo o Código Penal, também tem que haver punição para os retardatários, senão vira bagunça! *(Risos.)*

**O SR. ALEXANDRE MORAIS DA ROSA** - É isso o que eu tinha a dizer, Deputado, quanto à minha proposta. Há muita coisa legal sendo discutida do ponto de vista acadêmico.

De outro lado, quanto àquilo a que o Dr. Nicolitt fez referência, digo que eu fico sempre assim, porque passo por isso o tempo inteiro. Há uma regra no nosso Código de Processo Penal... Eu sou Juiz Titular de uma Vara Criminal de Florianópolis, onde a Deputada também tinha base eleitoral. Eu não tenho recordação de fazer um processo crime com alguém que tinha dente. Então, eu vou dar para a vítima uma falsa esperança. Olhem só, eu condeno, para que ela receba a bolsa de volta, os 500 reais da bolsa. Eu mando um oficial de justiça ir à casa da vítima, para intimá-la: ela tem 500 reais para receber. Sabem o que acontece? Ela vai executar, e o sujeito está preso. O sujeito, eventualmente, não tem nada a receber. Eu dou uma falsa expectativa para a vítima.

Esse modelo funcionou em sociedades mais ou menos organizadas, em que os crimes patrimoniais acontecem em menor medida e há acusados que recebem esses mecanismos.

Portanto, é muito difícil para todos nós operarmos em uma lógica em que importamos, sem tropicalizar, os institutos. Isso me parece alguma coisa em que



podemos evoluir. Há muita coisa legal sendo feita nesta matéria, há muitas coisas interessantes.

Eu atuei em um caso. Muito rapidamente eu o conto para V.Exa.

Eu era Juiz da Infância e Juventude em Joinville. O sujeito estava na sacada, quando viu seu filho, que estava chegando à casa, ser tirado do carro com uma arma apontada para a cabeça. Quando lhe é tirada a arma da cabeça, o cara diz assim: *“Eu sou gerente do banco. Estou indo embora. Eu queria prestar depoimento logo para ir embora”*. *“O senhor quer saber por que o menino fez o ato infracional?”* Queria. *“Pois é, ele tem uma gravidez com uma menina adolescente. Mantiveram relações sexuais — e o fazem cada vez mais cedo, sem nada. Ela ficou grávida, e a criança nasceu com um problema, tem que tomar um determinado leite. O Estado não dá esse leite para a criança tomar. Sabe o que o pai fez? Perdeu a cabeça. O filho estava com fome. Foi lá, pegou a arma e colocou a arma na cabeça do outro. Não está justificado. Eu vou deixar o guri internado, mas falo isso para o senhor entender que não foi uma questão vinculada ao senhor. Aconteceu porque ele precisava”*. E a pergunta da vítima, que ia mudar de cidade: *“E a criança está bem?”*

Nós instauramos um processo de justiça restaurativa. Eu fui um dos primeiros juízes no Brasil a fazer justiça restaurativa com adolescentes. Foram 7 anos de trabalho árduo. Sabe o que aconteceu? A vítima virou padrinho da criança do adolescente. Assim, isso pode funcionar, diante de uma coisa que seria um medo para sempre de ser perseguido.

Há projetos de iniciativa muito legais, que modificam a nossa lógica da punição, mas esse é um desafio de todos nós. É o desafio de entender que a lógica do *“olho por olho, dente por dente”* também acontece e que não podemos deixar de considerar a dor da vítima, porque ela vai querer isso. Afinal de contas, roubaram dela alguma coisa que era muito preciosa. Mas o Estado tem que ser um terceiro que possa modular essa expectativa de vingança, que é humana, uma expectativa comum.

Agradeço a todos os Deputados. E perdoem-me a demora!

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Obrigado, Prof. Alexandre Morais.



Vou ceder 3 minutos ao sempre assíduo, mas também atrasado, Deputado Paulo Teixeira — vou dar a V.Exa. um relógio, nas próximas festas de final de ano. *(Risos.)*

**O SR. DEPUTADO PAULO TEIXEIRA** - Sr. Presidente, apenas quero cumprimentar V.Exa., o Deputado João Campos, as Deputadas Angela Albino e Keiko Ota. Cumprimento também os nossos convidados, Alexandre Moraes da Rosa, André Nicolitt e Marcus Alan Gomes.

Inicialmente, digo que esta Casa é farta de atividades importantes. Eu sou Relator da PEC dos Precatórios, que está em fase final de aprovação. Estamos em audiência pública, a única para a aprovação, na última fase para a resolução dos problemas dos precatórios. Por isso, lamento não ter estado aqui. Às vezes, até substituo colegas que são atuantes em algumas das reuniões aqui, porque também têm problemas parecidos com os meus.

Eu achei muito importante estar presente e pude acompanhar algumas intervenções. Várias pessoas foram me avisar que os senhores estavam aqui. Pedi licença da outra Comissão para vir, porque os nossos palestrantes de hoje são muito importantes.

Quero apenas dizer, na presença do Relator, Deputado João Campos, e na presença do Presidente da Comissão, Deputado Danilo Forte, que o tema da justiça restaurativa é fundamental, se nós quisermos repensar a Justiça brasileira e repensar como resolver conflitos.

Hoje, nós somos um país que encarcera, e muito. E o encarceramento elevado não tem melhorado a segurança; pelo contrário, tem piorado a segurança pública, porque o cárcere tem sido uma profissionalização da atividade criminosa. Por isso, esse desejo da sociedade, o do encarceramento, volta-se contra a sociedade, com o aumento da violência. Nós precisamos ter a exata medida da solução, porque, se não tivermos a exata medida, vamos punir errado. Quem pune errado, terá os efeitos dessa medida errada.

Por isso, nós abrimos um espaço para construir um capítulo de justiça restaurativa. Para tanto, fui autorizado pelos dois ilustres membros. Nós já tivemos uma reunião e teremos duas outras audiências.





Peço a o senhor que participe das próximas discussões e ofereça também aos demais participantes os termos de como melhorar a justiça restaurativa. Assim, nós poderemos entregar um Código de Processo Penal, a exemplo do que já fizeram outras sociedades, com resultados mais positivos e com uma mentalidade nova, que está sendo construída da base. Como disse aqui o Dr. Alexandre Morais — e como diria aquela Juíza de Brasília que vai falar conosco —, fatos que a Justiça hoje puniria da maneira mais dura, resultaram em reconstruções de relações muito importantes na sociedade, pactuadas pelas vítimas.

É por isso que eu queria reforçar o pedido aos senhores para que participem dessas audiências. Eu até vou verificar se os seus nomes já estão listados, ou somá-los aos nossos pedidos, para que nós concluamos este capítulo da justiça restaurativa.

Eu acho, Deputado João Campos e Deputado Danilo Forte, que, entre outras, talvez esta seja a maior novidade do nosso Código de Processo Penal, a maior que vamos oferecer à sociedade brasileira.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - É uma inovação!

**O SR. DEPUTADO PAULO TEIXEIRA** - Portanto, pela oportunidade, é o que eu gostaria de dizer. Eu peço imensas escusas por causa dessas outras atividades, das quais temos que dar conta neste Parlamento, como compromisso para com o nosso País.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Obrigado, Deputado Paulo Teixeira. V.Exa. é sempre muito pertinente nas suas observações. Sem dúvida, esta Comissão vai inovar.

Lembro que, na sexta-feira, nós teremos uma audiência no Fórum da Barra Funda, em São Paulo, às 14 horas, na Sala 10. V.Exa. está convidado, Deputado Paulo Teixeira.

Para as considerações finais, concederei a palavra ao nosso Relator, Deputado João Campos, por 5 minutos. Antes, contudo, ouviremos a Deputada Keiko Ota, para um registro.

**A SRA. DEPUTADA KEIKO OTA** - Nesta questão do sistema carcerário, deveria ser feita uma triagem, porque muitas pessoas não precisariam estar lá, não é verdade?



E, nessa questão de justiça restaurativa, eu comungo com o pensamento dos senhores, que acho importante. Inclusive, o meu marido vai fazer, em 3 minutos, o relato dele, porque ele ficou de frente com os algozes do meu filho, do Ives, e isso foi muito bom para ele. No entanto, isso não quer dizer que não deve haver justiça, para não caracterizar vingança. Ele se sentiu muito bem quando fez isso. Isso tirou dele todo aquele ressentimento e ódio, mas nós não podemos abrir mão da justiça. Por quê? As pessoas precisam entender que, para viver em sociedade e ter liberdade, são necessárias as leis. As pessoas não podem infringir as leis. É isso que eu acho importante.

Obrigada.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Obrigado, Deputada Keiko Ota.

Para as considerações finais, ouvimos o Relator, Deputado João Campos, por 5 minutos.

**O SR. DEPUTADO JOÃO CAMPOS** - Inicialmente, eu gostaria de agradecer as contribuições dos nossos convidados e, já de plano, fazer uma solicitação: se os senhores tiverem uma nota técnica ou apontamentos daquilo que expuseram e puderem apresentar a este Relator, eu agradeceria muito, muito mesmo!

Farei, de fato, apenas algumas considerações.

Por vezes — e até aproveito algumas das considerações finais —, sou abordado por pessoas comuns ou profissionais, operadores da lei, que dizem: *“João, já que você é o Relator, dê um jeito de escrever, regular direitinho determinados procedimentos!”* Foi o que disse aqui o Prof. André. Ele disse que ministra aula de Processo Penal, mas de repente vai assistir ao *Jornal Nacional* e parece que estava tudo errado. As pessoas terminam me exortando nesse sentido. Principalmente quem conhece um pouco de Direito diz: *“Olhe, dê um jeito lá de regradar direitinho, escrever como é cada procedimento, para evitar excessos, não observância, etc.”* Aí eu digo: *“Olhe, mas está escrito!”* (Risos.)

Eu comungo de uma das preocupações ditas. Refiro-me a fazermos todo um esforço, a fazer o Parlamento todo um esforço — foi o Prof. Alexandre que se referiu a isto — para oferecer à sociedade um novo Código de Processo Penal, e o Estado



que está aí, que, com todo o respeito, tem a marca de um Estado judicial, simplesmente ignorá-lo.

Nós temos o Supremo, que o ignora. Nós temos a Polícia Federal — e, neste caso, acho que não cabe a crítica —, que é aplaudida e cumpre determinações do Supremo fora naquilo que está normatizado. E, numa inversão de papel, nós temos o Ministério Público convalidando o que o Supremo decide. É um Estado judicial, não é o Estado Democrático de Direito. O Estado não é só democrático, é também de direito, e direito pressupõe normas, e essas normas são estabelecidas pelo conjunto da sociedade. Mas as normas estabelecidas não são observadas!

Percebo, até porque sou membro da Comissão Especial das 10 Medidas contra a Corrupção, que ali é como se fôssemos tratar, por exemplo, das normas de natureza processual penal que estão naquele pacote como se fossem normas exclusivas para crimes de corrupção, que não se fossem aplicá-las a nenhum outro tipo de crime. Ora, o Código de Processo Penal, em tese, é para qualquer processo, de qualquer crime. *“Não, mas, se for crime de corrupção, os meios justificam os fins. Pode-se adotar qualquer procedimento. Prendendo, recuperando o dinheiro, está valendo!”*

O interessante é que mais grave do que a corrupção é o homicídio. E o País está com 56 mil homicídios! *“Mas aí é em relação a homicídios: se não observar norma ou procedimento, não tem cabimento! Mas, se é crime de corrupção, pode tudo.”* É uma lógica estranha.

Prisão preventiva, prisão temporária, condução coercitiva, tudo tem o seu devido regramento, mas não está sendo observado. E a sociedade aplaude. Ela tem que aplaudir mesmo: ela não tem a obrigação de conhecer os procedimentos, e daí por diante. Para ela, o que conta é apenas a sensação de justiça. *“Está valendo!”* Agora, àqueles que atuam em nome do Estado, em função de atuarem em nome do Estado e exercerem parte da soberania do Estado, parte do poder, é preciso estabelecer controles e regras. Estes precisam observar as regras, enfim, para não caminharmos para o arbítrio. Eu tenho essa preocupação, comungo dessa preocupação.

Foram feitas aqui algumas observações, ainda nessa linha, por exemplo, sobre a decisão do Supremo quanto à possibilidade de o Ministério Público



investigar. A decisão que não foi unânime. Na verdade, houve votos de diversas maneiras. Em um, o Ministério Público pode investigar de forma muito restrita; em outro, de forma um pouco mais ampla; e, em outro ainda, de forma ampla.

Agora, da execução da pena a partir da decisão de segundo grau, é bom dizermos que, antes de haver a decisão do Supremo Tribunal Federal — salvo engano, por seis votos a cinco votos —, havia decisão monocrática! Quem decidia era apenas um Ministro, não o Supremo Tribunal Federal. Nós temos 11 Supremos individuais. O Ministro, monocraticamente, toma uma decisão dessa natureza, e ela está valendo.

Penso que nós, do Parlamento, precisamos refletir sobre isso e mudar esse tipo de regra. Acho até que, dependendo da natureza da matéria, principalmente quando o Supremo for decidir sobre matéria constitucional, não pode ser maioria absoluta. Deveriam ser três quartos, por exemplo — ou daí por diante, uma coisa dessa natureza —, para haver o mínimo de segurança.

Mas esse não é o debate aqui hoje. Nós apenas aproveitamos a oportunidade para falar um pouco daquilo que estamos sentindo.

Tenho dito que penso que a sociedade, depois de mais de duas décadas da abertura democrática, caminha para exigir de todos nós um comportamento de defesa muito intransigente das garantias individuais, o que tem havido; mas também exige que busquemos uma equação para que possamos zelar, de igual forma, pelas garantias da coletividade. Eu acho que precisamos fazer isso, e a sociedade está a exigir isso de nós. Exige que o façamos com equilíbrio e com lucidez, mas que as garantias da coletividade não sejam desprezadas.

Parece que nós vivemos algumas décadas em que a garantia individual se sobrepunha a qualquer outra garantia. Eu entendo que, neste debate acerca do Código de Processo Penal, nós precisamos levar essa equação em conta.

Tenho me preocupado muito com o sistema recursal. Penso que nós temos um sistema recursal que, além de garantir o princípio da ampla defesa, ao mesmo tempo caminha no sentido inverso, o de impedir a efetividade da Justiça. Nós precisamos zelar pelo princípio do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa, mas, no sistema recursal, dentro de uma lógica em que esse sistema não prejudique a efetividade da Justiça.



Eu não quero me estender. Quero apenas agradecer as contribuições que os convidados trouxeram aqui, com muita sabedoria. Elas serão levadas em conta no estudo para a elaboração do nosso relatório.

Muito obrigado.

**O SR. PRESIDENTE** (Deputado Danilo Forte) - Obrigado, Deputado João Campos.

Agradeço aos senhores palestrantes, o Prof. Marcus Alan de Melo Gomes, o Prof. André Nicolitt e o Prof. Alexandre Morais da Rosa.

Nós temos alguns requerimentos sobre a mesa. Vou passar à deliberação desses requerimentos. Os demais participantes estão dispensados. Agradeço muito a todos a presença.

O primeiro requerimento, o Requerimento nº 70, de 2016, de autoria do Deputado Paulo Teixeira, que *“requer a realização de audiência pública sobre o tema ‘Audiência de Custódia’, com a presença do Prof. Thiago Almeida de Oliveira (...)”*.

Em virtude do início da Ordem do Dia, esta Comissão não pode mais deliberar. Tomaremos essas medidas a partir da próxima reunião, que está marcada para o dia 22 de novembro, terça-feira, às 14h30min. Na ocasião, nós retomaremos os procedimentos normais das audiências públicas e das deliberações desta Comissão Especial.

Muito obrigado. Agradeço a Deus e desejo a todos que tenham uma boa semana!