



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: 1006/16	DATA: 23/08/2016	
LOCAL: Plenário 13 das Comissões	INÍCIO: 14h48min	TÉRMINO: 16h34min	PÁGINAS: 40

DEPOENTE/CONVIDADO - QUALIFICAÇÃO
NEY DE BARROS BELLO FILHO - Desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. DANIELA PORTUGAL - Professora da Universidade Federal da Bahia — UFBA. MARCOS PAULO DUTRA SANTOS - Defensor público e professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO
Debate sobre o tema <i>Persecução Penal: a Prova.</i>
OBSERVAÇÕES



O SR. PRESIDENTE (Deputado Rubens Pereira Júnior) - Havendo número regimental, declaro aberta a 14ª reunião da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do Código de Processo Penal e apensados.

Encontra-se à disposição dos Srs. Deputados cópias da ata da 13ª reunião. Não havendo necessidade de leitura, declaro dispensada a leitura da ata.

Quero, de antemão, informar que hoje está havendo sessão do Congresso Nacional, em que se apreciam vários vetos e também deve ser votada ainda a LDO — Lei de Diretrizes Orçamentárias, o que justifica, ou pelo menos deveria justificar, toda essa turbulência que existe hoje na Câmara dos Deputados, onde nós estamos fazendo sessões concentradas no plenário, tais como do Congresso Nacional, em virtude também do período eleitoral.

Então, teremos sessão apenas esta semana, na próxima e na semana de 12 de setembro.

Ordem do Dia.

Realização de audiência pública e apreciação de requerimentos.

O tema da audiência de hoje é Persecução Penal: a Prova. Aqui já abro um parêntese, aproveitando para explicar a todos a dinâmica da nossa Comissão.

Nós fizemos duas audiências públicas gerais, em especial, os convidados, naquele primeiro momento, foram o Ministro Hamilton Carvalhido e o advogado e Prof. Eugênio Pacelli, que acompanham este processo desde seu início, lá no Senado Federal.

Reparemos — e aí é curioso — que este Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, chegou junto com o Código de Processo Civil. O Código de Processo Civil já está debatido, aprovado, sancionado, em vigor e está quase sendo alterado, enquanto o Código de Processo Penal ficou aguardando o momento para a sua instalação. Somente agora, neste ano, foi devidamente instalado.

A dinâmica da Comissão, então, foi essa: duas audiências gerais. Nós agora entramos para a etapa das audiências temáticas. Já houve a fase do inquérito policial, da ação penal propriamente dita, toda essa fase inicial. Estamos agora na fase da parte de provas e assim seguiremos com audiências temáticas, com diversos palestrantes convidados por Deputados de diferentes matizes políticas.



Após isso, ainda haverá uma etapa de conferências regionais, estaduais. É natural que eu queira promover um debate desses no Maranhão. É natural que o Presidente Danilo Forte queira levar o debate para o Ceará e que o Relator João Campos queira levar para o Estado de Goiás. Enfim, de certa forma, estadualizar os também os debates.

Registre-se que a Comissão decidiu também subdividir os trabalhos. O nosso Relator é o Deputado João Campos, do PRB de Goiás, e também temos cinco Sub-Relatores: Deputados Rodrigo Pacheco, Paulo Teixeira, Pompeo de Mattos, Deputada Keiko Ota e eu, que sou Sub-Relator, e estou dando andamento a esta audiência pública.

O Presidente está chegando para assumir os trabalhos.

O SR. DEPUTADO DANILO FORTE - Não, não. Pode continuar.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Rubens Pereira Júnior) - Somente depois, então, nós faremos o debate devido, o prazo de emenda se encerra justamente hoje. Portanto, logicamente, os Sub-Relatores têm prazo de emenda diferenciado, podendo ser incluído a qualquer momento.

Então, nós tentamos flexibilizar ao máximo o período de democratização deste processo, tanto com as audiências públicas quanto com o prazo alargado para o acolhimento de emendas.

Destaco que desde o início o projeto que veio do Senado é um bom projeto, um bom ponto de partida, e não o ponto de chegada. Cabe à Câmara complementar o debate. Ocorrendo alterações, retorna ao Senado.

Mas nós temos a segurança de que o novo Código nasce com espírito de reforçar o sistema acusatório, com sentido de garantir a efetividade aos princípios constitucionais relativos ao processo penal. Portanto, nós temos ainda que conquistar mais avanços.

Para nós darmos início à audiência, convido para tomar assento à mesa o Sr. Desembargador Ney de Barros Bello Filho, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a Profa. Daniela Portugal, da Universidade Federal da Bahia, e o Prof. Marcos Paulo Dutra Santos, da Escola Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro.



Informo ainda que estava confirmada a participação da Dra. Dora Cavalcanti, Presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa — IDDD, representante da Rede Justiça Criminal, mas, em virtude do falecimento de seu avô, não será possível sua presença nesta audiência. Ela já está automaticamente convidada para uma audiência posterior.

Esclareço que esta audiência cumpre decisão do colegiado, em atendimento aos Requerimentos nºs 1 e 25, do Deputado Paulo Teixeira, e nºs 57 e 62, do Deputado Rubens Pereira Júnior.

Solicito a compreensão de todos no tocante ao tempo de exposição e dos debates, conforme as orientações. Naturalmente, vamos dar uma flexibilizada. O tempo concedido a cada palestrante será de 20 minutos, não podendo haver apartes. Os Deputados interessados em interpelar os palestrantes deverão inscrever-se previamente junto à Secretaria. As perguntas serão feitas ao final da palestra e deverão restringir-se ao assunto da exposição, formuladas no prazo de 3 minutos, dispondo o palestrante de igual tempo. Aos Deputados serão facultadas a réplica e a tréplica pelo mesmo prazo.

Dando início aos trabalhos, passo a palavra, por 20 minutos, ao Desembargador Ney de Barros Bello Filho, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O SR. NEY DE BARROS BELLO FILHO - Boa tarde a todos e a todas!

É um prazer e uma honra muito grande estar aqui. Agradeço nominalmente aos Srs. Deputados, na pessoa do Deputado Rubens Pereira Júnior, o Sub-Relator deste capítulo específico, que são as provas do processo penal. E agradeço, evidentemente com muito prazer e muita alegria, as presenças da Prof. Dra. Daniela Portugal e do Prof. Dr. Marcos Paulo Dutra Santos, que, comigo, tratarão rapidamente, na medida do possível, dos temas que dizem respeito a essas provas.

E, tentando respeitar o prazo de 20 minutos que o Deputado me determina, começo discutindo o porquê da modificação do sistema de prova no Código de Processo Penal.

Para aqueles que militam na área do processo penal, na área criminal e na área da afirmação da justiça não cível, facilmente se percebe que o nosso Código, dada a sua ancianidade — ele é da década de 40 —, faz com que tenhamos uma



lógica interna muito complicada. O Código de Processo Penal, de certa maneira, é suicida em alguns pontos, tem diversos defeitos, inclusive de linguagem que possa compatibilizar as inúmeras alterações feitas no decorrer dos anos. Então, nós não temos praticamente um código com um sistema estabelecido em uma linguagem única, como aconteceu com o Código de Processo Civil, que já sofreu uma reforma em 1973 e passou a ser um novo código. E, agora, em 2016, vivemos sob a égide de um código diferenciado.

Nessa parte específica que diz respeito ao sistema de prova, algo fica um pouco mais complexo, um pouco mais complicado, porque nós não conseguimos ter um tratamento na dogmática penal, um tratamento legal, que explique duas questões que a teoria da prova, desde a época de Nicola Framarino dei Malatesta e de Mittermaier, já discutia muito: quando eu posso considerar algo verdadeiramente provado? Quando eu posso dizer que algo está provado a ponto de permitir a subsunção de uma norma, de uma sanção jurídica criminal, que é a prisão ou eventualmente uma pena alternativa sobre uma pessoa que tenha cometido um fato? Quando é que eu considero isso verdadeiramente provado?

Essa é uma questão que evidentemente vem atravessando toda a doutrina do processo penal e não é 100% resolvida com uma nova legislação. Mas evidentemente uma legislação que possa estabelecer os parâmetros de raciocínio e utilização do livre convencimento do juiz fará uma diferença muito grande. E o Código tenta avançar em alguns pontos.

O livre convencimento do juiz permite, em algumas situações, uma ausência de sincronia muito grande com a realidade. Por quê? Porque, através da história, nós sempre tivemos julgamentos públicos ou compreensões públicas, ou leigas, sobre algo estar efetivamente provado ou não.

O processo penal evidentemente sofre alguns influxos, como todo processo do senso comum. Mas algo precisa ser feito para que esse senso comum não invada a seara da dogmática jurídico-penal a ponto de desvirtuar ou desfazer certa frieza, ou certa clarividência, ou clareza dogmática de que o processo penal precisa. Por quê? Julgamentos populares em que se compreende algo como provado, quando, na verdade, aquele raciocínio para o Direito não está provado, são muito comuns.



Diversos autores começam a trabalhar isso a partir da crucificação de Jesus Cristo, por exemplo, e aí a literatura romântico-penal, vamos chamar assim, é bastante vasta em análise dessa natureza. Isso não se resolve com uma nova legislação, repito. Mas ela pode evidentemente estabelecer parâmetros para que possamos entender quando algo está verdadeiramente provado e o que pode provar alguma coisa.

Essa discussão parece abstrata demais, mas ela tem certo sentido, e vamos tentar objetivar isso.

Em primeiro lugar, quando alguém faz uma delação premiada, para utilizar um exemplo bastante em voga no Brasil nos últimos 2 anos, e afirma alguma coisa sobre alguém, o que isso prova? Isso prova que alguém disse algo sobre outra pessoa, mas, evidentemente, não prova aqueles atos que funcionam como matéria, como objeto, como conteúdo da própria delação.

O mesmo ocorre num depoimento. Por exemplo, uma escuta telefônica em que A diga que B praticou o ato G não significa dizer que esse ato está provado. A única coisa que se prova ali é que A efetivamente disse isso, porque a gravação é dele e a voz se confirma como a dele.

Isso funciona na lógica dos indícios, mas isso não funciona como verdade, porque esse meio de prova não tem o condão de provar o ato que está referido numa eventual escuta telefônica.

Portanto, esse sistema racional de convencimento do juiz não se resolve em uma legislação. A meu ver, o projeto é muito abstrato nesse sentido, na medida em que ele estabelece que a lógica do convencimento racional permite que eu possa justificar o que me levou a entender aquilo por provado e fundamentar a minha consequência jurídica sobre um fato que eu entendi provado em função do meu convencimento balizado nos limites “x”, “y” e “z”.

Em última análise, esse sistema é utilizado em toda dogmática processual-penal europeia. Não tenho, evidentemente, nenhum reparo a fazer sobre isso, a não ser que isso necessite ser esclarecido da seguinte maneira: não é um depoimento, não é uma delação que se transforma em um depoimento ou em uma declaração escrita, nem mesmo a observação acerca de um fato ocorrido, segundo o entendimento de terceiros, que venha a causar por si só uma prova específica.



Nós não temos o sistema da prova tarifada, que o Código não acolheu, em que um depoimento tem o peso “x” ou “y”, uma prova material tem o peso “z” e uma delação premiada, evidentemente, tem um peso “h”. Esse processo de tarifação da prova evidentemente não foi acolhido.

Em relação ao Código, separei apenas cinco elementos que me parece devam ser discutidos dentro do Capítulo de Provas, que trata especificamente disso.

O primeiro deles, que me preocupou bastante, foi a supressão ou a não repetição do que estava previsto no art. 222 do antigo Código de Processo Penal.

A que se refere o art. 222? No sistema processual penal vigente ainda, todos os atos que são deprecados ou ordenados possuem um prazo. Se um juiz de uma cidade do interior do Maranhão, como, por exemplo, Imperatriz, deprecia uma inquirição de testemunha para um juízo de Boca do Acre, ele estabelece um prazo de 30, 60 ou 90 dias para cumprimento dessa diligência.

Ao fazê-lo, o juiz deprecado, aquele que recebe a ordem, cumprirá esse prazo. Se ele não cumprir a ordem no prazo que foi assinado, o juízo que deprecou ou que remete o processo, naturalmente, poderá continuar o processo, sentenciá-lo e finalizá-lo, independentemente do retorno da carta precatória.

Isso tem um sentido. Qual é o sentido? O nosso Código de Processo Penal caminha para a ausência de paternalismo tanto da defesa quanto da acusação. O Ministério Público e a defesa produzem as suas provas. Não caberá isso ao juiz, e, por isso, há uma expressa retirada da possibilidade de o juízo indicar provas que entenda necessárias. Aquele processo que hoje existe de o magistrado, ao final da instrução, determinar a intimação para oitiva das testemunhas “x”, “y” e “z”, que eventualmente foram mencionadas no depoimento, saiu da nova redação do projeto. E por quê? Porque a lógica do projeto é o fim do paternalismo tanto para a defesa quanto para acusação.

A partir do momento em que retiramos a possibilidade do julgamento do processo, quando a carta precatória ou a carta de ordem não foi devolvida no prazo assinado, estamos estabelecendo uma lógica de proteção institucional sobre a produção da prova, o que é incoerente, não tem evidentemente simetria, com a lógica que criamos no próprio projeto de lei, na medida em que tentamos abandonar esse paternalismo tanto da acusação quanto da defesa.



Qual é a lógica hoje? As cartas precatórias, expedidas para determinada região do País, duram 1 ano, 2 anos ou 3 anos. Elas são hoje o principal elemento que permite o processo caminhar para a prescrição, que permite com que o processo se eternize por conta de testemunhas que não são encontradas, da demora em localizá-las, e, quando são localizadas, elas vão trazer uma dificuldade imensa de oitiva, porque estão vivendo em regiões ermas. E o processo se eterniza.

Hoje qual é o antídoto, digamos assim, que o Código de Processo Penal prevê? Que se estabeleça o prazo de 3 meses. Se, em 3 meses, a testemunha não for encontrada pela Justiça, deve a parte localizar a sua testemunha, que é sua prova, e a levar ao juízo na data marcada para que ela seja ouvida.

Não é o Estado, o juiz, que tem a obrigação de tutelar a testemunha, seja ela da acusação ou da defesa. O art. 222 do atual Código de Processo Penal tem essa extrema objetividade: não permite paternalismo específico.

A retirada desse artigo me pareceu extremamente equivocada. Isso parece um item de somenos importância, mas, hoje e há muito, isso se configura como o elemento que mais leva os processos criminais para o caminho da prescrição. Isso é a eternização do cumprimento de cartas precatórias.

Testemunhas são arroladas sem ter muita coisa a dizer para o processo, mas são arroladas em locais extremamente longínquos exatamente para permitir que haja demora no cumprimento de cartas de ordem, carta precatória. Isso eterniza o processo. Isso nada mais é que um ardil que o art. 222 do atual Código de Processo Penal coíbe, na medida em que estabelece um limite para essa tutela, para esse paternalismo.

Infelizmente, o anteprojeto, o projeto, retirou esse limite. Seria de bom tom, friso mais, que ele retorne à redação anterior do art. 222.

Eu também gostaria de fazer uma referência à não utilização da quebra de sigilo para crimes de baixo potencial ofensivo.

Isso me parece extremamente salutar, embora, com relação ao crime de prevaricação, tenha havido uma grande discussão sobre essa possibilidade, mas o sentido é o de proporcionalização e ponderação de valores jurídicos.

A intimidade de uma família, de uma pessoa ou de um casal é mais importante, ou deveria ser, segunda a lógica que o Código estabelece, do que a



percepção criminal, do que a investigação para crime de baixo potencial ofensivo. Só que a definição de crimes de potencial ofensivo na nossa legislação diz respeito não ao valor jurídico, mas diz respeito ao volume de pena que é aplicado.

Há uma discussão sobre de que maneira um valor que é, de certa maneira, coibido, em termos de punição, por ser menor a quantidade da pena, seja um valor de tal importância que merecia uma investigação que permitisse a quebra de sigilo telefônico.

Eu acho que a mudança é salutar porque acredito que o processo penal, o Direito Penal deve trabalhar em compasso com outros valores jurídicos. E o valor jurídico da intimidade e da privacidade é um valor efetivamente importante para o contexto da vida, para o modo de viver das pessoas no Ocidente, de certa maneira, e parte do Oriente.

Isso significa dizer que nós não podemos, em função de uma necessária instrução, acabar ou mitigar ou ofender um valor jurídico que é até mais importante do que aquele valor jurídico que tentamos preservar como uma percepção penal. Essa é a razão.

Talvez alguns delitos, como a prevaricação, tragam uma sensação diferenciada sobre essa necessidade, mas quer me parecer também que andou bem a reforma do Código de Processo Penal quando fez essa alteração. Talvez coubesse uma discussão ou outra sobre que tipo de crime poderia ser objeto de investigação com quebra de sigilo telefônico, independente da quantidade de pena. Talvez uma discussão um pouco mais aberta seja necessária, mas acho que a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas não pode servir para investigação de todo e qualquer crime.

Também gostaria de comentar a questão do pedido verbal de quebra de sigilo. Isso funciona concretamente em outros países. Basta dizer, por exemplo, que no modelo inglês não é sequer o juiz que quebra o sigilo das comunicações, fiscal e bancário. É o próprio Ministério da Justiça. A lógica que se trabalha é outra.

E nós trabalhamos com uma lógica extremamente burocrática, que gera uma demanda que é demorada de certa maneira. A velocidade da circulação da informação nos termos contemporâneos é tão grande que essa versatilidade pode ser extremamente interessante. Não sabemos, evidentemente, no dia a dia da



jurisdição criminal como isso vai funcionar. Mas me parece uma medida razoavelmente interessante, porque ela dá mais velocidade e versatilidade.

A outra medida encampada foi a possibilidade de que todas as audiências sejam gravadas, sejam formalizadas a partir de DVDs e filmagens. Isso dá uma velocidade muito grande, o que pode ser feito inclusive pela Internet. Existem vários mecanismos de informação de velocidade das comunicações e informações que devam ser utilizados pela lógica do processo penal.

Nós não podemos ter um processo penal que funcione com a lógica da década de 50, quando o nosso modo de viver funciona com a lógica dos anos 2000. Nós precisamos ter um sistema de processamento compatível com nosso modo de viver.

O prazo das interceptações telefônicas ficou em 60 dias, prorrogáveis por mais 60, até o limite de 360 dias.

O Supremo Tribunal Federal já discutiu isso diversas vezes, porque existem processos em que esse sistema de investigação permitiu uma série de duplicações. Houve até investigações que levaram mais de 2 anos em escutas telefônicas periódicas. Parece-me que limitar é necessário quando se tratar de atos passados. Se estou investigando o ato na data “x”, tenho 60 dias para ouvi-lo e depois mais 60 dias. Evidentemente, se estamos tratando de crime permanente — essa é uma ressalva que o projeto faz —, enquanto o investigado estiver no estado de flagrância, no estado de ilicitude, no estado de cometimento diário de crime, o prazo que temos para pedir isso e para que ele permaneça vai se expandindo no tempo, porque os crimes, evidentemente, estão acontecendo. Isso me parece uma exceção extremamente bem colocada.

Outro elemento de prova que me parece necessário reafirmar é a impossibilidade de o juízo requerer ou determinar inquirição de novas testemunhas.

Por que acho isso importante? No modelo que nós escolhemos, esse projeto ficou no *intermezzo*. Ele ficou entre o modelo da disponibilidade das provas e da disponibilidade de acusação, e o modelo de estatização do processo de acusação. Ele ficou no meio do caminho. É importante perceber que o juiz não tutela acusação e também não tutela defesa.



Entre o modelo em que o acusador pode não apenas propor uma barganha e fazer um acerto acerca de que tipo de crime o réu admite e a que tipo de pena ele se submete, que é quase uma privatização da lógica da imposição da pena, que é o sistema americano, e o sistema em que o Estado tem todo o controle sobre a aplicação da pena, e o juiz pode inclusive requisitar ou determinar a produção de provas, entre esses opostos, o nosso projeto ficou no meio do caminho, digamos assim.

Alguns elementos são extremamente salutareos. Esse elemento da impossibilidade de o juiz determinar a produção de provas ou determinar que nova testemunha seja ouvida me parece extremamente salutar. Nós não podemos, nós do Judiciário, digo eu, não podemos nos substituir, nem a defesa nem a acusação. A lógica em que o juiz funciona como parceiro do Ministério Público não é uma lógica razoável, não é uma lógica interessante. Da mesma maneira a lógica em que o juiz faz todas as vezes da defesa, baseado etereamente no princípio da verdade real, também não me parece o modelo razoável.

Nesse sentido, acredito que a possibilidade de o juiz determinar ou criar de ofício, ou determinar *sponte propria*, a realização de novas audiências é algo que não me parece razoável nesse modelo. Pela mesma razão, não acho razoável deixar que as cartas precatórias, rogatórias e cartas de ordem se eternizem a rigor do juízo, que não é o juízo do processo, porque elas demoram a ser cumpridas. Isso também é uma tutela do processo de defesa. A parte que deve promover a apresentação da sua testemunha, seja ela Ministério Público, seja ela defesa, e a leve, no prazo de 60 dias ou 90 dias, para ser ouvida perante o juízo da causa ou o juízo deprecado. O que não é razoável é que o processo não possa se mover enquanto a testemunha que foi arrolada em Boca do Acre, em Imperatriz, em Uruguaiana, num processo que corre em Brasília, não for encontrada; o juiz não marcar a sua audiência; e, efetivamente, não ocorrer aquele ato processual.

Lembro que nós não podemos criar uma legislação esquecendo o que é o Brasil. Eu tive uma carta de ordem do Tribunal do Estado do Amazonas. Qual foi o problema? O problema é que não havia juiz na comarca há 4 anos. Era uma comarca em que se chegava de barco, e os juizes se alternavam. De 6 em 6 meses eles iam lá, faziam os atos. Enfim, isso significa atrasar um processo que corre em



outro foro, porque eu não poderia, em tese, fixar um prazo. Esse processo não acabaria nunca, a rigor da aplicação desse projeto, caso ele virasse lei.

Portanto, acho razoável que essa tutela deixe de existir.

Por último, para cumprir rigorosamente os 20 minutos que o Deputado Rubens Pereira Júnior me estabeleceu, quero falar do novo tratamento da ilicitude das provas.

Eu dizia, antes de começar a nossa conversa formal, que entendo que a nova redação não alterou muito a alteração feita em 2008 no Código de Processo Penal. Por quê? Tudo é uma questão de maneira ou de forma de apresentar o problema.

Por que estou dizendo isso? Na verdade, o que está dito no novo artigo é apenas uma espécie de silêncio. Ele diz que não é possível a utilização de nenhuma prova que venha a ser declarada ilícita. A reforma de 2008 diz o seguinte — estou resumindo evidentemente a linguagem das legislações: se aquela prova for produzida por outros atos que sejam considerados independentes daquela relação *mater*, que foi declarada nula, aquela prova é válida.

Em última análise, o que estou dizendo na atual lei processual penal vigente? Vou dar um exemplo. Se eu faço uma escuta clandestina. Com base na escuta clandestina, descubro que no armazém tal existem 500 quilos de cocaína. Porém, o agente da Polícia Federal, fazendo as suas próprias investigações, descobriu a existência daquele armazém sem nunca ter ouvido aquela gravação clandestina. Evidentemente que o que levou à descoberta da cocaína não foi a escuta clandestina. Elas são independentes.

É isso o que está dito na reforma. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos, de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. No exemplo anterior, o agente, ao realizar uma diligência, poderia ter chegado àquele armazém repleto de drogas ilícitas. Não precisava da escuta telefônica clandestina.

Quando tiramos tudo isso e dizemos apenas, conforme estabelece o art. 167 do projeto, que “*são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos e as derivadas*”, estamos acolhendo aqui o princípio da Suprema Corte americana, “o dos frutos da árvore envenenada”, estamos dizendo em última análise o mesmo que o art. 157 diz, com uma ressalva. O art. 157 deixa muito claro que, se isso foi obtido



por outro meio que não a escuta, a prova é válida. O art. 157 do atual Código, está simplesmente, perdoem-me o coloquialismo, “chovendo no molhado”, dizendo o que é óbvio.

Se eu descobrir a droga, em função de uma escuta telefônica, essa escuta é nula. Evidentemente que toda aquela busca, apreensão e a materialidade do delito são declaradas nulas. Mas, se eu descobrir a existência da droga, por diligência, sem nenhuma ligação efetiva com aquela produção, naturalmente essa prova deve ser considerada válida. Assim, toda a interpretação do art. 157, no meu modesto pensar, cabe no art. 167, independentemente da ressalva, da alteração do ano de 2008.

Portanto, para fazer um apanhado geral, já finalizando e pedindo escusas pela demora, acredito que o projeto de provas tem esse problema gravíssimo de ter anulado a linguagem do art. 222. Isso me parece que precisa ser corrigido. Acho que a interpretação do art. 167 mantém a do art. 157. Não vejo maiores problemas com isso. Talvez nós estivéssemos nos acostumado há um tempo no Brasil de dizer nas leis o óbvio ululante. É óbvio que, se eu conheço a cocaína em função de uma diligência, não preciso anular a busca e apreensão, porque não cheguei àquela cocaína em função da escuta clandestina. Isso é meio óbvio. A prova ilícita é a escuta, aquilo que deriva da escuta é nulo. Porém, se o encontro da droga se deu não por conta da escuta, mas em função de outra diligência, aquela busca e apreensão não podem ser consideradas nulas.

Entretanto, em 2008, em função de diversas decisões judiciais absolutamente equivocadas, nós brasileiros entendemos que era preciso colocar na legislação o óbvio. O que o projeto está fazendo agora é tirar o óbvio.

Corremos o risco? Corremos. Qual? É o de que apareçam algumas decisões absurdas em função da não explicitação do óbvio. Mas, enfim, em Direito isso tudo é possível. E as decisões judiciais, evidentemente e infelizmente, mas é assim na vida do Judiciário, não são unânimes.

Eu gostaria, então, de finalizar a minha explanação, dizendo que me parece que a estrutura do capítulo de prova não altera grandes coisas. Talvez sistematize um pouco melhor aquilo que temos muito disperso no Código de Processo Penal.

O grave defeito da ausência do art. 222 é algo ruim.



A existência da não utilização da quebra de sigilo para crimes de baixo potencial ofensivo não considero um equívoco. Acho que é um acerto.

O prazo da interceptação telefônica também me parece razoável. Nós não podemos ter escutas *ad aeternum* e *ad infinitum* em crimes que aconteceram há 10 anos. O mesmo deveria ter sido feito com o processo. Nós não podemos ter inquéritos que estejam tramitando há 18 anos para fatos que aconteceram lá atrás. Isso não faz nenhum sentido. O cidadão tem direito a ver a sua investigação com começo, meio e fim. Essa demora é injustificável.

E o sistema de nulidade das provas ilícitas me parece que é extremamente lógico. Agora, corremos o risco da não explicitação do óbvio, e a não explicitação do óbvio pode trazer alguma consequência.

No mais, agradeço a atenção dos senhores e o convite do Deputado Rubens Pereira Júnior. Fico à disposição para qualquer pergunta, debate ou análise. Agradeço penhoradamente.

Obrigado.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Rubens Pereira Júnior) - Nós agradecemos ao Desembargador Ney Bello, a quem chamo de professor. Foi meu professor na graduação na universidade federal, é meu professor agora no mestrado também e é meu orientador na dissertação. Tenho por ele, além da admiração profissional, uma referência pessoal.

Nós é que lhe agradecemos.

Para dar continuidade, passo a palavra por até 20 minutos para a Professora Daniela Portugal, da Universidade Federal da Bahia.

Registro que o Deputado Paulo Teixeira, que é Sub-relator também e estava presente, avisou que começou uma segunda votação no Congresso Nacional, uma votação nominal de destaque. Por isso, teve que se ausentar.

Tem a palavra a Profa. Daniela.

A SRA. DANIELA PORTUGAL - Boa tarde a todos.

Agradeço, na pessoa do Deputado Rubens Pereira Júnior, o convite para a participação aqui na Comissão da análise do projeto de reforma do novo Código de Processo Penal. Agradeço a todos os presentes.



Vou situar a minha fala em um ponto que normalmente é esquecido, tradicionalmente esquecido, não só no projeto de reforma do novo Código de Processo Penal, como também na própria história do Direito Penal e do Direito Processual moderno.

Vou me ater a um ponto específico, porque entendo que ele merece uma atenção, já que é uma matéria muito pouco discutida: o tratamento da vítima no âmbito do processo penal. Essa é uma questão que está relacionada à minha linha de pesquisa na Universidade Federal da Bahia.

Tradicionalmente, a figura da vítima sempre ficou esquecida pelo Direito Penal e pelo Direito Processual Penal. Sabemos que isso está relacionado ao próprio histórico do Direito Penal. Quando o Estado assume, de maneira exclusiva, a titularidade do poder de punir, a vítima aos poucos cai no esquecimento.

Então, poderíamos dizer que a figura da vítima passa por três momentos no processo penal.

O primeiro momento é o momento de protagonismo. A vítima que sofre o crime vai gerenciar o processo e irá aplicar a pena, ela ou seus familiares, num primeiro momento.

A partir do estágio em que o Estado assume para si a titularidade exclusiva do *jus puniendi*, passamos a perceber o esquecimento completo da vítima. Aquela vítima que era protagonista do processo penal cai em completo esquecimento no Direito Penal moderno, no processo penal moderno. O processo acompanha isso.

Eu poderia dizer que agora vivemos um momento de redescoberta da vítima. A minha grande preocupação é que essa redescoberta se apresenta por diversas vias, talvez, todas elas, até em alguns casos, bem intencionadas, no sentido de conferir novamente a quem sofre o crime certo grau de importância, mas nem sempre por caminhos tão acertados.

Então, eu gostaria de tratar cuidadosamente dessa matéria com os senhores.

Quando analisamos a figura da vítima no processo penal moderno e no Direito Penal moderno, ela reaparece para nós como um sujeito de responsabilidades no Direito Penal e no processo penal.

Como essa responsabilidade da vítima se apresenta, nesse resgate da importância do sujeito passivo do crime?



No âmbito do Direito Penal, talvez o elemento mais importante seja o art. 59 do Código Penal, que diz que o juiz, ao promover a dosimetria da pena, irá examinar, dentre uma série de critérios, o comportamento da vítima. Então, a forma como a vítima se comportou interfere na pena do sujeito.

No âmbito do processo penal, consoante § 1º do art. 201 do Código de Processo Penal, essa vítima deverá ser ouvida. Caso ela se negue a participar da audiência de instrução e julgamento, poderá ser conduzida coercitivamente para esse fim.

O fundamento tradicional para esse tipo de procedimento sempre foi a busca pela verdade real no processo penal. Então, nós temos a vítima como um sujeito de deveres processuais e de responsabilidades no âmbito do Direito Penal.

Acontece que esse processo de resgate da importância do papel da vítima caminha junto de outro fator. Ao mesmo tempo em que a vítima passa a ser um sujeito de responsabilidades para o Direito Penal e para o processo penal, ela também ganha maior atividade na gestão do processo para além da gestão de vítima no que diz respeito aos interesses de indenização com relação ao fato lesivo sofrido. Então, a atuação da vítima começa a extrapolar a finalidade meramente indenizatória para também perseguir a acusação do sujeito, a acusação do seu agressor. Então, temos dois elementos em um mesmo compasso: a vítima está com maiores responsabilidades, maior ônus, mas também está reassumindo de alguma maneira o protagonismo como parte, de certa forma, no processo penal moderno.

É interessante observarmos basicamente, diante dessa atual situação, alguns posicionamentos que dividem opiniões entre professores e pesquisadores de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Quais seriam as linhas? Normalmente, você é quase que instado a escolher se lutará pela defesa dos direitos da vítima ou se lutará pela defesa dos direitos do agressor, como se fossem coisas opostas, como se fossem coisas antagônicas. O próprio Schumann, um professor alemão, chega a dizer que a presunção de inocência do réu gera, por consequência lógica, uma presunção de que a vítima está mentindo. Se eu presumo que o réu é inocente, presumo também que a vítima, que o está acusando de alguma maneira, está mentindo, o que não é verdade. Nós não precisamos assumir esse olhar dualista no processo penal.



Então, nós não precisamos, para a defesa de direitos e garantias fundamentais do acusado, ignorar a defesa dos direitos e garantias fundamentais da vítima e vice-versa. É possível partirmos para uma solução conciliatória.

O projeto de reforma do nosso Código de Processo Penal tenta criar uma solução conciliatória, mas não consegue ainda, a meu ver, alcançar um ponto que consiga superar as dificuldades que a vítima encontra no processo penal.

Digo isso pelas seguintes razões: se nós examinarmos a forma como o projeto do Código de Processo Penal trabalha a figura da vítima, em seu art. 90, nós veremos o aspecto extremamente positivo, que é o tratamento dos direitos da vítima. O interessante é que a palavra “ofendido” sequer é utilizada, que tem um sentido mais restrito, mas, sim, a palavra “vítima”, dentro de uma concepção vitimológica, trazendo uma série de direitos para quem sofre o delito e os estendendo inclusive a seus familiares. Dentre esses direitos, vou destacar, porque aqui são aspectos positivos da nossa reforma, o atendimento médico, o atendimento psicossocial, o encaminhamento para exame de corpo de delito, e a comunicação da prisão, da soltura, conclusão do inquérito, arquivamento, condenação e absolvição do acusado, entre outras medidas.

Agora, dentre os mais variados direitos que são conferidos à vítima, vale destacar também que, quando o projeto de reforma do novo Código de Processo Penal faz menção às declarações da vítima, ele não menciona mais a condução coercitiva do art. 201, § 1º, mas faz remissão, no que couber, ao capítulo que trata das testemunhas. Cabe, então, ao magistrado avaliar o que pode transpor do tratamento dado às testemunhas, para ser aplicado também às vítimas.

Qual é o grande problema disso? Primeiro, em nenhum momento — talvez os senhores não concordem comigo, e me coloco à disposição para debater a matéria — a reforma consagra o direito da vítima ao silêncio. O processo penal para muitos é um processo de revitimização, em que se revive um trauma que já foi sofrido. E nem todas as vítimas estão dispostas a se abrir sobre a sua intimidade, sobre um momento que é traumático não só no aspecto físico, mas também no aspecto psicológico. Nem todas as vítimas estão dispostas a se abrir sobre isso. E elas têm o direito ao silêncio? Isso não fica claro.



Por mais que não haja mais a previsão expressa da condução coercitiva da vítima para a audiência de instrução e julgamento, existe a remessa para o tratamento relacionado às testemunhas. E, no tratamento relacionado às testemunhas, existe a previsão da condução coercitiva, inclusive da aplicação de multa para a testemunha faltosa. Isso se aplicaria à vítima? Isso não fica claro. É importante, já que é prática de muitos juízes a aplicação da condução coercitiva à vítima, que esse direito ao silêncio, eventualmente até ao não comparecimento, seja consagrado.

E mais: também não existe aqui a previsão expressa do direito à não realização de exame de corpo de delito, sobretudo o relacionado à intimidade da vítima. Alguns juízes respeitam a intimidade da vítima não determinando, por exemplo, o exame de corpo de delito em crimes sexuais, sobretudo aqueles de ação penal pública incondicionada. O estupro de vulnerável é um exemplo. Mas outros o determinam, sob pena de remessa dos autos ao Ministério Público para que a vítima seja processada por desobediência.

Então, além dos direitos da vítima que são tratados aqui, existe a necessidade de tratar, com coragem, especificamente dos três maiores problemas relacionados à vítima: direito ao silêncio, direito ao não comparecimento e direito à não realização de exame de corpo de delito. Vejam que eu não estou aqui falando de uma vítima que quer realizar o exame de corpo de delito. Eu não estou aqui falando de uma vítima que quer participar da audiência de instrução e julgamento, trazendo a sua versão dos fatos.

Existem também as vítimas que não querem. E essas vítimas precisam ser olhadas com o mesmo respeito que o Código de Processo Penal confere às vítimas que colaboram com a instrução processual. Mas existem vítimas que não querem colaborar, porque aquilo é traumático para elas. E existe a necessidade de um tratamento específico.

Além disso, a partir do momento em que nós trazemos a vítima para uma posição mais ativa no processo, seja no momento em que ela tem o seu direito de fala, seja sobretudo no momento em que ela funciona de forma atuante na perseguição da condenação do acusado, começamos a autorizá-la a ter amplos poderes na gestão do processo penal, o que acentua um problema já existente — a



culpa não é do Código de Processo Penal, antes fosse —, que é o processo de atribuição de culpa à vítima, de culpa da vítima.

A partir do momento em que passa a ter uma participação ativa na busca pela condenação, essa vítima também tem o seu comportamento julgado ao longo do processo. Isso é muito comum. Isso é extremamente comum em crimes patrimoniais, como o estelionato. Isso é extremamente comum em crimes de trânsito. Isso é extremamente comum em crimes sexuais, inclusive de estupro de vulnerável.

Os senhores devem ter conhecimento de algumas decisões, de alguns precedentes dos nossos tribunais que relativizam a figura do estupro de vulnerável para menores de 14 anos quando a suposta vítima tem uma vida sexual ativa ou já teve vários parceiros sexuais. E, dentro desse processo, a conduta que passa a ser objeto de julgamento é exatamente a conduta da vítima e não a do seu agressor.

Então, é muito difícil que consigamos pensar um processo penal em que a vítima tenha uma participação ativa na busca da condenação e não tenha o seu comportamento como alvo de apuração de culpa também. E a grande preocupação que devemos ter é a de evitar esse processo de sobrevivitização, evitar esse processo de atribuição de culpa e de responsabilidade à vítima.

O Código de Processo Penal precisa estar atento a isso, porque hoje essa é uma prática cada vez mais comum. Dentro dessa realidade, penso que o mais interessante seria, pela via do distanciamento da vítima, a gestão de prova, a perseguição da condenação. Há uma necessidade de maior distanciamento.

Não vou poder me aprofundar nas normas previstas para a figura do assistente de acusação, mas acho que pode haver uma restrição aqui a se trabalhar com a vítima na perspectiva da garantia de informação, mantidas as normas relacionadas à comunicação dos atos processuais. Há necessidade também de proteção e, nesse sentido, o Código de Processo Penal anda bem na sua proposta de reforma. Também há necessidade de apoio a essa vítima. E existiria a necessidade de explorarmos um pouco melhor de que forma esse apoio vai ser viabilizado. Torno a falar no respeito ao direito ao silêncio, no respeito ao direito de não realização do exame de corpo de delito, no respeito ao direito de não comparecimento à audiência, se for o caso.



A partir daí, temos de começar a pensar também na introdução da própria justiça restaurativa como forma de mediação de conflitos, uma maneira de o Código de Processo Penal já trabalhar a vítima por esse viés, porque é uma forma de a vítima ser ouvida sem que se aproprie da gestão da acusação. E nós estaríamos pensando numa solução que compatibilizasse essas duas necessidades. Dentro desse olhar, tentaríamos buscar uma participação menor da vítima no que tange a busca da condenação e uma proteção maior da vontade da vítima no percorrer desse processo penal.

Vale dizer ainda que, a partir do momento em que consagramos o direito da vítima ao não comparecimento, o direito da vítima à não realização de exame de corpo de delito, isso não gera nenhum tipo de prejuízo ao processo penal. Nós sabemos que o juiz não precisa de provas para absolver. O juiz precisa de provas para condenar.

Então, a partir do momento em que a vítima se nega a colaborar, o respeito à sua vontade estará, a um só tempo, reconhecendo a sua autonomia e, também com isso, protegendo-a de reviver um momento traumático, evitando com isso a sua sobrevivitização, a sua vitimização secundária, que é, inclusive, uma grande preocupação das diretivas da própria União Europeia, uma preocupação de diversos Estados da América Latina no atual contexto processual penal moderno.

A partir desse contexto, nós vamos poder pensar novos direitos para a vítima que estejam, sobretudo, focados no direito à informação, no direito ao apoio, no direito à assistência, mas não no direito à perseguição da condenação do indivíduo, porque isso, repito, caminha junto com um processo de exacerbação da atribuição de culpa para a vítima, algo que precisa ser efetivamente afastado no processo penal.

Com isso, eu encerro a minha exposição. Agradeço, mais uma vez, a atenção dos senhores e me coloco à disposição.

O SR. DEPUTADO PAULO TEIXEIRA - Sr. Presidente, V.Exa. me permite uma pergunta rápida a ela, muito rápida?

O SR. PRESIDENTE (Deputado Rubens Pereira Júnior) - Permito, sim, Deputado Paulo Teixeira.



O SR. DEPUTADO PAULO TEIXEIRA - Profa. Daniela, eu a cumprimento. Cumprimento também o Desembargador Ney de Barros Bello Filho e o Dr. Marcos Paulo Dutra Santos, defensor público e professor da Escola Superior da Defensoria Pública.

A senhora falou em justiça restaurativa. Eu pedi até um capítulo, no debate sobre o Código de Processo Penal, sobre justiça restaurativa. A senhora disse, no momento, que a vítima pode, inclusive, desdobrar a sua reparação por meio da justiça restaurativa. O que isso seria? A senhora pode dar exemplos para nós?

A SRA. DANIELA PORTUGAL - Sim. A justiça restaurativa não é direito penal tradicional. Poderíamos traçar até um paralelo. O direito penal tradicional tem seus próprios princípios e sua forma de gestão; a justiça restaurativa tem seus próprios princípios e sua forma de gestão. Dentro da justiça restaurativa, tentando explicar muito rapidamente, nós vamos ter um debate consensual envolvendo vítima; agressor; eventualmente, membros da comunidade; e um facilitador, que irá conduzir esse debate.

Para que a justiça restaurativa não incremente o processo de vitimização do ofendido nem fira o direito de presunção da inocência do acusado, esse modelo, essa forma de solução de conflitos só vai ser possível quando houver comum acordo, ou seja, quando todas as partes assim o quiserem. Então, o agressor opta pela justiça restaurativa, tendo como pressuposto a sua assunção de culpa, a sua assunção de responsabilidade. Ele reconhece que ele é autor da agressão e se coloca à disposição para a busca de uma solução reparatória. A vítima, nesse sentido, também entende que a melhor forma é o debate consensual. Então, a vítima exhibe também a sua vontade de conduzir o debate dessa forma. E o debate vai ser conduzido a partir do diálogo, na busca de uma solução de reparação de dano. Reparação, aqui, não é no sentido estritamente indenizatório. A reparação é muito mais ampla do que isso. Na justiça restaurativa, vamos buscar uma forma de se reparar o dano, não meramente indenizatória, muito mais ampla.

E, nesse debate, o agressor vai ser ouvido, a vítima vai ser ouvida. Se, no meio do percurso, esse debate ficar frustrado, o fato pode ser levado à justiça penal tradicional, para que aquele indivíduo tente provar a sua inocência. Evidentemente, aquela assunção de culpa não vai poder ser usada no processo penal tradicional; ou



seria uma armadilha. Então, a qualquer momento, se o debate ficar frustrado, se não houver comum acordo, vamos poder levar isso para o sistema tradicional de solução de conflitos.

Nós temos, timidamente, algo que se assemelha, digamos assim, a um permear da justiça restaurativa dentro do nosso processo penal tradicional, no procedimento sumaríssimo, na audiência preliminar que vai anteceder a audiência de instrução e julgamento nos Juizados Especiais Criminais. Mas ainda é muito tímido por conta do âmbito de incidência dessa forma de solução de conflitos.

Então, no meu entender, em havendo vontade da vítima e vontade do agressor, o Estado não vai ter a necessidade de interferir negando essa forma de solução.

O SR. DEPUTADO PAULO TEIXEIRA - Se a senhora quiser oferecer alguma contribuição a esse debate, eu a aceito. Quero apenas pedir à senhora que a remeta a esta Comissão e acompanhe o debate sobre a justiça restaurativa, que será feito, creio, em outubro. Então, se puder formular algo, a senhora nos ajudará demasiadamente.

A SRA. DANIELA PORTUGAL - Claro. Nesse sentido, vale mencionar a própria Profa. Selma Santana, da Universidade Federal da Bahia, que tem atuação especificamente voltada, inclusive, para a justiça restaurativa. Na Universidade Federal da Bahia, existe uma linha de pesquisa.

O SR. DEPUTADO PAULO TEIXEIRA - Eu pediria à Consultoria que pegasse o contato, para nós a convidarmos.

A SRA. DANIELA PORTUGAL - Nós podemos fazer isso conjuntamente.

O SR. DEPUTADO PAULO TEIXEIRA - Muito bem. Se puder fazer a contribuição conjuntamente e encaminhá-la, depois, na hora do debate, já discutiremos uma proposta muito concreta.

A SRA. DANIELA PORTUGAL - Sim, claro.

O SR. DEPUTADO PAULO TEIXEIRA - Muito obrigado, Sr. Presidente. Desculpe-me.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Rubens Pereira Júnior) - Nós agradecemos à Profa. Daniela.



Na verdade, o projeto do Código avança em relação à proteção às vítimas, especialmente nos arts. 90 a 92, mas, como bem disse, muito timidamente ainda.

A SRA. DANIELA PORTUGAL - Sim.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Rubens Pereira Júnior) - E o pedido feito à senhora, na verdade, é estendido aos demais palestrantes, porque todas as sugestões que recebermos que possam ser encaminhadas ao Relator e aos Sub-Relatores dos temas específicos certamente serão apreciadas. Destaco que várias categorias já o fizeram: a dos magistrados, a dos defensores, a dos peritos, entre outras. E, naturalmente, o objetivo é democratizar ao máximo o trabalho da Comissão Especial, para que alcancemos o aprimoramento do projeto.

Para dar continuidade aos trabalhos, passo a palavra, por 20 minutos, ao Prof. Marcos Paulo Dutra Santos, da Escola Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro.

O SR. MARCOS PAULO DUTRA SANTOS - Boa tarde a todos os presentes e a todas as presentes.

Quero aqui agradecer o convite formalizado pela Comissão, na pessoa do Deputado Rubens Pereira Júnior. Quero também parabenizar pelas brilhantes exposições o Desembargador Ney de Barros Bello Filho e a Profa. Daniela Portugal.

A minha abordagem talvez seja um pouquinho diferente daquela feita pelos demais colegas. Confesso que receber o convite me animou — eu fiquei muito empolgado — a me debruçar sobre o Projeto de Lei nº 8.045, de 2011, procurando analisar diferentes pontos do projeto, enaltecer artigos que me pareceram bastante adequados e, ao mesmo tempo, criticar alguns dispositivos, já propondo, inclusive, alternativas de texto, de redação. Eu confesso que me sinto confortável, acho interessante seguir essa linha.

O primeiro ponto que eu destaquei nos apontamentos é a iniciativa probatória do juiz no processo penal. E, nesse aspecto, o Projeto de Lei nº 8.045 é impecável — impecável! —, pela organicidade. O grande problema que nós temos hoje, no ordenamento processual penal, é essa colcha de retalhos que é o nosso ordenamento processual penal. É algo lamentável que ocorre, mas por conta das reformas legislativas, o que acaba comprometendo demasiadamente uma linearidade sistêmica, sem pensar muito. Basta pensar em prisão preventiva. A



prisão preventiva foi reformada em 2008 — o atuar do juiz, de ofício, restrito ao processo.

Entretanto, o art. 20 da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340, de 2006, portanto, anterior, não se alterou. E aí continua a possibilidade de o juiz, em total desconformidade com o sistema acusatório, implementar uma preventiva de ofício não só no processo, mas também no inquérito.

Então, esses cuidados, inegavelmente, o Projeto de Lei nº 8.045 teve. Por quê?

O art. 4º diz o seguinte:

“Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

O projeto, nesse aspecto, é impecável na parte final, “(...) *substituição da atuação probatória do órgão de acusação*”, porque, de fato, não há nenhuma iniciativa probatória, de ofício, pelo juiz, como bem já destacou o Desembargador Ney Bello.

Nesse aspecto, quero aplaudir o projeto de lei pelos arts. 14, 150, 190 e 165. Por quê? O art. 165 é interessante, porque nos diz o seguinte: “*As provas serão propostas pelas partes*”. E o parágrafo único arremata: “*Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes*”.

Isso é absolutamente compatível com o sistema acusatório, porque não podemos esquecer que, embora o destinatário das provas seja — aspas — “o processo”, porque as provas ficam no processo, é inegável que, do ponto de vista intelectual, esse destinatário é o magistrado, porque a ele competirá valorá-las antes de sentenciar.

Então, nesse aspecto, realmente, o Código é sensacional.

Agora, vejo um descompasso — inclusive, conversava sobre isso, momentos antes de iniciarmos os trabalhos, com o Deputado Rubens Pereira Júnior —, a questão das demais cautelares. Por quê? Cautelares constritivas da liberdade: o juiz continua podendo implementá-las, de ofício, no processo. Cautelares reais: o juiz



continua podendo implementá-las, de ofício, no processo. É o que revelam os arts. 525 e 615, pertinentes às medidas cautelares reais, e também o art. 624.

E o mesmo se verifica no tocante à prisão. Por quê? Se a proposta do Código é abraçar o sistema acusatório, confesso que agride um pouco a imparcialidade, agride um pouco a equidistância a ideia de o órgão acusatório não ter vislumbrado a necessidade da prisão preventiva. O órgão acusatório não vislumbrou a necessidade de uma constrição patrimonial. E vem o juiz, de quem se espera equidistância, atropelando o órgão acusatório e determinando essas medidas?! A meu ver, há um descompasso.

Esse descompasso seria facilmente sanável. Inclusive, aqui fica até a própria sugestão: vedada a iniciativa do juiz, a iniciativa cautelar do juiz, na fase de investigação e também na fase do processo. Esse problema se resolveria com relativa facilidade.

Agora, de todo modo, quero destacar a necessidade, nas disposições de transição, de alteração — acho que a alteração seria o caminho mais adequado — do art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.613, de 1998. Estou me referindo à lavagem de capitais. Por quê? Nesse dispositivo, pertinente à lavagem de dinheiro, o juízo ainda poderia, de ofício, mesmo no inquérito — mesmo no inquérito! —, implementar apreensão de bens. Há um descompasso. Se em termos de iniciativa probatória nem no inquérito — iniciativa probatória — nem no processo o juiz poderá fazê-lo, não faz sentido a subsistência desse dispositivo. Verifico que, nas normas de disposição, nas normas pertinentes a dispositivos a serem revogados, houve um lapso, um esquecimento quanto ao art. 4º, *caput*, da Lei 9.613.

E lembro que na lavagem de dinheiro há uma questão interessante. Presente a lavagem de dinheiro, a receita tem valor probatório, porque é a prova da existência do crime de lavagem, e, portanto, desafia uma medida cautelar probatória, qual seja, apreensão. E, simultaneamente, ante a infração penal anterior, é proveito desta. E, por ser proveito desta, desafiaria sequestro. É por isso, inclusive, que o legislador se refere ao gênero, se refere a medidas assecuratórias, não pontuando apreensão ou sequestro. Fica a sugestão.

O projeto é ousado porque se distancia por completo dos Tribunais Superiores no tocante à prova emprestada. No tocante à prova emprestada, o



projeto se aproxima da doutrina, em descompasso com os Tribunais Superiores. Por quê? Qual é a orientação dos Tribunais Superiores? A possibilidade de aproveitamento da prova emprestada, mesmo contra uma parte que não integrou a relação processual que a ensejou — com uma ressalva, terá valor *obiter dictum*. Ou seja, é argumento de reforço de uma sentença penal condenatória, não pode ser a *ratio* da condenação.

É essa quadra que nós temos hoje em termos de prova emprestada no País, o que não é uma quadra alvissareira em termos de controle jurisdicional. E por que não o é? Porque envolve revolvimento fático, envolve revolvimento probatório, que, saberemos todos, descabe em nível de especial, descabe em nível de extraordinário. Porém, na medida em que o projeto de lei deixa claro que a prova emprestada só pode ser explorada contra uma parte que integrou o contraditório originário, aí sim desafia esse controle jurisdicional, porque basta examinar a sentença ou o acórdão e examinar se essa prova emprestada de fato foi, fundamento um, daquela sentença condenatória e, dois, se de fato foi produzida contra uma parte, ou não, que integrou o contraditório que a originou. Aplaudo o projeto de lei nesse aspecto. Isso está versado no art. 169 do projeto de lei do novo CPP.

Evoluo para o princípio do livre convencimento motivado, que foi muitíssimo bem trabalhado pelo Desembargador Ney de Barros. Em relação aos artigos que versam sobre o tema, verifica-se alguma reminiscência do sistema da prova legal tarifada. Estou me referindo ao art. 166, estou me referindo ao art. 207, embora o art. 207 já seja uma evolução em relação ao art. 167 do Código de Processo Penal atual. Por quê? O art. 166, parágrafo único, manteve uma regra que vem lá do CPP, de 1941, que foi mantida pela Lei nº 11.690, de 2008, que diz, em seu parágrafo único:

“Art. 166.....

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil.”

A jurisprudência dos Tribunais Superiores já admite, por exemplo, folha de antecedentes criminais enquanto prova da maioridade. Por quê? Porque a folha de



antecedentes criminais é confeccionada pelo mesmo órgão incumbido da identificação civil. Então, eu acho que podemos evoluir um pouco.

E, ao texto *“Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil”*, Deputado, talvez fosse de bom alvitre acrescentarmos *“incluindo documentos expedidos pelos órgãos responsáveis pela identificação civil”*, como a folha de antecedentes criminais. Eu acho que seria um avanço bem salutar, ainda mais considerado o art. 93, IX, da Constituição.

Por outro lado, diz o art. 206:

“Art. 206. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

A confissão tem o seu valor probatório. Ela não pode ser, é evidente, inclusive em apreço ao livre convencimento motivado, a “rainha”, entre aspas, das provas. Eu incluiria *“não podendo supri-lo, por si só, a confissão do acusado”*. A confissão tem valor probatório. A maior prova disso é que ela é agraciada com a atenuante genérica versada no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal. Então, eu incluiria a expressão “por si só”.

O art. 207 já evoluiu demais, porque nos diz que, não sendo possível o exame de corpo de delito — é evidente, direto —, o laudo será elaborado pelos peritos com base nos elementos de prova testemunhal e documental existentes. Já é um avanço, até porque a prova documental, até à mingua de definições — digamos — mais abrangentes, mais completas, incluiria microfilmagens, fotografias, etc. Mas eu iria além, eu colocaria *“elementos de prova testemunhal, documental e demais admissíveis em Direito”*, para que pudéssemos nos aproximar do ideário contemplado no art. 93, inciso IX, da Constituição. É outra ponderação que faço.

A questão da vedação, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos já foi bem explorada pelo Desembargador e Prof. Ney de Barros Bello Filho. Então, até pela exiguidade do tema, endosso os comentários que foram feitos.

Agora, talvez fosse a hora também de evoluirmos um pouco aqui, porque existem questões que já estão absolutamente consolidadas nos Tribunais Superiores, como encontro fortuito de provas.



Não vejo razões para não acrescentar, quiçá, um parágrafo ao art. 167. Ou seja, transformaríamos o parágrafo único em § 1º, para incluir “o encontro fortuito de provas”, a sua positividade, algo do gênero. São válidas as peças de informação estranhas a determinado procedimento probatório, se obtidas fortuitamente, se obtidas acidentalmente. Então, vale a sugestão.

Eu acho que isso seria interessante. E isso também poria uma pá de cal sobre uma pressão enorme que os nossos tribunais sofrem com questões como essas, que, embora já pacificadas nos Tribunais Superiores, continuam a ser veiculadas nos processos criminais.

Isso permitiria, por exemplo, acionar uma declaração de inconstitucionalidade de um preceito nesse sentido, que teria natural eficácia vinculante. Isso diminuiria a pressão sobre os nossos tribunais.

Eu acho que está mais do que na hora, Deputado, de darmos esse salto de, de repente, positivar, no art. 167, o parágrafo acerca do encontro fortuito de provas.

Por outro lado, no tocante à inquisitorialidade do inquérito, mantido, não poderia ser diferente, pelo projeto de lei, chamou-me muito a atenção uma tremenda e polêmica, desde já, inovação, reconhecimento, que é, no plenário do júri, o art. 391, inciso III:

“Art. 391. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências (...).”

O projeto de lei repete as vedações ao contraditório já existentes: não aludir ao uso de algemas; não aludir, enquanto argumento retórico, à pronúncia; não aludir ao silêncio. Mas o projeto evoluiu quando se colocou: “aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, ressalvada a prova antecipada”.

Nesse aspecto, o projeto de lei merece todos os nossos encômios. Por quê? Pela coerência interna. De fato, o art. 168 nos diz que o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial — provas submetidas ao contraditório judicial. Essa regra existe entre nós hoje, corresponde ao art. 155, *caput*, mas fica um tanto quanto esvaziada no plenário do júri, porque, na medida em que o conselho de sentença é norteado pelo sistema da íntima convicção, o Ministério Público pode, no plenário, sustentar toda a sua



acusação em cima do inquérito e termos um eventual veredito condenatório lastreado — onde? — em cima do inquérito.

Quem são os jurados? São juízes. São juízes de fato. Então, como poderíamos ter um microssistema? Ou seja, justamente naqueles crimes que são dos mais graves existentes entre nós, imputações dolosas contra a vida, permitir que o inquérito seja explorado não me parece o caminho. Então, eu aplaudo muito.

Reconheço que isso já foi, inclusive, tentado anteriormente. No processo legislativo que desaguou na Lei nº 11.689, de 2008, isso foi buscado, inegavelmente. Isso é algo que gera debates candentes. Mas aplaudo a coerência do projeto de lei nesse aspecto. Seguiu um rumo e dele não saiu. Isso é extremamente importante.

Da mesma maneira, também o projeto inova... Era algo que, na realidade, já existia informalmente. Eu mesmo, como defensor, já cansei de fazer isso. Em fases ainda de investigação, eu era procurado pelo indiciado; o indiciado trazia testemunhas; eu mesmo colhia os depoimentos e apresentava nos autos da investigação. Eu fazia isso em idos de 1998, 1999, 2000, já que sou defensor há quase 18 anos. É com muita alegria que vejo isso estar positivado no art. 13 do projeto de lei do novo CPP.

Isso dá máxima efetividade a uma garantia constitucional: a garantia versada no art. 5º, LXII, da Constituição, ou seja, o direito que todo indiciado tem a assistência de um advogado, porque isso torna essa assistência realmente bastante efetiva.

Porém, não me agradou o § 5º do art. 13, porque pode pôr todo esse trabalho a perder, na medida em que assenta:

“Art. 13.....

§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.”

Parece-me que uma solução intermediária seria de bom alvitre, algo como “deverá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial, exceto se”. A autoridade policial não está compelida a fundamentar todas as suas promoções, mas, nesse caso, Deputado, seria compelida, porque aqui estaria estabelecido “deverá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial, exceto se irrelevante ou impertinente a elucidação dos fatos”.



Eu acho que isso seria interessante, porque manteria, evidentemente, a direção da investigação, como há de ser, a autoridade policial, mas garantiríamos aqui um pronunciamento da autoridade policial, de maneira fundamentada, o que seria inclusive interessante ante a possibilidade de controle, não só pelo Ministério Público, mas também pelo próprio chefe da polícia, e mesmo via *habeas corpus* ao juiz de garantias.

Outro detalhe eu confesso que me incomoda. Isso já me incomodava na Lei nº 11.690, e vejo que foi mantido. Quando se excluem do desvalor probatório do inquérito as provas cautelares, nós temos uma redundância, porque temos as provas cautelares e as provas antecipadas, quando as provas antecipadas, na realidade, já são uma modalidade cautelar — parece-me que provas cautelares atenderiam aqui perfeitamente. E, quanto às não repetíveis, o aproveitamento dessa peça de informação não é ditado pela irrepetibilidade ou não, e sim pelo caráter técnico. É evidente que as provas não repetíveis aqui são justamente as provas periciais. Por exemplo, se uma pessoa presta depoimento em sede policial, acaba o depoimento, atravessa a rua, é atropelada e morre, temos indícios, porque foi um depoimento colhido sem o crivo do que eu costumo chamar de tríade, sem o crivo do contraditório, da ampla defesa, do juízo natural.

Então, nesse caso, não podemos alçar esse indício à condição de prova, exatamente por faltar esse contraditório judicial. Logo, eu acho que seria interessante uma terminologia mais explícita, qual seja: resguardadas as provas cautelares, as antecipadas e as periciais. Não há necessidade de se recorrer a esse adjetivo.

O art. 168, por sua vez, alude a indícios e está perfeito. Eu só alteraria de “indícios”, que está diretamente relacionado a essa fase extrajudicial, para “prova indiciária”. Parece-me que seria mais interessante.

A chamada de corrêu foi tratada muitíssimo bem, no § 2º do art. 168.

Há uma questão que me parece importante e me chamou muito a atenção — o nosso tempo, parece-me, já está estourado. Aqui realmente é uma sugestão genuína.

Estou me referindo ao capítulo atinente à prova testemunhal. Por quê? Gostei muito do texto do art. 171, que versa sobre a prova testemunhal. A parte final da



cabeça do art. 171, no que diz: “(...) *explicando*” — a testemunha — “*sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais se possa avaliar sua credibilidade*”.

Eu vejo que o projeto de lei, nesse aspecto, se aproximou muito do art. 129 do Código de Processo Penal português, pertinente ao depoimento indireto.

Eu proporia aqui uma explicitação, talvez num parágrafo, no próprio art. 171, de uma regra similar à do item 3 do art. 129 do CPP português, segundo o qual:

“Art. 129.....

3 - Não pode, em caso algum, servir como meio de prova o depoimento de quem recusar ou não estiver em condições de indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos fatos.”

Ou seja, aquela testemunha do “ouvi dizer”, aquela que ouviu dizer aquilo, que ouviu dizer aquilo outro, sem apontar a fonte. Até porque se se diz algo sem apontar minimamente qual seria a fonte, isso é quase um anonimato. E isso é algo que fere o art. 5º, IV, da Constituição.

Isso me chamou a atenção porque, mesmo em fase de investigação, o projeto de lei critica isso, glosa isso. Refiro-me ao art. 8º, ou seja, seria interessante também para uma coerência interna, porque o art. 8º nos diz: “*A investigação criminal tem por objetivo a identificação das fontes de prova (...)*”. Repito: a identificação das fontes de prova. Então, esse é um registro que faço.

E na linha da explanação da Profa. Daniela Portugal, também não podemos esquecer que o Código, nos arts. 193 a 195, teve uma preocupação grande com a vítima, sobretudo a de tenra idade, ao ter positivado o depoimento sem dano, já admitido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça — parece-me que esse tema ainda não foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal.

Eu só faria uma ponderação, até porque, no Rio de Janeiro, Deputado, já é costumeiro realizar esse tipo de depoimento. E não vejo problema, à luz do sistema acusatório, que as perguntas dirigidas ao psicólogo ou à psicóloga que estiver intermediando sejam feitas pelas próprias partes, sob a fiscalização do juízo. Ou seja, evidentemente diante de qualquer excesso, o juiz imediatamente iria intervir e dizer que o psicólogo ou a psicóloga não precisaria veicular essa pergunta. Eu acho



que seria para manter uma linearidade com o próprio sistema pertinente à coleta probatória.

Quanto à questão atinente ao interrogatório ser o último ato, a preocupação do Desembargador Ney Barros com a carta precatória também foi minha, quando a li.

Só que talvez nesse aspecto, Desembargador, vamos ter talvez uma pequena divergência aqui. Qual é a razão de ser de o interrogatório ser o último ato? Que, quando o réu venha a ser interrogado, ele já tenha ciência de toda a prova que foi colhida contra ele e a seu favor, especialmente a prova oral acusatória.

Eu verifico que, no art. 188, no § 1º — parece-me —, foi mantida a regra segundo a qual a carta precatória não suspende a instrução. Eu concordo, não pode suspender mesmo. Mas eu faria uma ressalva: realizado o interrogatório, depois de encerrada a colheita da prova oral acusatória. Eu faria essa ressalva.

Do contrário, a minha preocupação é escalonar o exercício do direito de defesa. Por que escalonar o exercício do direito de defesa? Imagine que um réu esteja sendo processado na sede do juízo processante e, naquele processo, não houve a necessidade de serem expedidas cartas precatórias. O seu interrogatório será realizado por último, ou seja, esse réu só apresentará a sua autodefesa depois de ter tomado ciência de toda a prova que foi colhida contra e a seu favor. Nos processos em que há a necessidade de expedir carta precatória, especialmente carta precatória para colheita da prova oral acusatória, o que ocorreria, a ser mantida essa interpretação literal do § 1º do art. 188, que existe no §1º do art. 222 do CPP atual? Ele seria interrogado, sem ter ciência ainda do exato teor da prova oral acusatória.

Imaginemos que essa carta precatória tenha sido justamente para ouvir a vítima, ou tenha sido justamente para ouvir a única testemunha *de visu*, a única testemunha que efetivamente presenciou os fatos. Esse réu, quer queira ou não, ficará em uma posição de desvantagem por algo absolutamente alheio à sua vontade, ou seja, uma carta precatória para a colheita da prova oral acusatória em relação àquele no qual não houve a necessidade de se valer desse mecanismo de delegação de competência.



Então, parece-me, até em apreço à ampla defesa e em última análise à isonomia, porque em jogo está a ampla defesa, a autodefesa, seria interessante que houvesse essa ressalva, até porque essa é uma regra de 1941. Essa é uma regra do Código de Processo Penal originário, no qual o interrogatório abria a instrução. Aí não haveria esse problema, diferentemente de hoje.

Bem, peço desculpas desde já por ter me excedido um pouco no tempo. Também há aqui outras considerações que eu posso perfeitamente encaminhar à Comissão.

Agradeço, mais uma vez, o convite do Deputado para participar desta audiência pública. Coloco-me à disposição de todos, evidentemente, para esclarecimentos, inclusive fora dos temas aqui tratados.

Muito obrigado a todos.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Rubens Pereira Júnior) - Agradecemos ao Prof. Marcos Paulo, a todas as assessorias aqui presentes, à Consultoria. Eu vejo aqui muitos representantes de vários gabinetes e de alguns partidos que permitirão que esse debate seja aprofundado.

Essas audiências públicas ajudam muito a disseminar ainda mais que hoje a Câmara dos Deputados tem uma Comissão Especial instituída com este fim. O objetivo é este: maximizar o debate para que não façamos um Código às pressas, nem malfeito, para que nós possamos corrigir eventuais distorções e, de fato, construir um Código que ajude a dar celeridade ao processo, sem ferir nenhum direito, para que também possamos proteger as vítimas e, de certa forma, atualizar o processo penal.

Passamos agora às considerações finais.

Para iniciar, concedo a palavra ao Desembargador Ney Bello.

O SR. NEY DE BARROS BELLO FILHO - Sr. Presidente, volto a agradecer o convite e, à guisa de considerações finais, quero afirmar algumas coisas.

Pegando o mote da ligeira discordância, eu não tenho dúvida de que julgar um processo sem que a prova da defesa tenha sido produzida conduz ou pode conduzir a equívocos. Portanto, o problema não está no julgamento de um processo pendente de uma carta precatória ou de uma carta de ordem. O problema está em quem é o responsável pela produção dessa prova.



O que acontece se a parte arrola três testemunhas em locais extremamente difíceis, de acesso também difícil, e se aquele ato foi realizado em uma comarca que eventualmente não tem juiz? Trata-se da vida como ela é, parafraseando Nelson Rodrigues. Isso pode consumir até 3 anos! E isso é usado costumeiramente no dia a dia dos foros, como maneira de postergar o processo. Nós não podemos, evidentemente, criticar a defesa por usar um ardil desses, porque é dado a todo advogado de defesa e a todo defensor utilizarem o que é permitido pela legislação.

O ideal seria que o código deixasse à disposição e sob a responsabilidade da defesa a produção da sua própria prova. Não fazer isso, mantendo a produção de provas sob responsabilidade do Estado, como ocorre no sistema processual penal e na jurisdição vigente, é abrir a porta para a prescrição.

A prescrição em determinados tribunais do Brasil chega a 65% dos processos. O que são 65% dos processos criminais prescrevendo? É dizer que 65% do acervo gera uma produção de atos processuais e um custo que não levam a justiça alguma. As pessoas não foram nem absolvidas nem condenadas, porque o fato não chegou a ser julgado. Há uma absolvição indireta. O processo prescreveu, mas a jurisdição, na forma da absolvição e da condenação, não chegou ao final.

Por que, em grande parte, isso ocorre? Porque a instrução demora. Por que a instrução demora? Porque, da forma como se formaliza a produção de provas, ela é extremamente paternalista. Isso faz com que ela não seja produzida no exíguo prazo disponível no nosso modelo prescricional. Há duas soluções: alargar o modelo prescricional — essa é uma hipótese, embora não seja a melhor —, ou deixar à defesa a responsabilidade pela produção da sua própria prova, e ao Ministério Público também.

A retirada do art. 222 fez com que nós ficássemos presos, no momento do julgamento, a todas as cartas precatórias e cartas de ordem que são encaminhadas. Eu vou dar um exemplo muito pessoal. Estou hoje em um gabinete criminal no Tribunal Regional Federal, e não se costumava aplicar o art. 222, porque ele está lá como uma faculdade. Eu peguei cartas precatórias do interior da Bahia — não sem uma referência muito nossa, porque eu sou maranhense — que estavam lá há 2 anos. Identifiquei uma carta de ordem para ouvir o Prefeito, que fica do outro lado da rua, e essa carta estava lá há 2 anos. A Prefeitura é do outro lado da rua em relação



ao fórum, mas há 2 anos o Prefeito e o juiz não se encontram. A mesma coisa ocorreu no interior do Amazonas, embora lá a situação fosse outra. Como uma comarca específica não tinha juiz há 6 anos, vinha alguém de barco de outra comarca para realizar um ato. Lá, se chover, não passa ninguém. Essa é a realidade do nosso Brasil, e essas situações levam à eternização do processo.

O processo precisa acabar, seja para a absolvição, seja para a condenação. Mas ele precisa chegar ao fim. A ausência do art. 222, infelizmente, leva a essa eternização, quando seria muito melhor que o juízo ficasse a receber as suas provas e contraprovas sem essa paternalização.

Eu também sou contra prisão de ofício. Se o Ministério Público, que vai acusar, que tem a tese acusatória, não me pede uma prisão nem uma condução coercitiva, por que razão o juiz, que deve exercer um pouco de imparcialidade numa contenda entre o acusador e o defensor, vai entender que o cidadão precisa ser preso? Então, essas responsabilidades precisam ser muito bem divididas, precisam ser muito bem esquadrihadas. Eu concordo que esse modelo não parece razoável, porque é meio acusatório e inquisitorial, é alguma coisa que não conseguimos definir teoricamente.

Por fim, acho que o código não resolveu o problema da posição da vítima no processo penal — concordo com a professora —, mas acho que se avançou bastante com relação à situação que existia anteriormente. Eu fui promotor do júri, e isso era facilmente explicável. Em determinadas situações, no plenário do tribunal, há uma briga entre a família da vítima e o réu para mostrar quem está falando a verdade. E, se for tentativa de homicídio, a briga é do próprio réu com a pretensa vítima de tentativa de homicídio. Então, de certa maneira, o projeto do código andou bem ao tentar corrigir essa situação.

Num contexto geral, eu acredito que o projeto tem o grande mérito de sistematizar uma colcha de retalhos, embora ele não tenha mudado essencialmente o modelo com o qual convivemos até hoje. Ele não traz grandes avanços no sentido de dar celeridade ao processo penal, mas ele sistematizou muita coisa que ficou dispersa, como numa colcha de retalhos.

Eu gostaria de ver um processo mais célere, em razão da grande quantidade de crimes que existe. O julgamento antecipado da lide penal e a inclusão da



barganha — que possibilitaria ao órgão acusador negociar o procedimento em que se vai responder, admitir e confessar — estão entre as diversas situações que poderiam trazer avanços com alguma potência. Mas isso não aconteceu. Até o perfil da Comissão, como ela foi composta, é processualmente conservador. Isso fez com que não se avançasse tanto quanto alguns professores — como eu — e vários teóricos do Direito Processual Penal gostaríamos. Mas acho que vamos, enfim, ter um código ao menos próximo do século XXI. Nós ainda estamos em 1940, porque ainda julgamos com base nele.

Eu termino agradecendo a companhia e as observações dos que me sucederam na fala inicial. Eu me coloco à disposição para qualquer discussão, debate ou dúvida.

Deputado Rubens, muito obrigado.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Rubens Pereira Júnior) - Nós agradecemos a V.Sa.

Passo a palavra para a Profa. Daniela.

A SRA. DANIELA PORTUGAL - Eu torno a agradecer a oportunidade de estar aqui discutindo um tema de extrema relevância. Existe realmente a necessidade de se superar o atual Código de Processo Penal, que tem inspiração no Código de Mussolini. Então, existe uma urgência no tratamento de garantias fundamentais, na afirmação do processo penal acusatório, na afirmação da inadmissibilidade da prova ilícita.

Já houve um avanço muito grande em relação ao tratamento da vítima, e mais ainda pode ser feito. Houve também avanço em relação ao depoimento prestado por crianças e adolescentes, muito embora isso já fosse realizado em alguns Estados — na Bahia, em certos casos, é feito dessa forma.

Percebemos a boa vontade legislativa no tratamento de algumas matérias expostas no projeto, mas identificamos coisas que, na prática, não funcionam tão bem. Eu destaco a figura do art. 83 e seus parágrafos, no projeto de reforma do novo Código de Processo Penal, que diz respeito à reparação de danos, associada ao processo criminal. O juiz criminal vai ter a possibilidade de, nos termos do art. 83, § 1º, na sentença penal condenatória, considerar a reparação de danos morais, já os



arbitrando. Isso, na prática, tem causado uma inversão da lógica entre o Direito Penal e os outros ramos do Direito.

Em tese, o processo criminal é criado para ser a última esfera de controle, a *ultima ratio*. Mas, na prática, essas previsões têm invertido essa lógica. A primeira coisa que as pessoas normalmente procuram, quando sofrem algum tipo de lesão, é uma delegacia. Elas vão buscar uma delegacia e, a partir dali, o processo criminal vai se instaurar. Muitas vezes, aquela vítima não liga se o sujeito vai ser condenado a uma pena privativa de liberdade ou não. O que ela quer efetivamente é a indenização, sobretudo em infrações de menor potencial ofensivo. Essa vítima usa a via do processo penal porque o principal intuito é indenizatório. O processo penal acaba funcionando, na prática, como a primeira *ratio* — uma *prima ratio* — na solução de conflitos, que vão ser resolvidos pelo Direito Civil, em última análise, quando essa vítima puder complementar esse valor indenizatório. Havendo a decisão do juízo cível antes da decisão criminal, a decisão do juiz criminal vai ficar limitada à decisão cível.

Então, por mais que seja interessante criar essa autonomia entre as esferas com a intenção de dar à vítima maior celeridade e viabilidade na busca desse valor indenizatório, existe um mau funcionamento prático. Eu não acho que vai ser possível solucionar isso, sobretudo nos termos em que a matéria é proposta aqui.

Há outras questões a serem discutidas, mas esse é um debate realmente muito extenso, e eu vou encerrar por aqui a minha exposição.

Estou muito feliz por ter tido a oportunidade de ouvir os colegas — realmente, isso foi muito engrandecedor —, e endosso aquilo que foi falado aqui.

Agradeço a todos pela atenção, especialmente ao Deputado Rubens Pereira Júnior.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Rubens Pereira Júnior) - Obrigado, Profa. Daniela.

Passo agora a palavra ao Prof. Marcos Paulo.

O SR. MARCOS PAULO DUTRA SANTOS - Nas considerações finais, chamou muito a minha atenção a ousadia do Projeto de Lei nº 8.045 frente à jurisprudência que vem sendo praticada pelos tribunais superiores — ousadia



inclusive com certo misto de ruptura. Isso me chamou a atenção em alguns aspectos salutar, a meu ver.

O primeiro deles relaciona-se à interceptação telefônica. Isso me causou espécie, mas foi uma surpresa boa, na realidade. O conceito que o projeto de lei dá à interceptação das comunicações telefônicas inegavelmente não é preciso, porque, na realidade, está se referindo à interceptação das comunicações telefônicas gênero, como sinônimo de captação. Mas é isso que está na lei.

O § 1º do art. 246 estabelece que:

“§ 1º - *Considera-se interceptação das comunicações telefônicas a escuta, a gravação (...).*”

Acho isso extremamente salutar. Qual tem sido a orientação dos tribunais superiores, nesse aspecto, numa divergência entre Supremo e STJ? O art. 1º da Lei nº 9.296, de 1996, condiciona a prévia autorização jurisdicional à interceptação, que, doutrinariamente falando, é aquela captação realizada por terceiros, sem consentimento de qualquer dos interlocutores. Mas o Supremo, *contrario sensu*, tem admitido gravações telefônicas ou clandestinas, o que, sinceramente, não é uma solução que me agrada em termos de lealdade processual e transparência. Há possibilidade de uma pessoa gravar a conversa telefônica travada com outra e a exibir em juízo. Aí, seria sem peias e, inclusive, não necessariamente para fins penais, mas para qualquer fim, porque sairia dessa órbita de proteção.

O STJ se empolgou, inclusive com manifestações recentes da 6ª Turma, por meio de julgados com relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, e já estendeu esse raciocínio à escuta realizada por terceiros, mas com o consentimento de um dos interlocutores.

O projeto de lei vai autorizar todas essas medidas invasivas, mas agora por determinação jurisdicional prévia. Ou seja, não haveria nenhuma que dispensaria a ordem jurisdicional, quando o caminho já trilhado pelo STJ é de que a gravação e a escuta a dispensariam. E o caminho trilhado pelo pleno é que a gravação a dispensaria.

Então, nesse aspecto, em termos de resguardo às garantias fundamentais, Deputado, se pensarmos que o art. 5º, inciso XII, da Constituição assegura o sigilo das comunicações telefônicas — esse que tem que ser o nosso parâmetro —, acho



isso muito importante, porque evitaria a banalização que estamos verificando de métodos invasivos na repressão a delitos, numa envergadura maior do que eu, pelo menos, reputo tolerável.

No tocante às buscas domiciliares, entretanto, o projeto de lei não andou bem, a meu ver, com todas as vênias. Estou me referindo ao art. 235, porque esse artigo preceitua que as buscas domiciliares serão executadas entre 6 e 20 horas. Não há como estabelecer tamanha objetividade, porque a Constituição Federal, no art. 5º, XI, refere-se a dia, ou seja, há de ser cumprido durante o dia. A depender da época do ano e da região do País, 6 da manhã ou 20 horas, será noite, ou seja, seria cancelar buscas domiciliares em afronta à Constituição.

Então, sugiro, embora possa parecer até uma redação pueril, mas assim já estabeleceu o próprio Supremo Tribunal Federal, que as buscas domiciliares devem ser iniciadas enquanto houver luz solar, porque nada impede que, iniciada a busca durante o dia, ela se estenda noite adentro. Não há nenhum problema. Isso vai na linha do que preceituam doutrina e jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores. Portanto, fica também essa sugestão.

Outro comentário que não posso deixar de fazer é sobre o delineamento, enquanto tutela cautelar, que foi claramente dado à quebra do sigilo. Estou me referindo ao art. 241, que diz que o acesso a informações sigilosas dependerá de ordem judicial indicando a existência de indícios razoáveis da prática de infração penal — *fumus boni iuris*, portanto —, a imprescindibilidade da medida — ou seja, não haver outros meios de prova — e a urgência reveladora da cautelaridade da medida.

Parece-me que o texto, sendo aprovado nesses termos, vai dar uma feição claramente cautelar, que, para mim, a quebra de sigilo tem, a esse mecanismo de prova, a chamar, portanto, a reserva de jurisdição. Se se chamar a reserva de jurisdição, o Supremo Tribunal Federal vai ser obrigado a rever sua jurisprudência atinente à possibilidade ou não de as Comissões Parlamentares de Inquérito, tema obviamente tão caro a esta Casa, poderem afastar o sigilo, porque o delineamento foi dado tal qual se dá às interceptações telefônicas.

Então, evidentemente, se a interceptação telefônica é matéria de reserva de jurisdição, não me parece coerente que a quebra do sigilo não o seja. Com base



nisso, nas normas de transição, parece-me ser necessário dirigir um olhar muito atento aos arts. 16 e 17 da Lei de Organização Criminosa, que prevê a possibilidade de a autoridade policial e do MP terem acesso diretamente — art. 16 — a dados telefônicos, chamadas feitas e recebidas, e a registros de viagem — art. 17. A meu ver, esses dispositivos mereceriam revogação, porque a interceptação poderá ser feita só por determinação jurisdicional.

A última questão, que acho importante, é a alteração da Lei de Drogas. Por quê? O projeto de lei manteve o interrogatório como último ato instrutório. O Supremo Tribunal Federal já mencionou que assim será nas ações penais de competência originária dos tribunais e o projeto de lei positiva isso, e assim será no processo de crime eleitoral. E, na última manifestação do Pleno do Supremo a esse respeito, o Ministro Celso de Mello pediu a palavra para incluir a Lei nº 11.343.

Então, parece-me que está mais do que na hora a alteração do texto do art. 57 da Lei nº 11.343, para colocar o interrogatório, de uma vez por todas, na Lei de Drogas também com último ato, diante da necessidade de se garantir uma linearidade, algo muito bem colocado pelo Desembargador Ney de Barros Filho, para evitar realmente que o nosso ordenamento processual penal continue a ser essa colcha de retalhos. Isso, inegavelmente, é um mérito enorme do Projeto de Lei nº 8.045. Ressalto que me referi ao HC nº 127.900 do Supremo Tribunal Federal.

Quero dizer que, para mim, foi uma alegria enorme, Deputado, primeiramente, compor a Mesa com convidados tão brilhantes, que trouxeram perspectivas tão distintas e a possibilidade de contribuir também para o novo Código de Processo Penal e para esta Casa. Tenham certeza de que fiquei muito feliz e muito honrado com o convite.

Muito obrigado.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Rubens Pereira Júnior) - Nós é que agradecemos a presença dos três convidados, as participações e as intervenções tão plurais e enriquecedoras.

Informo que, por conta do recesso branco que a Câmara dos Deputados está adotando no período das eleições municipais, a nossa próxima reunião, na Comissão Especial, ficará para o mês de outubro.



Registro que faremos a convocação *ad referendum* — e, depois, verei com a Consultoria e a Assessoria da Comissão a possibilidade disso — para que possamos dar continuidade aos debates.

Esta sessão foi a 14ª Reunião Ordinária, mas de audiência pública temática deve ter sido a quinta apenas. Temos planejadas no mínimo dez, mas já estou olhando aqui para Eveline com aquele desejo de aumentar ainda mais o número de audiências temáticas, antes de passarmos para as conferências estaduais.

Por fim, agradeço, mais uma vez, a presença de todos e, especialmente, dos nossos convidados.

Declaro encerrada a presente reunião.

Muito obrigado.