



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: 1236/16	DATA: 18/10/2016	
LOCAL: Plenário 8 das Comissões	INÍCIO: 14h57min	TÉRMINO: 17h14min	PÁGINAS: 46

DEPOENTE/CONVIDADO - QUALIFICAÇÃO

ELMIR DUCLERC RAMALHO JÚNIOR - Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia.
GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA - Professor da Universidade Estadual de Maringá, Estado do Paraná.
SALAH HASSAN KHALED JUNIOR - Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande.
MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS GOMES - Juíza do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

SUMÁRIO

Debate de capítulo do projeto de Código de Processo Penal referente a processos e procedimentos.

OBSERVAÇÕES

A reunião não foi aberta formalmente.



O SR. PRESIDENTE (Deputado Danilo Forte) - Boa tarde a todos e a todas. Nós estamos com um problema: como todos sabem, o Congresso Nacional está apreciando vetos. E quando há sessão deliberativa do Congresso e a Ordem do Dia está em curso, as Comissões não podem fazer qualquer tipo de votação. Como esta é uma audiência pública para a qual palestrantes foram convidados em razão de requerimentos aprovados por este Plenário, nós pedimos desculpas aos nossos convidados, mas nós vamos dar sequência aos trabalhos com o Relator, Deputado João Campos, que acompanhará esta sessão para termos uma visão dos temas aqui apresentados: processos e procedimentos. As suas contribuições nos ajudarão na confecção do relatório setorial e do relatório-geral.

Convido para compor a Mesa o Sr. Elmir Duclerc Ramalho Júnior, Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia; o Sr. Gustavo Noronha de Ávila, professor da Universidade Estadual de Maringá; a Sra. Maria de Fátima dos Santos Gomes, Juíza do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; o Sr. Salah Hassan Khaled Junior, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Diante de uma Mesa tão seleta e de tanta qualidade do ponto de vista da formação jurídica de cada um, nós agradecemos a presença dos senhores palestrantes.

Tivemos o cuidado de fazer hoje uma reunião com a Mesa Diretora na qual ficou demonstrada a necessidade da prorrogação do prazo de vigência desta Comissão para o próximo semestre, o primeiro semestre de 2017, na medida em que vários temas precisam ser abordados e, devido à complexidade, inclusive, do Código de Processo Penal, o tempo ficaria exíguo, não haveria condições de todos os procedimentos serem executados ainda este ano.

E também ficou confirmado o primeiro encontro regional de São Paulo. Será no Fórum, no dia 11 de novembro, com toda uma pauta que está pronta. Os senhores membros desta Comissão que queiram ir a esse encontro poderão entrar em contato com a Secretária da Comissão para os procedimentos necessários junto à Direção da Casa.

Outra questão importante que veio a relevo é a sugestão do Deputado Paulo Teixeira, de São Paulo, de constituirmos um capítulo sobre a justiça restaurativa.



Estou, inclusive, comunicando ao Deputado João Campos que já houve uma audiência pública nesta Comissão sobre isso. E, nessa audiência de São Paulo, esse tema voltará a debate. É uma inovação em matéria de Código de Processo Penal no Brasil, e acho que é uma oportunidade de nós abordarmos também esse tema da justiça restaurativa como forma, inclusive, de reinserir no convívio social, de maneira plena, uma pessoa que cometeu uma infração. Então, eu acho que essa é uma inovação importante.

Nós esperamos poder avançar também em temas considerados tabus e contribuir para uma maior eficiência — e uma maior garantia à vítima e ao agressor — à legislação, para, de forma mais humana, mais cristã, ensejar uma espécie de recuperação e o conseqüente perdão por determinada conduta.

Diante disso, passo a palavra ao Promotor de Justiça Elmir Duclerc Ramalho Júnior para fazer a sua exposição.

O tempo regimental é de 20 minutos para cada palestrante. Posteriormente será aberto espaço para o debate.

Peço ao Relator que assuma a presidência dos trabalhos enquanto eu vou a uma reunião da bancada do meu partido, que está analisando os vetos que vão ser colocados em votação hoje na sessão do Congresso Nacional. Depois eu voltarei para cá.

Obrigado.

O SR. ELMIR DUCLERC RAMALHO JÚNIOR - Uma boa tarde a todos. Eu não posso começar sem saudar os meus companheiros de bancada, o Deputado Danilo Forte, Presidente desta Comissão, que, infelizmente, não vai poder continuar conosco; o Deputado João Campos, ilustre Relator desta Comissão; e os meus colegas Prof. Salah Khaled, Profa. Maria de Fátima, Prof. Gustavo de Ávila; os demais presentes; e os Srs. Parlamentares, Deputados e Deputadas que cedem um pouco do seu tempo para ouvir um pouco daquilo que nós, membros do Sistema de Justiça Criminal e professores de Processo Penal e de Direito Penal, temos a dizer para contribuir com essa missão espinhosa de tentar construir um novo Código de Processo Penal para o Brasil.

Devo dizer que é uma honra muito grande, um prazer muito grande aceitar esse convite, primeiro porque todo cidadão brasileiro deve se sentir muito honrado



de, em algum momento da sua trajetória de vida, ter oportunidade de falar no Parlamento do seu País. Essa já é a segunda vez que tenho essa oportunidade. Há pouco mais de 1 ano estive falando em uma Comissão do Senado da República sobre o Projeto de Lei nº 402, do Senado, que pretendia relativizar o princípio da presunção de inocência. Parece-me que esse projeto não avançou. Mas o Supremo Tribunal Federal acabou se antecipando a isso com a última decisão, do conhecimento de todos, sobre a constitucionalidade do atual art. 283 do Código de Processo Penal.

Então, é uma honra, mas uma alegria também, porque, de certa forma, estar aqui significa reencontrar-me com a minha história. Eu sou Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia há 25 anos, mas também tenho uma trajetória na academia como professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal. Procurei a academia exatamente porque quis investigar mais a fundo — a minha trajetória acadêmica vem disso —, em função daquilo que vi e das decepções que encontrei no Sistema de Justiça Criminal brasileiro.

Eu acho que todos os que estamos aqui, de alguma maneira — e não é a toa que se pretende reformar o Código de Processo Penal, ou melhor, propor um Código de Processo Penal novo para o Brasil —, percebemos, todos os cidadãos brasileiros, que não apenas o Código, mas o Sistema de Justiça Criminal brasileiro necessita de uma revisão urgente. Eu acho que é mais ou menos consenso que ele não atende aos interesses de ninguém. Quem está preocupado com as garantias fundamentais do acusado não se sente satisfeito; quem está preocupado em dar resposta aos interesses da vítima, aos legítimos interesses da vítima também não está satisfeito; e quem atua dentro do sistema, como juiz, promotor, advogado, também se sente muito incomodado.

Logo no início dos anos 2000, quando terminei meu mestrado em Ciências Criminais, eu tive a rara oportunidade de ser convidado para compor um grupo de professores que foi patrocinado, apoiado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que talvez seja a instituição mais importante, em termos de reflexão sobre Ciências Criminais na América Latina — no Brasil, seguramente —, na América Latina. O Instituto resolveu reunir um grupo de professores, e eu tive a honra de, muito jovem, ser levado a esse convívio, exatamente para tentar construir um projeto



de Código de Processo Penal que fosse compatível com a democracia. É fato que os Países da América Latina, depois que saíram das suas ditaduras, tiveram logo a preocupação de elaborar Códigos de Processo Penal que fossem compatíveis com a democracia. Nós estamos, portanto, bastante atrasados nisso.

Esse projeto, lá no início dos anos 2000, acabou não avançando. Mas muito do que se discutiu lá, pelas mãos de um dos seus integrantes, que foi membro da Comissão do Senado que elaborou o Projeto de Lei nº 156, que deu origem a esse projeto que está sendo discutido aqui hoje, acabou vindo para o texto desse projeto, principalmente a figura do juiz de garantias, de que muitos dos senhores já devem ter ouvido falar em outras audiências públicas, mas que, sem dúvida, é um dos maiores avanços que o nosso Sistema de Processo Penal pode incorporar na direção de um Sistema de Justiça Criminal democrático.

Por outro lado, em que pese a honra e a felicidade de estar no Parlamento tendo a oportunidade de discutir o Código de Processo Penal, eu não posso deixar de registrar para os senhores o sentimento de preocupação que toma conta não apenas de mim, enquanto professor de Processo Penal, mas de toda uma geração de professores, de penalistas e de processualistas que está, minhas senhoras e meus senhores, muito preocupada com aquilo que entendemos ser o caminho, a instalação, sobretudo no Sistema de Justiça Criminal, daquilo que nós podemos chamar de Estado de exceção, o avanço do Estado de polícia sobre o Estado de Direito.

Se nós olharmos para os modelos de estruturação do Processo Penal reconhecidos historicamente, se nós olharmos para a história do Processo Penal — eu acho que a academia serve para permitir esse olhar, para permitir um olhar histórico e crítico em relação ao Sistema de Justiça Criminal — veremos que existem basicamente dois modelos de organização do Processo Penal que disputam a preferência de autores, de Estados e de países. Um deles é o sistema acusatório, compatível com a democracia, que trabalha com a lógica da separação radical entre as funções de acusar, defender, julgar e decidir. O modelo oposto, chamado sistema inquisitorial, confunde essas funções. O sistema acusatório dá, na verdade, corpo a algo que se convencionou chamar de devido processo legal. Essa construção, que é uma conquista da civilização ocidental, deve ter mais de 800 anos de existência. Ela



remonta a 1200, à Magna Carta de João Sem-Terra, um monarca inglês que foi obrigado a negociar com os barões ingleses para no limite dizer o seguinte: *“Eu não posso mais prender você sem que antes haja um processo e que você seja julgado pelos seus pares. Eu limito o meu poder para que você possa ser julgado pelos seus pares.”* Eu quero crer que esse é o princípio básico que está por trás da ideia de sistema acusatório de processo penal.

O que nós percebemos, lamentavelmente — e é preciso, com muita humildade, dividir essa angústia com os senhores —, é que de 1 ano para cá, da última vez em que estive aqui para falar no Senado, isso avançou numa velocidade assustadora. É praticamente unânime entre os professores de Processo Penal, entre os que têm atuação no Sistema de Justiça e os que não a têm, a percepção de que há um avanço do sistema inquisitorial sobre o sistema acusatório de processo, com grande risco para qualquer ideia mínima de devido processo legal.

Eu queria citar alguns exemplos, dividir com os senhores essas angústias e trazer para os senhores essas reflexões. Por exemplo, o que nós temos visto em relação a delações premiadas de pessoas presas. Ora, qualquer pessoa que minimamente se debruçar sobre a história do sistema inquisitorial, sobre a história da Inquisição religiosa, uma época em que crime e pecado se misturavam, Estado e Igreja se misturavam, qualquer pessoa que minimamente estudar como acontecia o processo penal na época da inquisição não poderá deixar de ver uma similitude muito grande com esse processo prévio de negociação, com essa queda de braço prévia ao processo propriamente, porque isso acontece ainda na fase de investigação. Qualquer pessoa que estudar e comparar as duas realidades vai ver algo muito parecido entre aquilo que se fazia na Inquisição e essa queda de braço, essa negociação repleta de insegurança. A lei que prevê o instituto da colaboração, da delação premiada não traz requisitos mínimos — por exemplo, quem merece a delação e quem não a merece; é quem pular primeiro, é quem primeiro levantar o dedo e se dispuser a fazer a delação.

Por outro lado, por mais que se diga que prender alguém e colher dessa pessoa uma confissão ou uma delação nesse momento de fragilidade emocional não se confunde com tortura... Ora, quem conhece as prisões brasileiras, quem conhece mesmo as prisões tidas como prisões de luxo sabe que alguém submetido



a uma situação de constrição da sua liberdade durante muito tempo, ainda que em condições minimamente salubres, em condições minimamente humanas, muito facilmente vai ceder a um acordo de delação premiada, tão facilmente como cediam na Inquisição as pessoas que eram submetidas à tortura.

Então, precisamos pensar, precisamos refletir seriamente se queremos continuar a ignorar isso, simplesmente. Pessoas que estão presas não podem, por Deus, estar preparadas para firmar um acordo em que transija com a sua própria liberdade, que apontem outras pessoas como eventuais partícipes ou autores do delito.

Outra coisa que nos chamou muito a atenção é o instituto da condução coercitiva, que vem sendo utilizada sistematicamente como parte integrante de todo e qualquer operação policial hoje em dia. Deixem-me dizer para os senhores: a condução coercitiva tem previsão expressa no Código de Processo Penal, estão lá as situações em que é possível conduzir alguém coercitivamente. Não é legal conduzir alguém coercitivamente para ser ouvido quando ele não tenha resistido ao comparecimento voluntário. Parece-me que nessas situações estamos diante de uma prisão, de uma constrição à liberdade ambulatoria muito parecida — quem quiser investigar a história disso também vai ver — com a prisão para averiguações que vigia na época da ditadura militar, que foi uma invenção da ditadura militar no Brasil, abolida pela Constituição da República quando disse o seguinte: *“Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem de autoridade judiciária competente”*.

Quem estuda a história constitucional do Brasil sabe que esse dispositivo foi uma conquista das forças democráticas que lutaram contra a ditadura para acabar com a prisão para averiguações.

Eu devo dizer que o instituto da condução coercitiva, quando não é adequado às previsões expressas da lei, soa exatamente como prisão para averiguações.

Por outro lado, eu acho que esse talvez seja o ponto definitivo que nos permite dizer isso sem ferir suscetibilidades, sem ferir vaidades. Mais uma vez, com muita humildade, nós assistimos a um episódio recente, porque muito se fala que todas essas inovações que ninguém conhecia e que, de repente, começaram a ser praticadas no sistema de Justiça Criminal, têm sido canceladas pelos tribunais



superiores. Todos os tribunais superiores têm confirmado essas inovações: a delação premiada de pessoas presas, a condução coercitiva da forma como está sendo feita.

Mas uma decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região parece-me que pode servir como um paradigma para compreendermos em que formato essas decisões, essas medidas estão sendo legitimadas pelos tribunais superiores. Eu me refiro a uma decisão que rejeitou um pedido de instauração de processo disciplinar contra um determinado juiz em que se afirmou textualmente: *“Estamos vivendo uma situação inédita e precisamos, portanto, pensar em soluções inéditas, soluções imprevistas na lei.”* E, para dar fundamento a essa decisão, o que se fez foi citar como fonte doutrinária ninguém menos do que um autor italiano, um filósofo italiano chamado Giorgio Agamben, que trata exatamente de uma coisa chamada Estado de exceção. Só que o curioso é que o Giorgio Agamben tem uma visão crítica em relação ao Estado de exceção. Ele de maneira alguma faz proselitismo com o Estado de exceção.

Então, é lamentável, mas, a partir dessa decisão do TRF, pode-se dizer que o TRF da 4ª Região, os tribunais brasileiros estão admitindo que um determinado juiz, em situações excepcionais, possa transbordar daquilo que a lei impõe como limite para a atuação do Poder. E isso, para qualquer pessoa que tenha juízo, para qualquer pessoa que tenha compreensão da tradição do processo e da função de proteção que o Processo Penal deve cumprir, para todos nós é muito sério e acho que nos deve chamar à reflexão em relação a todos os temas do Processo Penal, especialmente em relação ao tema dos procedimentos.

O que nós vivemos hoje, a chancela que os tribunais superiores, inclusive, têm dado é simplesmente relativizar o princípio do estado de inocência, que é a base do Processo Penal democrático. É outro retrocesso, decidido por uma maioria apertada: seis votos a cinco. Precisamos pensar em como fazer essa decisão ser revertida em ocasiões futuras.

Quando falamos de um juiz ou de juízes que podem agir para além dos limites legais, voltamos, retroagimos ao modelo inquisitorial, em que se confiava exclusivamente na vontade do todo-poderoso inquisidor.



É com esse pano de fundo, pedindo licença, com muita humildade, para expressar, acho que em nome de uma geração inteira de penalistas e processualistas, essas nossas preocupações, que eu me permito tecer algumas considerações sobre o procedimento penal, que é esse capítulo que deve ser enfrentado nesta oportunidade.

Na verdade, talvez seja importante, primeiro, estabelecer alguma distinção sobre o que podemos chamar propriamente de procedimento. O capítulo sobre o projeto de Código de Processo Penal, o Projeto de Lei nº 8.045, trata de processo e procedimento. Para quem não tem familiaridade com esses conceitos técnico-jurídicos, eu poderia dizer que o procedimento é a forma que assume o processo. O processo é uma série de atos que, conforme o princípio do devido processo legal, precisa ser prévia à retirada da liberdade de alguém. E o procedimento é a maneira como esses atos se articulam entre si, como eles se encadeiam.

Ora, isso é de uma importância decisiva para quem pensa em preservar, em construir um Código de Processo Penal que seja compatível com determinados princípios de garantia, que seja compatível com o princípio do devido processo legal, sobretudo. São essas formas que vão dizer se um processo, um determinado procedimento, de fato, cumpre sua missão histórica de proteger o direito fundamental à liberdade contra o arbítrio punitivo, ou se ele não se alinha com essa finalidade. A forma, portanto, no Processo Penal tem uma função importantíssima de garantia. Por isso é que esse capítulo é tão importante e tão caro para todos nós.

De acordo com o projeto, quais são as observações gerais que eu poderia trazer para a Comissão nessa perspectiva de construir um procedimento que seja compatível com a Constituição e que seja compatível com os documentos internacionais de direitos humanos?

Seguindo aquilo que já está tratado em nosso Código de Processo Penal atual, o Projeto de Lei nº 8.045 distingue os procedimentos em comum e em especiais. Só que os únicos procedimentos especiais previstos no projeto são o procedimento especial do tribunal do júri, para crimes dolosos contra a vida, e o procedimento para os crimes das pessoas que têm prerrogativa de função, aqueles que precisam ser julgados em tribunais.



E o procedimento comum está dividido em três categorias — e aí isso varia conforme a quantidade de pena prevista para o crime —: procedimento comum ordinário, para crimes com pena superior a 8 anos; procedimento comum sumário, para crimes com pena igual ou inferior a 8 anos; e procedimento comum sumaríssimo, para os crimes de menor potencial ofensivo, que hoje são tratados pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, a Lei nº 9.099, de 1995.

Parece-me que o mais importante, aquilo que me chamou mais a atenção nesse capítulo de procedimentos, é o que eu me permito trazer para a Comissão, é o tratamento dado ao instituto da barganha, previsto aqui para ser aplicado aos crimes sujeitos ao procedimento comum sumário, para os crimes cuja pena máxima não ultrapasse 8 anos de reclusão.

Essa é uma grande inovação que o Projeto de Lei nº 8.045 está trazendo e que nos traz muita preocupação, porque nos parece que ele representa um risco sério de retorno a um modelo inquisitorial, uma vez que nós estamos importando esse instituto do modelo americano.

Recomendo aos senhores assistirem a um documentário para enxergarem como as coisas acontecem no modelo de justiça criminal dos Estados Unidos, chamado *Décima Terceira Emenda*. Tal documentário foi lançado recentemente pelo Netflix.

Quem conhece um pouco do modelo americano se dá conta de que hoje — são 2,2 milhões de encarcerados nos Estados Unidos — 90% das pessoas que constituem a população encarcerada estão presas por conta de acordos, de transações penais, de *plea bargain* celebrados com o Ministério Público naquele ambiente onde o que vale é a queda de braço, naquele ambiente onde o juiz não está senão para homologar depois o acordo, naquele ambiente em que o sujeito pode estar preso. Esse talvez seja o instituto que cause mais perplexidade, mais preocupação e demande, talvez, uma reflexão mais profunda por parte desta Comissão.

Na verdade, nós trouxemos algumas sugestões de outras pessoas, de outros professores que têm trabalhado esse tema, que têm se debruçado sobre isso, no intuito de trazer alternativas para aquilo que está posto hoje no projeto.



Eu selecionei aqui algumas sugestões para reflexão. Vamos preservar o instituto, mas minimamente torná-lo compatível, sobretudo, com o princípio do devido processo legal, que diz que ninguém será privado da sua liberdade sem o devido processo legal, sem acusação, com defesa, com contraditório, etc.

É algo que não acontece no sistema de *plea bargain*. Abre-se mão da defesa em prol da aplicação de uma pena mais branda.

O que eu teria como sugestões para tornar esse instituto compatível com a nossa Constituição seria uma regra que limitasse os casos de *plea bargain* — e não é assim hoje no projeto —, de negociação apenas às penas restritivas de direitos. Eu não posso permitir que alguém negocie a sua liberdade porque, dessa forma, eu estou violando o princípio do devido processo legal.

A outra sugestão é que se introduza uma cláusula, um parágrafo, enfim, um dispositivo para dizer claramente o que pode acontecer no caso de descumprimento da pena restritiva de direitos. Para que não haja violação ao devido processo legal, a única solução possível seria o reinício do processo, com direito a defesa, com contraditório.

Por fim, algo que me causou preocupação foi uma regra posta aqui no § 9º do art. 283, que trata da barganha. Ele diz o seguinte:

“Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuadas, tampouco o juiz, em qualquer ato decisório.”

O que se quer aqui é que aquilo que tenha chegado ao processo como resultado das tratativas de acordo entre a acusação e o acusado, no caso de o acordo não vingar, seja extraído do processo e não possa ser objeto de consideração por parte do juiz.

A sugestão que me parece importante fazer é que não se fique apenas nisso. Isto é da natureza humana: o juiz que teve acesso a esse material, que eventualmente tenha visto o acusado negociar, confessando aquilo que fez, está contaminado para instruir e julgar esse processo.



Então, mais do que simplesmente extrair esses documentos dos autos, mais do que simplesmente proibir o juiz de se referir a esses documentos quando for sentenciar, parece-me que seria importante tornar esse juiz impedido para prosseguir no processo, para decidir o mérito da questão.

Então, são, com toda humildade, essas contribuições, essas colaborações que faço — repito — em nome de toda uma geração de juristas que está de fato preocupada com o rumo que as coisas têm tomado no Brasil.

Agradeço muito pela paciência e pela atenção dos senhores.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Paulo Teixeira) - Obrigado, Dr. Elmir Duclerc Ramalho Júnior, Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia. Agradeço pelas suas contribuições valiosas.

Vou passo a palavra ao Dr. Gustavo Noronha de Ávila, professor da Universidade Estadual de Maringá, no Paraná.

Eu me apresento: sou Paulo Teixeira, membro e Sub-Relator desta Comissão.

Também registro a presença da Deputada Keiko Ota, que, igualmente, é Sub-Relatora.

Passo a palavra, pelo tempo regulamentar, ao Dr. Gustavo Noronha de Ávila, que foi convidado, assim como o Dr. Elmir Duclerc Ramalho Júnior e o Dr. Salah Hassan Khaled Junior, por requerimento de minha autoria.

O SR. GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA - Muito boa tarde a todos e a todas.

Eu quero fazer das palavras do Elmir as minhas, especialmente no tocante à honra de poder aqui, na tarde de hoje, participar de um momento histórico de um processo legislativo extremamente longo, que vem, na verdade, tentar, em última análise, compatibilizar o nosso Código de Processo Penal, da década de 40, ainda do século passado, com a nossa Constituição de 1988.

Faço uma saudação especial ao Deputado Paulo Teixeira, agradecendo a honra do convite.

Saúdo o Prof. Elmir, o Prof. Salah e a nossa ilustre Juíza Maria de Fátima dos Santos Gomes.



É uma alegria poder participar desses diálogos. É bom que a Câmara dos Deputados esteja aberta à possibilidade de discutir temas que são tão caros à sociedade brasileira.

Eu dividi a minha fala em duas partes. Eu vou, num primeiro momento, trabalhar com uma questão com a qual talvez eu possa contribuir com mais ênfase dentro da estrutura do novo Código de Processo Penal, que é a questão da prova penal dependente da memória.

Nos 2 últimos anos fiz parte da equipe de pesquisa coordenada pela Profa. Lilian Stein, da Psicologia da PUC do Rio Grande do Sul. Nós fizemos um levantamento nacional, financiado pelo Ministério da Justiça, para tentar avaliar a possibilidade, ou se existia compatibilidade entre as práticas com entrevista de testemunhas e reconhecimento pessoal em delegacias e no Processo Penal em cinco regiões brasileiras. Nós fizemos uma pesquisa extremamente ampla. É possível dizer que traçamos um panorama do que existe hoje no Brasil em termos de prova penal dependente da memória.

Alguns dos pontos que eu vou trazer aqui para os senhores podem servir para reflexão, especialmente considerando-se que o nosso Projeto de Lei nº 8.045 ainda não contempla mais de 30, 40 anos de evolução desta ciência tão importante, desta disciplina chamada Psicologia do Testemunho.

A Profa. Lilian Stein costuma dizer que hoje o Brasil está no mínimo 30, 40 anos atrasado em relação ao que existe lá fora em termos de coleta de prova testemunhal e também de reconhecimento.

Preciso dizer que, ao menos na redação atual do nosso Projeto de Lei nº 8.045, ainda não existe uma compatibilização mínima com essas questões, e nós já vamos ver o motivo.

Em um segundo momento eu vou mostrar-lhes o impacto dessa prova penal dependente da memória nos processos e procedimentos que nós estamos querendo avaliar hoje.

Sem dúvida nenhuma, o que eu estou trazendo para os senhores é uma preocupação que eu compartilho com o Elmir, uma preocupação com relação a essa hipertrofia do poder punitivo que nós temos hoje. Ao mesmo tempo, trago uma fala situada no âmbito da Psicologia do Testemunho. Muitas das informações que eu vou



trazer-lhes — a maioria delas — são conhecimentos científicos de 30, 40 anos. Nós precisamos nos adequar urgentemente.

Essa pesquisa que eu mencionei foi conduzida entre 2014 e 2015. Foi uma pesquisa efetivamente interdisciplinar, com profissionais do Direito e da Psicologia, e liderada pela Profa. Lilian Stein, a pessoa que estuda há mais tempo esse tema na América Latina.

A Profa. Lilian Stein colocou como objetivo a realização de entrevistas com 87 atores jurídicos nas cinco regiões brasileiras. Nós fomos para as principais capitais do País e realizamos entrevistas em profundidade, que duravam, em média, 45 minutos até 1 hora e meia, em alguns casos. Nós entrevistamos policiais civis, policiais militares, defensores públicos, privados, juízes, membros do Ministério Público. Afinal de contas, queríamos realmente avaliar como se sucedia a prática deles em relação, especificamente, a entrevistas de testemunhas e de reconhecimento.

Uma das primeiras questões que nós tentamos avaliar foi a importância, o impacto dessa prova penal dependente da memória na atividade dessas pessoas. Tentamos avaliar qual é a importância, afinal de contas, da prova testemunhal, qual é a importância do reconhecimento para o resultado do inquérito policial, para o resultado do processo penal.

Os resultados que nós tivemos foram bastante significativos. Nós imaginávamos que a prova testemunhal seria, realmente, uma prova extremamente relevante para o processo penal, mas os nossos atores chegaram a nos surpreender em termos de resposta positiva, dizendo que, em 90% dos casos, eles atribuem uma importância fundamental, essencial a esse tipo de prova para o resultado da investigação do processo.

Quanto ao reconhecimento, existe um descrédito um pouquinho maior. Em relação ao reconhecimento pessoal, esse número caiu para 70%, mas ainda é um número extremamente relevante para tentar entender o porquê de nós termos... Hoje, nos Estados Unidos da América, há uma cifra específica. No Brasil nós não temos esse dado ainda. Nos Estados Unidos da América, 75% das condenações equivocadas exaradas pelos tribunais originam-se justamente dessa prova penal dependente da memória, o reconhecimento pessoal.



Então, nós precisamos olhar com bastante cuidado para essa questão, porque precisamos contabilizar urgentemente as nossas práticas, as nossas regras acerca dessa questão.

Não foi só essa questão do impacto do testemunho do reconhecimento pessoal que nós avaliamos. Nós fizemos, na verdade, um panorama de todas essas fases. Nós que estudamos nas faculdades de Direito costumamos tratar, nos bons manuais sobre Processo Penal, com duas fases fundamentais: a fase preliminar e a fase de processo. No entanto, nós percebemos que existe uma fase anterior, pouquíssima estudada, que tem, sem dúvida, um impacto determinante em tudo que vem depois. Essa fase é justamente o momento da abordagem da vítima, da testemunha ou mesmo do suspeito pelo policial militar lá na rua. Por quê? Porque a maneira como esse policial militar vai abordar essa pessoa faz toda diferença em relação à qualidade e quantidade de informação que nós vamos conseguir, seja da vítima, seja da testemunha, seja dessa pessoa suspeita de cometer determinado delito.

Nós vimos que nas práticas usualmente realizadas pelos policiais militares essa abordagem acaba redundando na espécie mais condenável, na espécie mais, digamos assim, repugnante em termos científicos, que é a tal da pergunta fechada. Uma pergunta fechada, citando o meu amigo Alexandre Morais da Rosa, pode ser sintetizada na seguinte expressão: qual é a cor do cavalo branco de Napoleão? A resposta a essa pergunta está contida no seu bojo. Ela vai permitir, no máximo, duas respostas: sim ou não.

Existe uma técnica de entrevista investigativa chamada entrevista cognitiva, desenvolvida por Fisher e Geiselman há pelo menos 30 anos, nos Estados Unidos. Há outras versões reduzidas, inclusive para que a Polícia possa aplicá-la com maior eficácia.

Na entrevista cognitiva — para vocês terem uma ideia, depois eu vou falar de suas etapas —, a última etapa de todas são as perguntas fechadas. Ou seja, eu preciso tentar entender o que uma pessoa tem para me dizer e não o que eu imagino que ela tenha para me contar.

Isso é absolutamente fundamental e nós identificamos sempre que essa fase pré-investigativa continua no PL sem qualquer tipo de regramento. É claro que, sem



qualquer tipo de regramento, totalmente afastada das melhores práticas recomendadas na literatura científica.

Há ainda a utilização do depoimento desse policial militar. Por quê? Porque normalmente — esse foi outro dado que o nosso diagnóstico obteve — o policial militar é o grande protagonista na formação da prova do Processo Penal e dos indícios da investigação preliminar.

E, muitas vezes, esse policial militar sequer acompanhou todo o desenrolar dos fatos. Muitas vezes o policial militar chega logo após o fato ou, no máximo, vai presenciar a prova do crime e não o crime em si.

Daí, precisamos perguntar: como continuamos julgando processos que condenam ou absolvem com base em uma prova obtida dessa forma, com esse tipo de consideração?

O PL também não traz nada acerca da testemunha PM, sendo que eles acabam sendo, na maior parte das vezes, os grandes protagonistas do processo.

Eu posso sintetizar as práticas que nós vimos durante todo esse tempo numa frase atribuída ao Prof. Roy Malpass, da Universidade de El Paso, no Texas, que foi nosso convidado nesse mesmo lugar, onde apresentamos os resultados preliminares da nossa pesquisa.

O Prof. Roy Malpass talvez seja a maior autoridade em reconhecimento pessoal que exista no mundo. O professor, numa bela tarde de primavera, em Brasília, depois que lhe apresentamos os dados preliminares, disse-nos o seguinte: *“Eu já tinha visto, nessas minhas andanças, muitas práticas bizarras, mas eu nunca tinha visto todas elas juntas”*.

Essa é uma questão para pensarmos. Sem dúvida nenhuma resume o que encontramos, porque países como Reino Unido e muitos Estados norte-americanos já aderiram a essas melhores práticas da Psicologia do Testemunho. Sem dúvida, Nova Zelândia e Brasil estão tentando buscar sanar esse atraso, apesar de esse tema, claro, não ser novo.

Se olharmos para traz, grandes juristas do passado, como Evaristo de Moraes, na década de 40, já nos falavam dos falsos testemunhos inconscientes, ou seja, dos problemas da memória.



Nós precisamos entender que, pela natureza, pela dificuldade de representação, pela dificuldade da atividade cognitiva que significa descrever alguém ou relatar uma situação passada, especialmente quando existe um grande período de tempo decorrido entre o fato e a entrevista que vai ser realizada na investigação preliminar ou no processo, que a memória não é uma máquina fotográfica. A memória não é uma filmadora. Ainda assim, a nossa práxis vai nos dizer: *“Mas isso é óbvio, Gustavo!”*

Vejam os dados do nosso relatório. Os senhores vão perceber que isso não é tão óbvio assim. Acontece que os nossos atores jurídicos, não por má vontade, não por intenção deliberada, mas por ausência de treinamento e de acesso a esses conhecimentos, continuam trabalhando com essa perspectiva, com essa visão que transforma o nosso Processo Penal e a investigação preliminar mais ainda num verdadeiro processo de Kafka.

Podemos nos perguntar por que motivo existe essa excessiva utilização da prova penal dependente da memória, seja o reconhecimento, seja a entrevista de testemunhas. Por dois motivos fundamentais: o primeiro, a prova técnica nem sempre está disponível. Nós temos uma dificuldade, em regra, de acessar essa prova técnica em investigação. Muitas vezes ela chega tardiamente ao processo. Algumas pessoas têm medo, sim, de falar. E, por terem medo de falar, acabamos tendo que recorrer aos policiais militares, que são obrigados a testemunhar.

Existem duas práticas que são as mais condenáveis em termos de psicologia do testemunho e, ao mesmo tempo, as mais utilizadas tanto para entrevista de testemunhos quanto para reconhecimento de pessoas. Essas práticas são consideradas as mais suscetíveis à formação daquilo que chamamos de falsas memórias e em que temos trabalhado há algum tempo. É claro que quando sugestionamos uma resposta, por exemplo, *“Qual é a cor do cavalo branco de Napoleão?”*, muito provavelmente estamos colocando a vítima, a testemunha ou até mesmo o autor numa situação de responder a uma pergunta que não tem resposta, a uma falsa pergunta, a uma pergunta fechada. As perguntas fechadas são as mais sugestionáveis do ponto de vista da psicologia do testemunho. Por serem as mais sugestionáveis, são justamente aquelas que trazem maior risco de falsas memórias, logo, maior risco de condenações equivocadas.



Em relação ao reconhecimento, também acaba aparecendo a sugestão excessiva, porque o que prepondera nas nossas práticas é o chamado *show-up*. O que é *show-up*? Eu mostro apenas uma pessoa ou uma foto dessa pessoa para quem tem que reconhecê-la. É claro que isso logicamente vai nos dar a possibilidade de responder “sim” e “não”. Há 50% de chance de a pessoa acertar e 50% de a pessoa errar. Ou seja, eu tenho mais um procedimento absolutamente sugestionável que pode com certeza colocar inocentes atrás das grades.

Nós temos vários casos que eu poderia trazer como exemplo para os senhores. O tempo não me permite falar de todos, mas eu vou citar o caso de André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso, de 27 anos, dentista do Estado do Rio de Janeiro, que atendeu a nossa equipe de pesquisa de forma muito solícita. No final de 2013, ele foi acusado de uma série de estupros e de um furto por uma pessoa que o reconheceu a partir de um retrato falado. Ele passou 7 meses preso por um crime que não cometeu — 7 meses —, inclusive chegou a ficar numa solitária durante determinado período de tempo. Como vamos recuperar isso?

Esse tipo de dependência arruína vidas. Esse tipo de dependência gera despesas em termos de indenização pelo mau funcionamento do sistema de justiça criminal, que todos nós temos que pagar mesmo quem não concorda com isso por um discurso de direitos humanos, enfim.

Então, está na hora de nós repensarmos a maneira como nós produzimos essa prova e principalmente passarmos a tratar essa prova penal dependente da memória, seja em reconhecimento, seja em entrevista com testemunha, como uma prova não repetível. Essa prova não pode ser produzida duas vezes ao contrário do que diz o nosso Código de Processo Penal — CPP atualmente, que o PL mantém no mesmo sentido, porque, na segunda entrevista, cujo prazo médio no nosso diagnóstico é 1 ano e meio, o depoimento não será o mesmo de 1 ano e meio atrás. Logo, essa prova não é repetível. Talvez, nós possamos pensar num modelo de juiz de garantias como forma de tentar produzir antecipadamente essa prova, para obter informações de melhor qualidade, em maior quantidade, e para preservar, via de regra, as liberdades dentro do processo.

O tempo já me alcança. Eu prometi falar sobre algumas questões relativas ao procedimento. Vou deixar com a Mesa da Câmara algumas sugestões. Com certeza,



nós estaremos à disposição para inclusive pensar conjuntamente em redações compatíveis com esses melhores achados da psicologia do testemunho.

Mas termino dizendo que o impacto político-criminal desses procedimentos que nós estamos trabalhando podem ser desastrosos no sentido de agravar uma situação que já é tenebrosa. Nós temos no Brasil um sistema de justiça criminal que funciona de forma seletiva. As pessoas sabem disso. Nem todo mundo que pratica um crime é colhido por esse crime por parte do sistema, ou seja, existe uma espécie de malha fina, pela qual se passa ou não. Vejam bem, quando uma pessoa cai na malha fina, está sujeita a todas essas distorções da memória.

Então, está gerada aqui uma dupla injustiça contra essa pessoa que está sendo objeto de persecução penal ou de investigação.

Particularmente — coloco-me aqui à disposição, com certeza aprofundaremos isso nos debates —, preocupa-me bastante na parte de processos de procedimentos nesse sentido o aumento excessivo da utilização do procedimento sumário. Por quê? Porque, a partir do momento em que abrangemos o maior número de condutas no procedimento sumário e transcendemos aquele limite de 3 anos atual para 8 anos, estamos diminuindo garantias, estamos diminuindo a ampla defesa e o contraditório constitucional.

É necessário repensar em qual posição esse rito sumário vai continuar, como dizia o Dr. Elmir no nosso almoço, se é que ele precisa mesmo existir. Podemos talvez repensar essa posição, em termos de rito sumário.

Outra questão importante — parece-me que já existem pelo menos duas janelas para trabalharmos esses sistemas hoje no nosso ordenamento jurídico — é a ampliação do rol das condutas consideradas enquanto de menor potencial ofensivo.

O Juizado Especial Criminal, mesmo com todas as suas falhas, ainda é importante instrumento de descriminalização de condutas ou de política criminal minimalista. Sem dúvida nenhuma, precisamos considerar que o Estatuto do Idoso — Lei nº 10.741, de 2003 — já abre a porta para que possamos ampliar no seu art. 34 o limite máximo dos crimes de menor potencial ofensivo de 2 para 4 anos. Parece-me ser essa outra questão que podemos discutir e talvez o seja se tiver impacto político criminal bastante positivo.



Por último, preciso destacar — concordo com o Dr. Elmir — que o instrumento da barganha precisa ser visto com extrema cautela no nosso ordenamento. Por quê? Porque esse instrumento é gestado numa realidade absolutamente diversa da nossa, num país de *common law*. Ele é gestado numa situação em que não temos essa série de garantias que existem na Constituição, o devido processo tão formal da maneira como temos colocado ao longo da nossa legislação, também dos tratados assinados pelo Brasil.

É necessário ter extremo cuidado para não tergiversar em relação à ideia de que não existe pena sem culpa. A barganha muitas vezes me preocupa também no caso das autoconfissões falsas, que são outro problema de psicologia do testemunho e que, de novo, o PL acaba ignorando. Nos Estados Unidos da América existem um problema gravíssimo documentado na literatura científica dessas autoconfissões falsas que vão gerar essa mega população carcerária que o Dr. Elmir acabou de fazer referência.

Era o que tinha a dizer.

Agradeço a atenção dos senhores e fico à disposição para dialogarmos a seguir.

Muito obrigado.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Paulo Teixeira) - Muito obrigado, Dr. Gustavo Noronha de Ávila, professor da Universidade Estadual de Maringá, no Paraná.

Agradecemos a V.Sa. as contribuições. Elas foram muito importantes para refletirmos sobre o aperfeiçoamento dessa proposta. Gostaríamos de pedir a V.Sa. que, depois dos demais explanadores, deixe conosco as informações.

Passo a palavra à Dra. Maria de Fátima dos Santos Gomes, Juíza do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *(Pausa.)*

Acabo de ser informado que S.Exa. pediu para falar por último.

Como as mulheres têm preferência, falam na ordem que quiser. Vamos obedecê-la. Por se tratar de uma juíza, entendemos que é uma ordem judicial também. Duplamente obedecida. *(Riso.)*

Passo a palavra ao Dr. Salah Hassan Khaled Junior, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. O Rio Grande é a parte sul do



Rio Grande do Sul, disse-me o Dr. Salah Hassan Khaled Junior, a quem agradeço a presença nesta audiência.

O SR. SALAH HASSAN KHALED JUNIOR - Boa tarde a todos.

Sr. Presidente, Deputado Paulo Teixeira, a quem especialmente agradeço o convite, é uma grande satisfação e uma honra estar aqui representando a Universidade Federal do Rio Grande, a Faculdade de Direito, um curso tradicional com mais de 50 anos.

Gostaria de cumprimentar as Sras. e os Srs. Deputados, assessoras e assessores que aqui nos acompanham.

Trago aos senhores algumas questões que são fruto da pesquisa que desenvolvo há 12 anos, que trata especificamente da questão da verdade no processo penal.

Essa a contribuição que tenho a dar ao debate e, porventura, espero que ela sirva de provocação e de reflexão para as decisões que os senhores e senhoras têm pela frente.

A minha fala basicamente diz respeito a dispositivo específico do projeto do novo Código de Processo Penal. Esse dispositivo é essencial, uma vez que, por si só, tem o condão de definir o nosso processo penal como inquisitório ou acusatório. Portanto, o nosso futuro modelo de processo penal a um paradigma democrático ou autoritário me parece incompatível com o projeto de Estado Democrático de Direito desejável por todos nós.

Esse dispositivo é específico ao art. 165, que remete ao nosso antigo art. 156 do CPP de 1941, o Código de Processo Penal que foi promulgado por um regime autoritário, o Estado Novo, implantado por Getúlio Vargas. A meu ver, não há motivo para termos o Código de Processo Penal de 1941, que se comunica com a doutrina fascista de Manzini, como modelo para o nosso novo Código de Processo Penal.

É preciso romper essa tradição autoritária. A nova leitura do art. 165, especificamente no que se refere à possibilidade de inferência do juiz na gestão da prova, ainda remete àquele paradigma fascista, autoritário, que conforma um processo penal do inimigo, que remete a toda uma tradição inquisitória de extermínio do vulnerável, do herege e do diferente. É essencial, portanto, que os Parlamentares tenham atenção muito particular em relação a esse dispositivo.



Basicamente, desenvolverei aqui a minha argumentação, provocando a atenção das senhoras e dos senhores para a importância desse dispositivo. Faço uma pergunta de certa forma singela relativa à imparcialidade: os senhores se consideram pessoas imparciais?

Essa é uma pergunta de fundo íntimo, uma pergunta que diz respeito à ética de cada um, ao dever de zelo, ao dever de cuidado para com os demais, que todos devemos ter e que deve pautar a nossa conduta no dia a dia.

Talvez os senhores se considerem pessoas imparciais nesse sentido, mas, para um terceiro, não é possível, não há modo, não há maneira, não há forma de verificar se alguém é imparcial. Não há como verificar se alguém é imparcial, o quanto essa pessoa é imparcial e em que circunstâncias ela é mais ou menos imparcial.

É justamente pelo fato de não termos condições de verificar objetivamente essa imparcialidade, que seria tão desejável, que a tradição acusatória de processo penal especificamente decide que a imparcialidade não é atributo do juiz, mas, sim, a imparcialidade é atributo sistêmico. Ela é imparcialidade sistêmica, porque é imposta pelo próprio sistema acusatório, que não dá margem para esta discricionariedade do juiz.

Explico isso um pouco melhor. Nós temos basicamente aqui uma escolha irrenunciável. Essa escolha diz respeito à possibilidade de que o juiz, efetivamente, interfira na gestão da prova ou não.

No CPP de 1941, que remete a essa matriz autoritária a que me referi, basicamente o juiz dispõe de poderes quase que ilimitados. Ele pode, de ofício, solicitar diligências para esclarecer dúvidas relevantes a seu bel prazer. O CPP de 1941 não estabelece qualquer limite a essa atuação proativa do juiz na produção da prova.

Na redação do art. 165, há pelo menos uma relativização dessa iniciativa probatória do juízo. Ele estabelece que as provas serão propostas e produzidas pelas partes, o que determina que a atividade probatória diz respeito tão somente às partes. Portanto, não haveria possibilidade de o juiz interferir na gestão da prova.

Mas o parágrafo único do art. 165 relativiza essa colocação inicial:

“Art. 165.



Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.”

Ou seja, é dada a possibilidade para que o juiz efetivamente interfira na gestão da prova para sanar dúvida que ele considere relevante sobre aquela prova produzida pelas partes.

A questão que nos interessa aqui efetivamente é estabelecer se a atividade do juiz — proposta como residual ou como complementar — enquanto sujeito que se desloca da sua posição desejável de terceiro imparcial, para interferir na gestão da prova, não compromete um processo penal acusatório e democrático; se ela não maximiza a possibilidade de condenações equivocadas; se ela não faz com que o magistrado deixe de ser um terceiro imparcial e se torne também um acusador que busca a verdade — verdade que ele precisa para condenar. Este é o meu argumento.

Fundamentalmente, tentarei demonstrar aqui que um sistema acusatório por excelência exige que o juiz não interfira no andamento do jogo, que ele não tenha papel decisivo na produção da prova.

Quando digo que a gestão da prova define se um sistema é acusatório ou inquisitório, estou me conectando a uma tradição acusatória de processo penal. O nome de maior excelência nessa área no Brasil é o Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Segundo ele, o que efetivamente caracteriza um sistema como acusatório ou inquisitório é a interferência do juiz na gestão da prova.

Como havia referido, com essa redação aqui proposta, o meu argumento é o de que temos a preservação da tradição inquisitória de forma velada, porque permite que o juiz interfira na gestão da prova. Embora isso não esteja no dispositivo, o ideal que anima essa interferência é a ideia de que, assim interferindo, ele estaria buscando a verdade, uma verdade que é tida como desejável no processo penal.

Nós temos aí uma armadilha discursiva: uma escolha irrenunciável entre um processo penal do inimigo, movido por insaciável ambição de verdade, e um processo penal acusatório, fundado na dignidade da pessoa humana, na presunção



de inocência, que não está comprometido com a condenação que deve ser buscada a qualquer preço.

Bom, alguém dirá o seguinte: *“Mas no processo penal — essa é uma leitura que me parece inaceitável — não está em jogo um dito interesse da sociedade em contraposição a um interesse individual? Não é o interesse da sociedade que deve predominar sobre o interesse do acusado? Não é o bem comum que deve valer sobre essas pseudogarantias individuais?”* Depende do posicionamento político-criminal.

Se os senhores lerem a exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, do Ministro Francisco Campos, encontrarão argumentos semelhantes; argumentos que ele extrai da matriz processual penal fascista de Manzini e do Manual dos Inquisidores de Nicolau Eymerich. Essas questões tenho como comprovar facilmente, com citações e com aproximações dos argumentos.

É preciso termos noção bem clara de que um dos núcleos do discurso autoritário consiste justamente na falsa contraposição entre os direitos individuais e o certo bem comum social. Isto é um equívoco. Isto é um engano. Isto é um autoritarismo velado. Os direitos individuais, os direitos e garantias fundamentais são de todos nós, e não de eventuais privilegiados em dada situação que, eventualmente, terão o poder punitivo incidindo sobre a sua liberdade.

O próprio sentido do processo penal somente pode consistir na resistência da manifestação arbitrária desse poder punitivo. O processo penal, por excelência, deve ser contramajoritário, como deve ser contramajoritária a democracia. Se a um não é dada a possibilidade de resistir à vontade da maioria, não vivemos em uma democracia; vivemos em um autoritarismo, em uma vontade das maiorias, que oprime a liberdade de um.

Estamos perigosamente nos aproximando disso cada vez mais. Vejam bem, esclareço para ir ao cerne da questão: a dúvida. Não seria a dúvida que autorizaria então o juiz, de forma complementar e de forma residual, determinar exame mais profundo acerca daquela prova produzida pelas partes?

Pergunto aos senhores: qual é o sentido dessa dúvida? Os senhores encontrarão nos livros de qualquer autor de processo penal um princípio essencial ao processo penal democrático: o *in dubio pro reo*. A escolha aqui é irrenunciável,



porque dúvida não pode representar duas coisas distintas para o processo penal. Ou dúvida é absolvição e, se o juiz está em dúvida ele absolve — tão simples quanto isso —; ou dúvida é a continuidade de um trabalho prospectivo, de um trabalho de rearranjo das peças no tabuleiro, para que ele obtenha aquilo que deseja: a condenação.

Dúvida não pode significar duas coisas. Ou dúvida é a absolvição por força do *in dubio pro reo*, ou dúvida é o juiz ter na sua cabeça imagem predefinida acerca da culpabilidade do acusado, e ele transformará o processo em marcha gradual rumo a uma confirmação dessa hipótese — aquilo que se chama de primado das hipóteses sobre os fatos.

Isso não significa necessariamente que o juiz é perverso ou malévolo. Não faço aqui uma análise maniqueísta. Desde Freud, sabemos que a consciência nos é opaca, que existe algo subjacente àquilo que é consciente, e não temos controle disso. Do mesmo modo, a neurociência diz hoje que não somos livres do modo como pensamos.

Não existe esse livre arbítrio tão idealizado. As nossas decisões, em grande medida, são determinadas por processos causais dos quais não temos controle. Entregar ao juiz a possibilidade de que ele decida o resultado do jogo, desconsiderando completamente o papel de produção das provas, que pertence exclusivamente às partes, é aceitar que temos um jogo de cartas marcadas. Esse jogo é antidemocrático por definição.

Diria ainda mais o seguinte aos Srs. Parlamentares: estamos vivendo tempos sombrios de proliferação de decisionismos. Há um desprezo manifesto dos atores judiciais pela forma. Há uma liberalidade no uso das formas. Hoje há um ativismo judicial verdadeiramente messiânico, movido por um utilitarismo desmedido, que elege dado fim como desejável e que aceita qualquer meio para a obtenção desse fim.

Esse utilitarismo desmedido está produzindo um estado de exceção permanente, um processo penal autoritário e antidemocrático. Esse processo penal autoritário antidemocrático pode incidir sobre cada um de nós.

Amanhã, os senhores podem ser o objeto desse processo penal que não respeita a forma, o objeto desse processo penal de exceção, que admite que



decisões sejam tomadas pura e simplesmente com base na eleição de alguém que considera que aquele é um caso especial e que, portanto, pode ser tratado de forma diferenciada. Amanhã, o caso dos senhores pode ser o caso especial. Amanhã, o processo penal de exceção pode ser o dos senhores. Isso é contrário à democracia! Isso é contrário à garantia! Isso é contrário ao devido processo legal! Não podemos conviver com isso.

Cabe aos senhores construir amarras legislativas para impedir que os processos se transformem em máquinas de confirmação autoritária de hipóteses previamente definidas por juízes que, muitas vezes, podem nem sequer estarem conscientes dessas hipóteses prévias, mas, mesmo assim, fazem do processo uma máquina autoritária e antidemocrática.

Peço aos senhores que tenham a dignidade de apostar na tradição dialógica de apostar na possibilidade de que o conhecimento pode ser construído com base no contraditório, observando as garantias e o devido processo legal, respeitando a forma e coibindo a interferência do magistrado.

Do mesmo modo, não aceitaríamos essa interferência em um jogo de futebol. Não nos parece aceitável que alguém marque pênalti quando a falta acontece no meio de campo nem que escanteio seja gol, mas é nisso que estão transformando o processo penal no Brasil.

Com isso, de modo algum, esta Casa pode tolerar esse tipo de prática e muito menos assiná-la embaixo, dando livre atestado para esse autoritarismo judicial, que inclusive usurpa as funções do Legislativo.

Digo mais, um processo penal obcecado pela busca da verdade, um processo penal que delega ao juiz essa função de busca da verdade a qualquer preço é um processo penal que maximiza condenações equivocadas, é um processo penal que aposta na onisciência do magistrado. Eles são pessoas, são seres humanos, são falíveis, como qualquer um de nós. Eles erram, como qualquer um de nós.

Por isso, precisamos de distribuição de poderes, precisamos de um processo penal que dê chance ao acusado para resistir ao avanço do poder punitivo. É o que exige a democracia.

Eram essas as minhas palavras. Eu estou aberto para eventuais questionamentos.



Obrigado.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Paulo Teixeira) - Muito obrigado, Dr. Salah Hassan Khaled Junior, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, pelas reflexões e contribuições muito ricas para o debate sobre o novo Código de Processo Penal.

Passo a palavra à Dra. Maria de Fátima dos Santos Gomes, juíza do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A SRA. MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS GOMES - Boa tarde a todos.

Gostaria de agradecer ao Presidente, Exmo. Sr. Deputado Paulo Teixeira, e ao Relator, Exmo. Sr. Deputado João Campos, o convite e também por dispensarem 20 minutos para minha oitiva.

Colegas da Mesa — conhecia os colegas somente por matérias publicadas, agora tenho a honra de conhecê-los pessoalmente —, minhas senhoras, meus senhores, ser a última da sequência a falar sobre a discussão de prova, sobre a verdade gera uma consequência maior para mim, uma vez que — peço escusas por não ter vindo tão preparada para tratar de estudos e de doutrinadores, uma vez que há 15 anos a minha atividade prática é no Fórum Criminal da Barra Funda, onde faço o acompanhamento de aproximadamente 400 presos por dia, cerca de 10 mil pessoas.

Trago aqui apontamentos sobre como podemos resolver uma questão que aflige a todos nós: a chamada celeridade processual.

É preciso saber como ter um procedimento que possa resolver a questão da superpopulação carcerária, que atualmente é de cerca de meio milhão de pessoas, e, do lado oposto, as consequências daquele ato perpetrado em tese contra a vítima.

Portanto, existem dois posicionamentos completamente antagônicos que exigem uma solução célere por parte do Poder Judiciário.

Ao observar as modificações trazidas pelo Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, percebemos que alguns institutos, oriundos da Lei nº 9.099, de 1995, foram inseridos dentro desse projeto.



Desejo colocar dois pontos para a discussão dessa celeridade, que seriam a audiência de custódia e a possibilidade da videoconferência em praticamente todas as fases.

No caso da audiência de custódia existe o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, em trâmite naquela Casa, e a Resolução nº 213, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça — CNJ.

Quando da implantação desse projeto, escolheu-se o Fórum Criminal da Barra Funda, no Estado de São Paulo, por entender que sendo projeto-piloto poderiam ser dirimidas algumas dúvidas para a implantação no restante do País.

A audiência de custódia não está inserida no Projeto de Lei nº 8.045, de 2010. Dentro da discussão do juízo de garantias, a audiência de custódia poderia também ser elencada.

Por quê? Porque muito se fala da forma como uma pessoa é detida, muito se fala desse contexto da atuação para essa prisão, muito se fala da realidade fática onde isso aconteceu. É uma forma de imediatamente após o fato verificar realmente a existência ou não de condições mínimas para a soltura ou a permanência dessa pessoa em cárcere. Quando se fala em audiência de custódia, muitas vezes se tem a ideia de impunidade, de colocar a pessoa imediatamente na rua.

Mas o nosso processo permite que a pessoa, dependendo do ato praticado, dependendo da pena máxima e da pena mínima a ser imposta posteriormente, conforme o devido processo legal, logo após a ocorrência dos fatos e da sua prisão, mediante a imposição de medidas cautelares, possa permanecer em liberdade até efetivamente serem aclarados os fatos que pesam contra ela.

Já foram realizadas nesse projeto-piloto da Barra Funda cerca de cinco mil audiências de custódia. O percentual gira em torno de 48% para a soltura e 52% para a permanência em cárcere. O interessante foi exatamente o percentual que nós juízes das varas criminais também possuímos. Basicamente, a audiência de custódia antecipa por algum período essa soltura.

Quando do recebimento da denúncia, pode-se suspender o processo, com o cumprimento das condições impostas, conforme disposto no art. 89 da Lei nº 9.099, agora inserido no art. 266 do Projeto de Lei nº 8.045. Isso é permitido. Já que é



permitido, por que não levar a efeito essa soltura, no caso da memória relativa aos fatos ocorridos?

Aparentemente esse projeto surtiu efeitos. A partir da Resolução nº 213, ele está sendo implantado em ordem cronológica no restante do País. No projeto de lei não há essa contemplação da audiência de custódia. Fica a nossa sugestão de discutir ou não o estabelecimento da audiência de custódia, até mesmo porque o rol de medidas cautelares provisórias é bastante interessante, é um rol bem extenso. Nós podemos aproveitar esse rol também para a implementação da audiência de custódia.

A dificuldade maior, objeto do segundo ponto da videoconferência, reside exatamente no prazo de 24 horas que foi estabelecido pela Resolução nº 213. Nós sabemos que pelo território brasileiro, muitas vezes, fica difícil a apresentação em 24 horas.

A nossa proposta seria de aumento desse prazo de 24 horas, caso se aceite a propositura da audiência de custódia no Projeto de Lei nº 8.045, ou, no caso da impossibilidade da dilação desse prazo, a utilização do sistema de videoconferência.

Nós percebemos, observando os artigos referentes ao Livro II, que trata de processo e procedimento, que a videoconferência foi, de certa forma, deixada como excepcionalidade.

Citando a experiência do Fórum da Barra Funda, realizamos hoje a citação por videoconferência, por quê? Porque, na busca da celeridade processual, muitas vezes, a pessoa se encontra em cárcere, num Centro de Detenção Provisória — CDP situado fora da cidade de São Paulo. Obrigatoriamente, é feita a expedição de carta precatória para o cumprimento da citação. Dependendo da comarca, essa carta precatória tem prazo um pouco exacerbado: 30 ou 60 dias em se tratando de réu preso. Por quê? Porque, além do volume de serviço nas varas criminais, os diretores das unidades prisionais apresentam restrições para a entrada de oficiais de justiça. Esse profissional pode cumprir no máximo cinco mandados de citação. Dessa forma, logicamente vai havendo demora no cumprimento dos mandados de citação.

A videoconferência, pelo sistema informatizado, permite a citação visual. Eu posso não estar pessoalmente com uma pessoa, o oficial de justiça também não



está, entre ele e a pessoa que está em cárcere há uma parede de vidro. Mas ele pode citá-la através dessa parede. Permite, portanto, no primeiro contato da citação, que o defensor tenha a possibilidade de conversar com o preso.

Como isso ocorre? A Defensoria Pública do Estado de São Paulo atua em basicamente 80% dos processos de réus presos. Logicamente, na estrutura dela há alguma dificuldade para entrar em contato com a pessoa que vai ser por ela defendida para fins de apresentação de defesa escrita — nome de testemunhas, como os fatos realmente aconteceram, ou seja, é a busca da defesa.

Na citação por videoconferência, é permitida na sala de videoconferência a permanência do defensor público. A partir do momento em que o oficial de justiça realiza a citação por videoconferência é permitido que o defensor converse reservadamente. Como se conversa reservadamente por videoconferência? Conversa-se por telefone privativo. Ninguém que está na sala vai ouvir o que a pessoa presa e o defensor estão conversando.

Dessa forma, a defensoria ou o próprio defensor constituído — é permitida a permanência dele também, se o réu constituir o defensor — poderá se ater àquilo que efetivamente o réu vai procurar em sua defesa: arrolar testemunhas, com quem pode falar, que prova poderá ser requerida. Isso já permite, desde logo, o princípio da ampla defesa. Já está se dando a oportunidade, logo na citação, desse contato entre o defensor e a pessoa que está detida, o que aconteceria somente quando o oficial de justiça vai lá. Aliás, esse é um ato do oficial de justiça. O defensor nunca acompanha o oficial de justiça. Raríssimas as vezes em que isso acontece.

Aí vem o questionamento de trazer a videoconferência para a audiência de custódia. Se em 24 horas não consigo apresentar aquela pessoa detida em flagrante delito, por que não utilizar o sistema de videoconferência na audiência de custódia? E sempre surge o questionamento de que na videoconferência o preso pode estar sendo coagido.

Não sei se alguém já teve a oportunidade de ver uma sala de videoconferência. Exatamente tudo o que acontece do lado de lá da tela, na unidade prisional, é fiscalizado e vigiado por quem está deste lado. No caso da citação, o oficial de justiça e o próprio defensor. Existe um sistema de comunicação com áudio



e vídeo simultaneamente. Há um responsável pela localização das câmeras de vídeo. O que vai ser observado é exatamente a pessoa que está no fórum.

Então, não há a possibilidade de coagir um preso, naquele momento, a falar ou a deixar de falar algo. Além disso, a defensoria está se estruturando a ponto de, na sala de videoconferência que está na unidade prisional, também haver a presença de um defensor. Existe o defensor dos dois lados. É permitido isso.

Na audiência de custódia, às vezes, dada essa dificuldade de apresentação em 24 horas, repito, poderíamos utilizar esse mesmo sistema.

A videoconferência também pode ser utilizada para o interrogatório do preso. Muitas vezes — isso é motivo de demora processual —, o preso não é apresentado para a audiência. Ele está na outra ponta do Estado, não há escolta. A audiência é redesignada uma, duas, três vezes. Aquela pessoa é mantida presa e, portanto, aumenta-se a estatística de presos provisórios.

Como dar celeridade a esse processo? No uso do sistema de videoconferência. De certa forma, esse sistema já está consagrado para os juízes.

O nosso problema quanto à utilização dele é exatamente entre a acusação e a defesa. *“Eu quero que o meu cliente venha de Presidente Bernardes para o Fórum da Barra Funda”*. A distância é de cerca de 700 quilômetros. Logo, não vai haver escolta. Quando houver, será uma vez por semana. É preciso agendar a data na pauta da Secretaria da Administração Penitenciária, para batermos as datas, para ser possível a escolta desse preso.

Por que então não utilizarmos esse sistema? É o que perguntamos muitas vezes. Houve o caso de uma pessoa que foi presa, por um mandado de prisão expedido por mim, no Estado de Roraima. E o defensor queria porque queria que a presa viesse à audiência. *“Doutor, não dá. Ela está em Roraima. Teria que haver recambiamento. As duas Secretarias da Administração Penitenciária de cada Estado, as duas Secretarias de Segurança Pública, juiz de lá, juiz daqui”*. Eu sugeri, então, realizar a audiência por videoconferência. Houve uma longa conversa e chegamos a idealizar essa audiência por videoconferência.

Nós conseguimos realizar a audiência por videoconferência em um presídio federal. O réu condenado a cumprir pena em regime aberto ficou superfeliz, porque o problema dele foi resolvido. Com a presença das testemunhas e da vítima na



audiência, o réu confessou o crime e obteve pena mais branda, com a expedição de alvará de soltura. Portanto, o problema foi resolvido.

Nessa nova oportunidade de mudança do Código de Processo Penal, temos que buscar exatamente a celeridade, sem perder de vista o devido processo penal e o contraditório. Isto é possível diante das ferramentas existentes.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Paulo Teixeira) - Eu agradeço imensamente à Dra. Maria de Fátima dos Santos Gomes, Juíza do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, as ricas contribuições para reflexão desta Comissão, acentuando a importância de dois instrumentos no processo penal: a audiência de custódia e a videoconferência.

Com a palavra o Relator, Deputado João Campos, para suas considerações no prazo regulamentar.

O SR. DEPUTADO JOÃO CAMPOS - Boa tarde a todos! Cumprimento o Presidente, Deputado Paulo Teixeira, e os convidados. Vou fazer apenas breves observações.

Primeiro, quero dizer que, em função do período das eleições municipais, diversas audiências públicas que já estavam programadas não foram realizadas pela Comissão. Segundo, a Casa entendeu priorizar, com atenção diferenciada, a Comissão Especial destinada a discutir o projeto que estabelece dez medidas contra a corrupção. Esse projeto contempla matérias de natureza processual penal, de natureza penal e de natureza administrativa.

Ressalto que tenho conversado com o Relator daquela Comissão, Deputado Onyx Lorenzoni, para que, no que se refere à matéria processual penal, possamos chegar a um entendimento nesta Comissão e naquela para não haver desencontro de encaminhamentos nesta Casa.

Passado o período das eleições municipais, vamos retomar, com mais intensidade, as audiências públicas aqui, porque são elas que trazem, de fato, muitas contribuições e sugestões.

Todavia, quero dizer que um dos capítulos que, de fato, preocupa este Relator é o capítulo dos recursos. Nosso sistema recursal necessita ser revisto, com observância de todas as garantias. É preciso haver um sistema recursal que



possibilite a prestação jurisdicional, a sua efetividade e a garantia da própria sociedade.

Preocupa-nos também o instituto da prescrição tal qual está posto hoje — e aqui sem aprofundar nas considerações —, não nessa proposta que estamos analisando e que veio do Senado, mas no projeto que estabelece dez medidas contra a corrupção, no que se refere ao instituto da ilicitude da prova, há uma proposta no sentido de avançar em relação ao que hoje está estabelecido, com a possibilidade de aproveitamento de prova, em tese, ilícita, mas produzida de boa-fé, ou coisa que o valha. Isto merece uma reflexão mais aprofundada.

Penso que o juiz de garantias e a audiência de custódia são institutos interessantes, mas vamos ter que fazer uma reflexão acerca da realidade brasileira e — quem sabe? — produzir um texto que se harmonize com a realidade brasileira, porque penso, Deputado Paulo Teixeira, que se colocarmos uma norma de forma rígida, atropelando determinadas realidades, poderemos ensejar depois recursos e outras situações. É um instituto novo, interessante, mas precisamos fazer uma reflexão levando em conta a realidade brasileira.

Na Lei nº 12.403, conhecida como a Lei das Medidas Cautelares, não houve alteração sobre os pressupostos para preventiva, mas houve inovação no sentido de criar um conjunto de medidas cautelares substitutivas à prisão provisória.

Tenho refletido sobre essa mudança que implementamos àquela época. Até que ponto estando de fato presentes os pressupostos da preventiva ela não deve ser decretada, ela deve ser substituída por uma medida diversa da prisão? Não seria a hipótese de, estando presentes os pressupostos da preventiva, ela ser decretada, e não estando presente, então, o magistrado buscar uma alternativa diversa da prisão? É uma reflexão que devemos aprofundar nesses debates aqui.

No que se refere à fiança, naquela lei foram feitas alterações substanciais, não necessariamente em relação aos pressupostos para a concessão da fiança, mas em relação à tabela de valores, vamos chamar assim, atualizando substancialmente para que o instituto da fiança voltasse a ter sentido.

Lembro-me de que naquela lei nós acrescentamos uma finalidade à fiança. Penso que a destinação desse recurso merece uma reflexão nossa também, quem sabe ampliando a sua utilidade.



A Dra. Maria de Fátima falou um pouco sobre a videoconferência, que, na verdade, é a possibilidade tanto da segurança pública quanto da justiça criminal — e especialmente a última — usarem as novas tecnologias para diminuir custos, para a facilitação do processo, para a segurança. O que é mais seguro: uma videoconferência ou transportar um cidadão reconhecidamente perigoso não só pelos órgãos de segurança — a própria Justiça —, mas também pela sociedade e montar um esquema de transporte, de escolta de longa distância? O que é mais razoável?

Penso que temos de estar sensível à adoção de novas tecnologias em favor da celeridade da Justiça, de menor custo, da facilitação da prestação jurisdicional. E a videoconferência caminha nessa direção.

Embora não seja objeto da nossa audiência de hoje, mas há também um desejo dessa Comissão de que o Supremo Tribunal Federal conclua, de forma definitiva, aquela matéria relativa à investigação criminal também por parte do Ministério Público. Há embargos de declaração postos na Suprema Corte e é um desejo que eles sejam analisados, para que a matéria seja exaurida e possamos, a partir disso, trazê-la para dentro do novo Código de Processo Penal.

Sem me aprofundar nas observações, apenas destacando alguns pontos salientes, eram essas as intervenções que eu gostaria de fazer.

Muito obrigado.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Paulo Teixeira) - Muito obrigado, Deputado João Campos, Relator da Comissão Especial que analisa o novo Código de Processo Penal.

Quero fazer uma indagação aos membros da Mesa em relação ao uso das tecnologias para esta audiência, a teleconferência.

Lendo o Código de Processo Penal, não vi ali a obrigatoriedade da presença do advogado. Eu gostaria de fazer essa pergunta, porque, ao que me parece, como existe a obrigatoriedade da presença do advogado em todos os atos, no capítulo da teleconferência não existe essa exigência específica, naquele capítulo. Evidentemente, a audiência não ser presencial já causa um pequeno prejuízo, não vejo que seja a mesma coisa audiência transmitida e audiência presencial. Porém, todos os aspectos que clamam por uma teleconferência são relevantes, mas não se



pode prejudicar o direito de defesa. Tal garantia terá de ser consagrada no novo Código de Processo Penal. É uma das questões que eu quero apresentar para os membros da Mesa. A Dra. Maria de Fátima demonstrou grande experiência nessa matéria. Portanto, gostaria de saber também a sua opinião e a dos demais membros da Mesa.

A segunda questão eu dirijo ao Dr. Gustavo Noronha de Ávila, que fez uma crítica aqui ao que ele chama das provas obtidas pela memória, se não me engano. E S.Sa. disse: “Olha, eu tenho uma série de sugestões...” Mas, com o tempo que lhe foi concedido, ele não pôde desenvolver essas sugestões. Então, gostaria de trazer esse tema.

Também quero ressaltar, segundo as observações do Dr. Elmir Duclerc sobre a barganha, quer dizer, se deve haver um limite à barganha, S.Sa. coloca como limite à barganha as penas restritivas de direitos, não as penas restritivas de liberdade. Só estou repassando, por conta da presença do Deputado João Campos, porque V.Sa. ressaltou esse aspecto.

O Dr. Salah trouxe o tema de como se assegurar um processo penal democrático, e não um processo penal de exceção. Portanto, seria bom S.Sa. repassar quais seriam as garantias para um processo penal democrático, que não acentuaria esse processo penal de exceção, esse processo penal antidemocrático, como disse S.Sa.

Então, vou fazer uma rodada de discussões, trazendo esses temas para os nossos convidados. Gostaria de saber se poderíamos fazer pela ordem da fala. Pode ser?

Passo a palavra ao Dr. Elmir Duclerc para suas considerações acerca dessas questões, inclusive aquelas trazidas ao debate pelo Relator.

O SR. ELMIR DUCLERC RAMALHO JÚNIOR - Primeiramente, eu não tive oportunidade ainda de saudá-lo, Deputado João Campos — V.Exa. chegou depois que eu tinha começado a falar, e, agora, cumprimento os demais membros da Mesa, na sua pessoa. Cumprimento também os Parlamentares que chegaram após a conclusão da minha fala.

O que sustentei aqui, num primeiro momento, o que eu procurei expor foi a minha preocupação, dentro do capítulo dos procedimentos, que é aquele que se



discute nesta tarde, com o instituto do *plea bargaining*, da negociação em torno da pena, que o projeto pretende introduzir, ou pelo menos se nós considerarmos que o germen disso já estava lá na transação penal, da Lei nº 9.099, para os crimes de menor potencial ofensivo, o projeto pretende dar uma amplitude bastante maior a esse instituto, viabilizando a sua aplicação naquilo que seria para os crimes sujeitos ao procedimento comum sumário.

Então, a minha preocupação em relação à importação desse instituto, com essa amplitude, para crimes com apenamento de até 8 anos, é o prejuízo que pode advir disso para o princípio do devido processo legal, princípio que está consagrado no texto da Constituição, dizendo, mais ou menos, o seguinte: ninguém será privado da sua liberdade sem as garantias da ampla defesa e do devido processo legal.

Falta isso, e as disposições do procedimento sumário basicamente preveem a barganha. A única diferença do procedimento sumário para o procedimento comum, ordinário, é a possibilidade de barganha para os seus crimes. Mas o procedimento de instrução é rigorosamente o mesmo.

A minha preocupação, como dizia, é a ampliação que se pretende fazer para delitos que podem alcançar até 8 anos, com o prejuízo ao princípio do devido processo legal, e a importação de um instituto que nos Estados Unidos se transformou, em regra, para decisões dos conflitos penais. Noventa por cento dos casos penais, nos Estados Unidos da América, são resolvidos a partir de negociações entre a acusação e a defesa.

Parece-me que isso cria sério risco para o princípio do devido processo legal, e, em nosso caso, em que o princípio está textualmente previsto na Constituição como limite da proteção à liberdade, quero crer que faltaria uma regra — se a preocupação é tornar o projeto compatível com a Constituição — vedando uma negociação de pena para outra espécie que não fosse pena de multa ou pena restritiva de direitos.

Outra preocupação, nobre Deputado, que não tive tempo de expor na primeira oportunidade, é que a rigor, a rigor, não está claro no texto se é possível aplicar o procedimento sumário ou esse instituto do procedimento sumário, a barganha, aos procedimentos especiais. Por exemplo, para quem tem foro privilegiado por



prerrogativa de função procedimento é especial. Não é um procedimento comum em nenhuma das suas categorias.

Ora, é possível aplicar a barganha também ao procedimento especial para pessoas processadas originariamente nos tribunais, como os Parlamentares, por exemplo? Não me parece que esteja claro, mas interpretando o texto, eu acho que sim. É possível, porque o próprio § 2º do art. 269, da parte das Disposições Gerais, diz o seguinte:

Art. 269

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

O procedimento comum, nas suas diversas categorias, inclusive o sumário, a barganha, pode em princípio ser aplicado a qualquer outro processo, desde que não haja disposição em contrário.

Penso que em relação ao procedimento especial das pessoas com prerrogativa de função a barganha seria aplicável. Mas em relação ao procedimento do júri, eu tenho muitas dúvidas, porque, como os senhores sabem, quem tem competência para decidir a matéria de fato nos crimes da competência do Tribunal do Júri é o Conselho de Sentença, são os jurados, não é o Juiz de Direito.

Como aplicar uma pena, antecipadamente, nos casos de crimes da competência do júri? Ainda que seja no âmbito de uma barganha, é aplicação de pena. Ainda que seja restritiva de direitos, como aplicar isso, subtraindo a competência do Tribunal do Júri?

No caso do Tribunal do Júri, a meu ver, é totalmente inaplicável, porque estaria subtraindo a competência do Tribunal, do Conselho de Sentença, dos jurados, de aplicar uma sentença condenatória.

São estas as minhas preocupações: importar um instituto que permita que as pessoas transijam com a sua liberdade.

E outra dificuldade: não há também, em relação à barganha, nenhuma disposição que trate da liberdade para decidir. O sujeito preso pode barganhar, da mesma forma como poderia ou não fazer um acordo de delação premiada? Eu posso considerar que quem está preso tem liberdade emocional para decidir se quer



negociar ou não uma pena com a acusação? É outro ponto que não está tratado no projeto que, acho, mereceria alguma reflexão.

Como me estendi demais, vou deixar as outras indagações para que os colegas, inclusive que falaram sobre prova, eventualmente, pronunciem-se.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Paulo Teixeira) - Muito obrigado, Dr. Elmir Duclerc Ramalho Júnior.

Passo a palavra ao Dr. Gustavo Noronha de Ávila.

O SR. GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA - Primeiramente, agradeço os questionamentos. Parece-me que, no estrito tempo que me foi dado, eu realmente precisava ter abordado essas sugestões que existem na melhor literatura.

No entanto, Deputado, para não lhe deixar sem resposta em relação à videoconferência, parece-me que ela é um instrumento que precisa ser analisado com bastante cautela, porque, processo, na sua etimologia — os clássicos processualistas já diziam isso —, é cognição, é contato. Se esse contato é restrito através da videoconferência, eu concordo com V.Exa., não me parece que exista a mesma qualidade.

Em relação às recomendações, eu vou trabalhar com o reconhecimento pessoal e, depois, com a entrevista das testemunhas.

Eu estava dando uma olhada, agora, na Internet, na tramitação do Projeto de Lei nº 7.213, de 2014, de iniciativa do Deputado Alessandro Molon, que traz muitas dessas sugestões que vou mencionar agora em termos de reconhecimento pessoal. Recentemente, ele foi apensado ao PL 6.131, de 2016. Parece-me que este é um bom ponto de partida. Já mantive contato com o grupo que elaborou essa proposta legislativa e ele contempla muito dessas medidas que eu vou relatar para V.Exas. agora.

Primeiro, quando se realiza um reconhecimento pessoal, a primeira questão para a qual precisamos atentar é a descrição da vítima ou da testemunha acerca das características físicas daquela pessoa que deve ser reconhecida. Essa descrição está prevista no nosso PL. Ela está contemplada em termos de necessidade. Agora, praticamente todas as disposições que eu vou sugerir a partir de agora — isso significa 30, 40 anos de pesquisa em termos de psicologia do



testemunho — não estão contempladas no novo Código de Processo Penal ou no PL.

A primeira questão é a do duplo cego. O que é o duplo cego? Temos de garantir que quem está organizando a linha de reconhecimento e, ao mesmo tempo, quem traz, quem busca a vítima, ou a testemunha, para fazer o reconhecimento, não saiba da identidade do suspeito, porque, sem dúvida nenhuma, sabe-se que acaba havendo, nessa interação, uma certa sugestão ou algum tipo de interferência para que essa vítima, ou essa testemunha, escolha determinado suspeito.

Então, essa questão do duplo cego tem sido incorporada na legislação norte-americana e na inglesa. É uma questão absolutamente fundamental.

Quanto à gravação do procedimento, não apenas de áudio, mas também de vídeo, o CPP fala no "se possível", ou no "quando possível". Talvez seja preciso olhar para a audiência de custódia como um exemplo em que havia um grande temor por parte das organizações de polícia e até mesmo do Poder Judiciário, em termos de atendimento dessas demandas. Temos percebido que, com certo esforço, isso tem sido vencido.

Da mesma forma, parece-me que é necessário também mais esforço, e isto é importante, porque a forma de avaliar a prova, em segundo grau, se temos o procedimento gravado em vídeo, é absolutamente distinta, melhor em termos de qualidade.

Sei que no Estado do Paraná, de onde venho, a maioria das comarcas já utilizam a gravação em áudio e vídeo, exemplo que deve ser seguido pelas demais comarcas.

Outra recomendação é jamais fazer *show up*, ou seja, nunca mostrar apenas uma pessoa ou apenas uma foto, porque este é um procedimento extremamente sugestionável e há uma grande chance de acabarmos colhendo inocentes dessa forma.

Outra questão importante são as semelhanças físicas e não apenas qualquer semelhança como previsto no texto do nosso CPP. Qualquer semelhança pode ser a cor do cabelo, e isto não é o suficiente. Nós precisamos realmente de pessoas que tenham características físicas extremamente parecidas para realizar um



reconhecimento que a literatura chama de reconhecimento justo, um reconhecimento que deve ser considerado.

As roupas dessas pessoas precisam ser parecidas. Houve relatos, durante o nosso diagnóstico, durante a nossa pesquisa, de que os estagiários, por exemplo, das câmaras, ou das varas criminais, eram colocados junto com a pessoa que tinha acabado de chegar da Superintendência de Serviços Prisionais para participar da audiência. É claro que isso revela, de novo, uma sugestão intolerável. Tal reconhecimento não pode ser, por esse motivo, aceito.

São necessárias ainda instruções claras. Por exemplo, é preciso dizer para essa vítima, ou essa testemunha, que a pessoa suspeita pode estar ou não entre aquelas que estão sendo exibidas. Isso diminui substancialmente a possibilidade de reconhecimentos equivocados.

Outra coisa — e isto sim está contemplado no novo CPP —, fala-se no número de cinco, mas a literatura recomenda que se coloque, lado a lado, no mínimo quatro pessoas para que a vítima, ou a testemunha, possa reconhecer.

Quanto à prova testemunhal, existe uma metodologia, uma estratégia extremamente consolidada há bastante tempo, há mais ou menos 30 anos, nos Estados Unidos, nos países anglo-saxônicos, e não só neles, mas também em Portugal, a entrevista cognitiva. Ela é extremamente eficaz no sentido de obter informações de maior qualidade e em maior quantidade.

Muitos vão dizer: *“Mas essa entrevista cognitiva serve, na verdade, para defender determinados interesses”*. Não, ela comprovadamente pode nos trazer informações em maior quantidade e de maior qualidade.

Ela compõe-se fundamentalmente de cinco passos: primeiro, uma aproximação com essa vítima, ou essa testemunha, não iniciando as audiências como geralmente nós começamos, com as advertências acerca das penas de falso testemunho. Isto, com certeza, leva a uma dificuldade de estabelecimento de relação com a testemunha, ou lhe traz um ambiente hostil, que, muitas vezes, não está acostumada a frequentar fóruns, especialmente os criminais.

Segundo passo, vamos solicitar o relato livre dessa pessoa, ou seja, ela vai dizer, com as próprias palavras, aquilo que realmente se passou naquele dia ou a sua compreensão acerca do evento.



Terceiro, só depois dessa aproximação e desse relato livre, faremos perguntas abertas como entrevistadores. Perguntas abertas são aquelas que nos trazem várias hipóteses de resposta, que têm uma chance muito maior, de novo, de fazer com que a testemunha diga aquilo que ela tem para dizer e não aquilo que eu imagino que ela tenha para me dizer.

O penúltimo passo, se houver ainda alguma dúvida, é o das perguntas fechadas. Via de regra, invertemos essa ordem e começamos com as perguntas fechadas. O momento de fazer isto é no final e não no início, porque senão podemos perder uma quantidade tremenda de informações.

O último passo é realizar o encerramento, dizendo que, independentemente dessa testemunha, ou dessa vítima, ter vontade para depor, a polícia vai continuar investigando —, se nós estivermos falando da fase preliminar. Isto é muito importante, porque retira toda essa carga, todo esse peso que está sobre os ombros das testemunhas.

O nosso desafio, Deputado, está em como inserir isto em nossa legislação e em quais fases exigir esse tipo de procedimento. Este é um desafio que podemos pensar juntos.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Paulo Teixeira) - Se V.Sa. puder nos oferecer essas sugestões, nós estamos abertos a recebê-las.

O SR. GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA - Com certeza.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Paulo Teixeira) - Passo, então, a palavra ao Dr. Salah Hassan Khaled Junior, para suas considerações.

O SR. SALAH HASSAN KHALED JUNIOR - Obrigado, Sr. Presidente.

Eu gostaria de aproveitar esta oportunidade para corrigir a minha indelicadeza anterior e saudar os meus colegas de Mesa, Elmir e Gustavo — a minha esposa sempre diz que eu me perco nas coisas simples e não nas complexas.

Quero também dizer que é um prazer estar aqui com a Maria de Fátima hoje, de certo modo já discordando dela, como a democracia nos permite, fazendo um contraponto.

Se os senhores passearem por certas regiões do Rio de Janeiro vão encontrar uma inscrição nas paredes com os seguintes dizeres: “*Vende-se carne preta, e barato*”, acompanhada do número de telefone — esse número é da Polícia.



Essa aguda crítica policial, essa aguda crítica social que nós encontramos nas paredes retrata uma realidade inegável, a seletividade do nosso sistema penal. O nosso sistema penal é uma máquina mortífera que persegue fundamentalmente pessoas negras em situação de vulnerabilidade social, não porque elas cometam mais crimes, porque todos nós cometemos crimes.

No sentido moderno do termo, todos nós violamos mandamentos e proibições penais com certa regularidade, mas o sistema penal persegue preferencialmente um tipo de pessoa. E é justamente esse tipo de pessoa, essa clientela preferencial do nosso sistema penal perverso, que mais precisa desse contato humano, que mais precisa dessa possibilidade de deslocamento do seu lugar de fala por parte do magistrado.

Com isso, eu não faço nenhuma crítica à Dra. Maria de Fátima, que, com certeza, mostrou que é uma pessoa sensível. Mas eu me coloco exatamente na mesma posição que eu defendia anteriormente.

Eu não tenho como me assegurar de que os outros juízes terão essas qualidades também, de que também serão pessoas sensíveis, de que serão capazes de dar esse salto tão grande, o de conseguir identificar-se com uma pessoa em situação de vulnerabilidade que nem sequer na frente deles está.

E não há substituto para o contato humano. Desculpem-me, mas eu não consigo crer nisso, do mesmo modo que eu não acredito na educação a distância, não acredito em aulas televisionadas como substituto para a relação que eu mantenho com os meus alunos, eu não acredito na videoconferência como substituto para o contato que o magistrado deve ter com o acusado. Eu penso que isso dificulta ainda mais o que já é tão difícil, o sentimento de empatia com aquele que, normalmente, é o diferente.

Penso que a celeridade é um conceito que se comunica com o processo civil, mas de difícil adequação ao processo penal, no qual devemos pensar, sim, em direito a ser julgado num prazo razoável, algo bem diferente da ideia de celeridade.

E penso, também, que esse tipo de inovação tecnológica, ainda que traga um benefício financeiro — e, logicamente, nós temos que nos preocupar com isso —, não pode ser introduzido sem uma reflexão profunda sobre a possibilidade de



minimizar a eficácia de um instituto pensado para reduzir danos, tornando-o menos eficaz naquilo que é o seu sentido útil, justamente, o de diminuir a arbitrariedade.

Quanto ao questionamento do Deputado acerca do processo penal democrático e do processo penal de exceção, eu agradeço a pergunta, porque me permite enfatizar de forma mais clara algo que eu sustentei antes.

Não me parece suficiente — quando eu digo isso, a tradição acusatória fala aqui através de mim — que haja uma separação inicial das funções de acusar e julgar. Não me parece suficiente que haja um acusador como órgão distinto do magistrado, se se permite que, no processo, o magistrado se comporte como acusador fosse.

Exemplo claro desse tipo de atitude que reitera o projeto persecutório do CPP de 1941 é o art. 420, e que nós encontramos aqui no PL 8.045/10. O que diz o art. 420?

“O juiz poderá proferir sentença condenatória nos estritos limites da denúncia ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada.”

Vejam bem, o titular da pretensão acusatória, o Ministério Público, pede a absolvição, e, mesmo assim, o juiz pode condenar. Isto é um absurdo autoritário! Isto é o juiz preenchendo uma falta, isto é o juiz operando como se acusador fosse, em nome das suas próprias preferências. Isto não é aceitável em um processo penal acusatório democrático, que exige, justamente, que o magistrado esteja fixado na posição de terceiro imparcial.

Dizer que, em caso de dúvida quanto à prova produzida pelas partes, o magistrado pode continuar a revirar a areia, a escavar e a movimentar as peças no tabuleiro em busca da verdade significa dizer que o magistrado pode efetivamente buscar a condenação de forma deliberada, porque, se ele está em dúvida, como eu disse antes, ele deve absolver. É o que impõe o princípio do *in dubio pro reo*. Dizer que, em caso de dúvida, ele pode continuar com a sua pá a revirar o solo em busca de um “x” que se encontra no chão é uma ilusão. A verdade não está no processo penal. Ele não encontrará a verdade dessa forma. Pelo contrário, ele apenas



confirmará a sua própria subjetividade, a sua própria hipótese de que o acusado é culpado.

E, se nós aceitamos que o juiz pode efetivamente fazer isso, interferir de forma deliberada na gestão da prova para confirmar a hipótese que é desejável por ele, nós matamos o processo penal democrático por completo. Não há esperança para o acusado em um processo no qual o juiz se comporta assim. E não me parece que seja razoável que nós deixemos isso ao arbítrio e ao bom juízo daqueles juízes que são comprometidos com a democracia. E eles são muitos! São muitos os juízes que respeitam as regras do jogo e o devido processo legal, que não se comportam como inquisidores, que respeitam a forma e que estão comprometidos com a consolidação do Estado Democrático de Direito. Mas eu não quero depender da escolha desses juízes. Eu quero um sistema processual penal que efetivamente impeça que um magistrado seja vítima da sua subjetividade ou, de forma perversa, manipule o resultado final do processo.

Era isso o que eu teria a dizer.

Obrigado, Deputado.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Paulo Teixeira) - Agradeço ao Dr. Salah Hassan Khaled Junior.

Passo a palavra à Dra. Maria de Fátima dos Santos Gomes, para que faça as suas considerações acerca das questões que foram trazidas. Após a fala da convidada, encerraremos a nossa audiência.

A SRA. MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS GOMES - Basicamente foi elencado um questionamento sobre a videoconferência, mas eu gostaria de, nesses minutinhos finais, estender um pouco mais alguns apontamentos.

É exatamente um desafio para todos, como pessoas que somos, aceitar mudanças. Então, quando a audiência de apresentação ou audiência de custódia começou a ser discutida e implementada, muito se falou a respeito e muito se fala a respeito. E a audiência de apresentação, usando um termo mais técnico, foi exatamente elencada como uma das possibilidades de se minimizar eventual prisão indevida e, com isso, se minimizar aquilo que se chama de arbitrariedade, ilegalidade.

Esse foi o primeiro desafio.



É óbvio que questionamentos doutrinários surjam a respeito disso, mas, na prática, a sensação que se tem de que se consegue alcançar a justiça é, de certa forma, inigualável. Não há como dizer, não há como repassar isso.

Esse desafio também está na videoconferência. Por quê? Porque nós temos que ter contato, sim, com aquela pessoa. Mas, já que é possível agora audiência de apresentação, eu já tenho um primeiro contato. Só que a videoconferência vai ajudar muito mais a defesa, ou seja, a pessoa que está presa, e muito mais o sistema de contraditório e de ampla defesa do que propriamente o Judiciário.

Para quem faz sete ou oito audiências de instrução por dia, para quem passa a ouvir, às vezes, 20 pessoas por dia, histórias diferentes, relatos diferentes, com toda a boa vontade e sem horário — e é assim com a maioria dos juízes —, há essa sensação de dever cumprido. É lógico que, eventualmente, uma das partes ou ambas as partes não vão concordar com a decisão tomada, mas, para isso, há exatamente os recursos.

Não sendo demasiadamente sensível à matéria em debate, o que se quis ao trazer o defensor para a videoconferência? Obviamente, quando se trata de audiência para a oitiva da vítima e das testemunhas ou para o próprio interrogatório do acusado, é obrigatória a presença do defensor. Isso não se questiona, mas, se eu quero que a sociedade ou as entidades que atuam na Justiça Criminal possam efetivamente discutir sobre a efetividade e a praticidade de um sistema novo, tenho que trazê-los até mim, tenho que mostrar isso. E como se mostra isso? Vamos participar juntos!

Então, quando falamos do projeto de citação por videoconferência, que já está implantado — a Corregedoria já o implantou no Estado de São Paulo —, trazemos o defensor constituído ou dativo, enfim, a Defensoria Pública, para conhecer essa nova realidade. Até então, tirando a audiência de apresentação, a pessoa que estava presa, pelas condições já elencadas tão brilhantemente pelo Dr. Salah, dificilmente teve acesso ao seu defensor.

Então, a videoconferência mostra exatamente isto: *“Doutor, é fase de citação. Eu sei que a citação não precisa da interferência do Defensor ou do Ministério Público, mas venha participar conosco, venha conversar com o seu cliente. Venha ver, neste momento, já que o senhor vai ter 10 dias de prazo para apresentar a*



defesa, o que ele tem a dizer para o senhor, só para o senhor". Eu, juíza, não participo do ato, nem o oficial de justiça, nem o Ministério Público. Só participa o defensor junto com aquela pessoa que está, às vezes, a 500 quilômetros de distância e sequer pôde ser ouvida até então.

Esse é um desafio para nós. É difícil aceitar mudanças, é difícil aceitar modificações de regras, é difícil adequá-las à nossa estrutura tão caótica, porque falta isso, falta aquilo, mas é interessante quando se tem boa vontade tanto da acusação como da defesa.

Todos nós trabalhamos para um único ponto, para uma única finalidade. Podemos não concordar com o resultado, mas a finalidade é a mesma: duração razoável do processo, celeridade.

O que preciso fazer, juntamente com a acusação e a defesa, é mostrar àquela pessoa que está sendo acusada e mostrar àquela vítima que sofreu aquela conduta que agora elas realmente estão sendo ouvidas.

Nós temos que trazer esses questionamentos para dentro do fórum. Estou na magistratura há 26 anos e completarei no Tribunal de Justiça 30 anos em fevereiro do ano que vem. Estou há muito tempo. Há quase 30 anos, sempre escuto: "*Não vai dar*", "*não temos orçamento*", "*não temos pessoal*", "*não temos... não temos... não temos*".

Eu comecei com a máquina de escrever, e hoje estamos lá na tela, no *notebook*, fazendo audiência filmada e gravada, fazendo audiência de apresentação. Aliás, a videoconferência diminui o constrangimento de ter algema. Você não precisa ter aquela pessoa, no corredor, vindo com a escolta, e muitas vezes os familiares, do outro lado corredor, vendo-o. Não é preciso ter os familiares da vítima se encontrando com os familiares do acusado no corredor. Quem já teve a oportunidade de ver esse tipo de entrave, sabe o que estou falando.

Essa é a nossa realidade. Nós temos que nos ater à nossa realidade e trazer esses mecanismos que conseguimos adaptar tanto para a acusação, como para a defesa, para a vítima, para todos.

Todos nós temos que trabalhar em equipe. Repito, a finalidade é única: é levar para aquela pessoa vítima que não houve impunidade e, sim, condenado ou absolvido, que foi feita a justiça dentro das provas que foram produzidas. Muitas



vezes — aí, doutor, permita-me até uma ressalva —, já condenei com pedido de absolvição do Ministério Público, porque entendi que o tipo penal estava comprovado. E já absolvi muito com pedido de condenação do Ministério Público.

Uma boa tarde a todos.

O SR. PRESIDENTE (Deputado Paulo Teixeira) - Eu quero agradecer a todos. Agradeço à Dra. Maria de Fátima dos Santos Gomes, ao Dr. Salah Hassan Khaled Junior, ao Dr. Gustavo Noronha de Ávila e ao Dr. Elmir Duclerc Ramalho Júnior, que deram preciosas contribuições para a reflexão em torno da elaboração do novo Código de Processo Penal.

Agradeço também aos visitantes desta tarde, às assessorias.

Dou por encerrada a presente reunião.

Muito obrigado a todos.