

VOTO ACERCA DA REFORMA DO PROCESSO PENAL E DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

Processo n°: 003/2006/CREP-GOC

Protocolo n°: 5753/2006

Autuação: 29/09/2006

Origem: Assessoria Parlamentar

Assunto: Preposição: PL – 4205/2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à Prova.

Comissão: COMISSÃO DE ESTUDO DA REFORMA DO PROCESSO PENAL E DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS-CREP

Relator Conselheiro: Paulo Napoleão Gonçalves Quezado

VOTO

1. Relatório

Após amplo debate pelos diversos segmentos da sociedade, com destaque na III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal ocorrida em Brasília, em agosto do ano 2000, foi apresentado à Câmara dos Deputados, em 12 de março de 2001, ainda sob o governo de Fernando Henrique Cardoso, o **PL n° 4.205**, que altera dispositivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n° 3689, de 03 de outubro de 1941), relativos à **Prova**.

O projeto leva a autoria de uma Comissão de notáveis das letras jurídicas deste país: Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance

Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nizardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (substituído por Rui Stoco), Rogério Laura Tucci e Sidney Beneti. Tendo como expositor dos Motivos da reforma processual o Ministro de Estado e da Defesa José Gregori.

A Exposição de Motivos (Mensagem nº 211) traz, de forma concisa, as seguintes causas justificadoras da reforma (fls. 06 dos autos):

- assegurar às partes maior participação nas atividades processuais, principalmente na formação do conjunto probatório;
- dispor sobre os pressupostos da permissão judicial para a prova antecipada prevista no art. 156
- fixar de forma expressa a vedação e o limites de aceitação das provas ilícitas;
- simplificar a realização da prova pericial;
- agilizar o procedimento de produção de prova testemunhal.

Em 19 de abril de 2001, o projeto é encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), designando esta como relator o Deputado Federal IBRAHIM ABI-ACKEL, que elabora parecer pela aprovação do projeto, por entendê-lo conforme os critérios de constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa.

Já em 2006, Amauri Serralvo, Conselheiro Federal, Sub-relator, oferece análise e sugestões juridicamente irretocáveis ao projeto, com as quais apenas tentaremos somar alguns singelos argumentos.

Enfim, o PL nº 4.205/2001, chega às nossas mãos, no que passamos à sua análise naquilo que for de mais importância. Antes, contudo, traçaremos algumas linhas doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria.

2. Um pouco de história dos percalços e acertos da reforma processual penal brasileira e o Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América

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

Não seria absurdo afirmar que o PL nº 4.209 tem seu nascedouro na década de 1970, pois traz em sua essência os ideais do Anteprojeto do Código de Processo Penal, daquela época, de autoria de professores que estabeleceram as vigas mestras do processo penal deste país: JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (coordenador da comissão de estudos legislativos), JOSÉ FREDERICO MARQUES (relator), JOSÉ SALGADO MARTINS e BENJAMIN DE MORAES FILHO.¹ Além do que, também buscou inspiração no Código-Modelo de Processo Penal para a Ibero-América (ou somente CÓDIGO-MODELO).

Mas o que vem a ser o CÓDIGO-MODELO? Movidos pelo sonho da uniformidade legislativa, as comunidades ibero-americanas entenderam de criar uma legislação que, como o próprio nome já o diz, fosse modelo a todos os países que a compõem. O que, de certa forma, conduziria tais países a uma maior garantia da segurança e justiça na aplicação do direito. A prof^a ADA PELLEGRINI GRINOVER participou ativamente

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

da elaboração desse Código, cujo projeto foi apresentado nas XI Jornadas Ibero-americanas de 1988, no Rio de Janeiro, e posteriormente discutido nas XII e XIII Jornadas ocorridas em Mérida, na Espanha, em 1990, e em Cuernavaca, no México, em 1992. Retroagindo um pouco, diz-se que o CÓDIGO-MODELO formou-se com base nas propostas das V Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, em Bogotá-Cartagena, 1970.²

Portanto, o CÓDIGO-MODELO surgiu, na síntese da prof^a ADA PELLEGRINI, como “um modelo institucional que se serve de uma proposta básica, mas ao mesmo tempo concreta e operativa, dos mecanismos aptos a solucionar pacificamente os conflitos sociais, por intermédio dos órgãos jurisdicionais. A elaboração, especificamente, de um Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América significa atender à imperiosa exigência de estimular um profundo movimento de reforma em todos os países da comunidade hispano-luso-americana que, em grande parte, ainda estão atrelados ao processo penal antigo, em que a justiça penal tem funcionado segundo um modelo alienado do controle social e da transparência democrática. Um modelo apegado a ritos superados e a fórmulas inquisitoriais, no qual continuam a prevalecer a falta de respeito à dignidade humana, a delegação das funções judiciárias, o segredo, a ausência de mediação, e todas aquelas características que repugnam ao processo penal moderno”.³

² Na obra *O processo em evolução*, publicado pela ed. Forense, a prof^a Ada Pellegrini fala sobre a origem, os propósitos e os pontos importantes do projeto Código-Modelo, nos trabalhos: *Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina e Influência do Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América na legislação latino-americana*, pp. 202 a 241.

³ *O processo em evolução*, p.207.

As propostas do CÓDIGO-MODELO são o reflexo, com poucos adendos, do previsto pela reforma processual penal brasileira, que já se arrasta há anos no Congresso Nacional. Em suma, indica ADA PELLEGRINI: a) *a ênfase ao respeito à dignidade do suspeito ou acusado*; b) *adoção do modelo acusatório*; c) *transparência dos procedimentos*; d) *a busca de eficiência do processo*; e) *a desburocratização da organização judiciária*; f) *a participação popular na administração da justiça*; g) *diversos mecanismos de seleção de casos*; e h) *a globalidade da reforma*.⁴

Após 1970, o então Ministro da Justiça MAURÍCIO CORRÊIA nomeou SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, à época Presidente do Superior Tribunal de Justiça, para presidir a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal.⁵ A Comissão formada, com vista aos fins de simplificar e acelerar o processo penal, apresentou 17 Anteprojetos. Os Anteprojetos de 1994, na summa teleológica de EDUARDO REALE, tinha como alvo mor resguardar o “garantismo e eficiência, compreendido o primeiro como observância rigorosa dos direitos das partes e sobretudo da defesa, visando a que a função jurisdicional se legitimasse por intermédio de um processo que primasse pelo *due process of law*, constituindo a eficiência sinônimo de instrumentalidade da persecução penal, com primazia aos meios de aferição da inocência do acusado, demandando vias processuais mais simples, acessíveis, racionais e céleres”.⁶ (Grifamos.)

⁴ *O processo em evolução*, p.208.

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

⁶ Ob. cit., p. 02.

Vira e mexe daqui e acolá, com mudanças significativas pelo Executivo e os projetos retornando ao Legislativo, fato é que, chegando ao governo Fernando Henrique Cardoso, seu Ministro da Justiça, NELSON JOBIM, argumentando que os projetos deveriam ser analisados à luz da Lei dos Juizados Especiais, retirou do acalorado trâmite legislativo no Congresso Nacional. Felizmente, em 1999, por empenho do novo Ministro da Justiça, JOSÉ CARLOS DIAS, a reforma processual penal voltou à mesa dos debates legislativos, encaminhando ao Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) solicitação de propostas à reforma. Igual força de vontade encontrou-se em seu sucessor, Ministro JOSÉ GREGORI. O Ministro JOSÉ CARLOS DIAS criou a Comissão que citamos no início deste voto, tendo em sua presidência a jurista ADA PELLEGRINI GRINOVER. No final de mais algumas idas e vindas do processo legislativo, sobraram apenas sete Anteprojetos de reforma do CPP, todos de 2001, que são os seguintes, conforme a ordem das matérias codificadas:

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

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

3. A necessidade da reforma processual penal no Brasil

O homem produz história e, ao mesmo tempo, é moldado pela história. Não há como distanciá-lo dos valores dominantes de seu tempo. Assim, tudo que elabora leva a marca axiológica de sua época. Dessa forma, o direito também, como produto humano.

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

Nesse clima político, portanto, em que a liberdade como direito fundamental é o que menos se preserva, foi que surgiu nosso atual Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. O Ministro da Justiça, autor sua Exposição de Motivos, era, naquela época,

⁷ D’Araújo, Maria Celina. *A era Vargas*. 1ª ed. São Paulo: Moderna, 1997. (Coleção Polêmica) Vide também a obra de José Luiz Del Roio, *O que todo cidadão precisa saber sobre o fascismo*, São Paulo: Global, 1987. (Cadernos de Educação Política – Série Trabalho e Capital, v. 20)

FRANCISCO CAMPOS, respeitado homem de ciência que acreditava que os interesses nacionais só poderiam ser identificados e concretizados por uma elite intelectualizada composta de técnicos, políticos e militares. Seu pensamento vem sintetizado na frase transcrita pela Doutora e Professora em Ciência Política, da Universidade Federal Fluminense, MARIA CELINA D'ARAÚJO, que diz: *O regime político das massas é a ditadura*.⁸

O pensamento de FRANCISCO CAMPOS, de certa forma legitimando àquele Estado ditatorial, vem expresso na Exposição de Motivos do CPP/1941: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.” E por fim, conclui o Ministro: “...Se ele (CPP) não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, **não o inspira, entretanto, o espírito** de um incondicional autoritarismo do Estado ou **de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais**”. (Parêntese e grifo nosso.)

Com tais palavras do Ministro FRANCISCO CAMPOS, não há dúvida de que o CPP de 1941 nasceu sob o forte influxo do perfil ditatorial do “Estado Novo”. O que, à evidência, frente à presença de um Estado “forte”, não há muito a comemorar em prol dos direitos e garantias

⁸ *A era Vargas*, p. 93.

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

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

4. Os princípios constitucionais regentes do processo penal

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

As reformas pontuais em desenvolvimento, no campo da investigação criminal, devem ser informadas, principalmente, pelos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da jurisdicionalidade (art. 5º, LXI) da presunção de inocência (art. 5º, LVII), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do razoável prazo do processo (art. 5º, LXXVIII), da vedação à prova ilícita (art. 5º, LVI); tudo isso à luz da

linha mestra do sistema acusatório fundada em, última análise, no perfil democrático do atual Estado de Direito.

Todos esses vetores, em sua essência, vão contra as características do processo penal vigente, apontadas ordenadamente por P_{ACELLI}⁹, para quem a *presunção de culpabilidade* norteou toda a elaboração do CPP. E, sendo assim, o acusado é tratado como potencial e virtual culpado, há o prevalecimento da segurança pública frente à garantia da liberdade individual, o impulso da utópica verdade “real” aos poderes do juiz tornado-o investigador, o ranço inquisitivo do interrogatório do réu, enfim, tudo aquilo que se extrema da ideologia do Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 rompeu com o autoritarismo do CPP/41, trazendo um conjunto de princípios e regras conduzidos pelo equilíbrio entre — como diz a pro^a ADA P_{ELLEGRINI} — “os dois valores fundantes do novo processo penal no mundo inteiro”: o garantismo e a eficiência. Em resumo, ADA P_{ELLEGRINI} ensina: “garantismo, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos públicos das partes, e, sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo de tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Eficiência, que se desdobra em efetividade do processo penal, como instrumento da persecução penal, e em eficácia dos direitos fundamentais, também tutelado por intermédio do processo”.¹⁰

Sobre a temática do garantismo penal, vai discorrer longamente LUIGI F_{ERRAJOLI}, para quem, em última análise, uma teoria do garantismo penal está jungida ao Estado de Direito Democrático e não apenas ao Estado de

⁹ *Curso de processo penal*. 3^a ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2004, p. 7.

¹⁰ *O processo em evolução*, pp. 206 e 216.

Direito, sinalizando para um mínimo de poder ao Estado e um máximo de liberdade ao indivíduo, e que o Estado, em sua atuação, vincula-se não só à legalidade por um *prima formal*, mas também substancial, devendo canalizar sua atuação em prol da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.¹¹ Com o garantismo, a ordem política toma rumo diferente, agora em prol dos direitos e garantias fundamentais ou, melhor dizendo, regressa a seu *status natural*, no momento que põe o Estado em seu devido lugar de criatura para servir a seu criador — o homem e, por conseguinte, a sociedade.

A técnica processual, então, para operacionalizar os valores do garantismo e da efetividade é o sistema acusatório. Enquanto no sistema inquisitivo, as funções primordiais do processo penal (investigar, acusar e julgar) concentram-se em uma só pessoa; no **sistema acusatório**, quem investiga difere de quem acusa, que, por sua vez, não se identifica com o julgador. Isso por uma razão simples: “Um país democrático evidentemente deve possuir, até porque a Constituição assim o obriga, um Código de Processo Penal que adote o sistema acusatório, eminentemente garantidor”.¹²

Através do princípio da unidade constitucional, podemos entender como consequência natural de um país democrático a adoção do princípio do **devido processo legal**, que, por sua ampla dimensão, formal e material,

¹¹ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. Prefácio da 1ª edição de Norberto Bobbio. São Paulo: RT, 2006, pp. 785-832.

¹² MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito ao devido processo legal*. In *Princípios penais constitucionais*. Ricardo Augusto Schmitt (org.). Salvador: Ed. JusPodivm, 2007, p. 127.

conduz o intérprete e aplicador da interpretação legal aos demais princípios influentes no processo penal. A CF dispôs, no art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa”. O **contraditório** que hoje, pelo novo processo penal ou processo penal constitucional, já deve ser visto também como a *garantia de uma participação simétrica* das partes. E a **ampla defesa**, complementando o contraditório, que garante ser essa participação de forma *efetiva*.¹³

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

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

Outra garantia do novo processo penal é o

¹³ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*, pp. 23-24.

princípio do **juiz natural**, que faz parte do ideal almejado que é o *processo justo*. Por esse princípio, tem-se a exigência de que a competência judicial deve ser preestabelecida ao fato e, hoje, com a Constituição, que a competência seja prefixa pela Lei Maior e não por lei norma infraconstitucional. Dessa forma, cumpre-se o que o Texto Constitucional veda: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII). Fiel a esse princípio, decidiu o STF:

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

O **princípio da presunção de inocência**, por seu turno, já previsto pela Declaração dos Direitos do

Homem e do Cidadão (art. 9º), em 26 de agosto de 1789, é uma das vigas mestras do Estado garantista, protetor dos direitos fundamentais. Perfilhando o ensinamento de FERRAJOLI, escreve AURY LOPES JR. que a presunção de inocência é um “princípio fundamental de civilidade, fruto de opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de alguém culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam *geralmente punidos*, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos”.¹⁴

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

Princípio que também informa a reforma do processo penal, o **princípio do razoável prazo do processo** encontra-se agora positivado nestes termos na Constituição: “a todos, no âmbito judicial e administrativo,

¹⁴ *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos de instrumentalidade constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 186.

são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (art. 5º, LXXVIII, EC 45/2004) O grande problema, que ainda persistirá, apesar do esforço do legislador constituinte reformador, diz respeito à ausência de um prazo demarcando o fim do processo. A pergunta que não calará: o que vem a ser uma duração razoável do processo? Atualmente, apenas a prisão provisória tem prazo limite fixado na legislação processual penal. Parece que a jurisprudência ainda ditará o limite temporal do processo. Ou não seria melhor dizer dilatará, tendo em vista que razões como greve de serventuários da Justiça, expedição de cartas precatórias, pluralidade dos réus entre outras têm sido alegadas para ultrapassar o limite de 81 dias para a conclusão da instrução criminal (STF – HC 78978/PI, STJ – RHC 19682).

Bem, com base nessa síntese quanto à história da reforma processual penal brasileira, às fontes que a inspiraram e aos princípios processuais constitucionais, teceremos considerações pontuais às alterações do CPP, pelo PL nº 4209/2001, no campo da investigação criminal.

5. Alterações propostas ao CPP/1941 pelo PL nº 4209/2001

O art. 155 do projeto preserva o **princípio do devido processo legal** e, mais especificamente, o **contraditório** (paridade de armas) e a **ampla defesa** (efetiva participação das partes), ao vedar a fundamentação exclusiva da sentença nas provas colhidas na fase inquisitória. Isso porque nessa fase ainda não há possibilidade de contradição do investigado ao que é colhido

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

Essa linha de entendimento do projeto só vem fortalecer o papel do julgador num Estado de perfil democrático como o nosso, onde se dá a simétrica participação das partes e o magistrado tem maior possibilidade de formar uma convicção imparcial do caso concreto.

A prof^a ADA PELLEGRINI, não se contentando com essa simples vedação, afirma que “na prática é relevante a influência dos elementos do inquérito sobre a formação do convencimento do juiz”. E não somente sobre juízo cautelar, mas juízo de mérito. A razão disso, expõe a jurista: primeiro, porque o mesmo juiz é quem decide sobre a admissibilidade da acusação e sobre o mérito da causa; e segundo, porque os autos do inquérito vão apensados ao processo. Frente a essa constatação, propõe a criação de um juízo de admissibilidade diferente do juízo de mérito, prevendo uma fase processual preliminar conforme o Código-Modelo, que, após, ingressaria na fase seguinte sem os autos do inquérito, permitindo o juiz formar livremente sua convicção de mérito.¹⁵

O art. 156 observa fielmente o princípio da **presunção de inocência** quando impõe a carga probatória à acusação. A produção de prova cautelar, antecipada e

¹⁵ In. *O processo em evolução: Influência do Código-Modelo de processo penal para Ibero-América na legislação latino-americana*, p. 240.

irrepetível não deixará de observar o **princípio do contraditório**, embora de forma diferida (v. Exposição de Motivos, fls. 06). No entanto, como medida de cautela frente às garantias constitucionais, o projeto exige do juiz que fundamente a decisão excepcional de se colher prova antecipada com base nos critérios que informam o **princípio da proporcionalidade** (necessidade, adequação e proporcionalidade estrita). O que também cumpre o princípio da persuasão racional. Aqui, mais uma vez, os limites constitucionais à atividade do Estado (juiz), em última análise, para que uma medida de teor excepcional não vire regra em pleno Estado Democrático de Direito e, assim, retorne-se ao sistema inquisitivo, quando o juiz gozava de super-poderes.

Outra preocupação da reforma foi quanto à utilização das provas ilícitas no processo. A Constituição diz, no art. 5º, LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Bem, concordamos com AMAURI SERRALVO (fls. 14 dos autos) de que o art. 157 do projeto poderia ter tratado também das provas ilegítimas, pois há muito a doutrina e a jurisprudência classificam as provas ilegais em ilícitas (quando violar direito material) e ilegítimas (quando violar direito processual). Mas pensamos que a referida ausência não tira o brilho constitucional da redação proposta, que também prevê expressamente vedação, como consequência do previsto no caput, ao aproveitamento das provas ilícitas por derivação, consagrando de vez a teoria americana dos *fruits of the poisonous tree* ou dos frutos da árvore envenenada, como inclusive o STF já vinha orientando seus julgados em torno da questão.

Adotamos, todavia, a sugestão de Pacelli no que toca ao perigo de uma vedação absoluta do uso das provas ilícitas por derivação. Diz o processualista que se todas as

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

Para o que propõe o autor, “uma adequada tutela *também* dos direitos individuais que são atingidos pelas ações criminosas, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se *toda* a atuação estatal investigatória estaria contaminada, *sempre*, por determinada prova ilícita”.¹⁶

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

Adotamos também a sugestão de HELENA REGINA LOBO, que, com força na lição de ADA PELLEGRINI, diz que o projeto poderia ter incluído vedação também ao acolhimento de provas ilícitas porque violadoras de normas infra-constitucionais.¹⁷

A redação do art. 159 do projeto, visando a facilitar e agilizar a produção da prova, prevê apenas a necessidade um perito oficial, e não mais de dois, como está na redação vigente. A ser aprovada a redação do projeto, o STF também terá que rever o disposto em sua

¹⁶ *Curso de processo penal*, p. 360.

¹⁷ *Código de processo penal: comentários aos projetos de reforma legislativa*, p. 111.

Súmula 361, onde diz ser nulo o processo penal que conste exame realizado por um só perito. Seguindo ainda os passos da agilidade processual, o projeto retira da legislação a obrigatoriedade de, nos locais onde não haja perito oficial, somente ser realizada a perícia por pessoa portadora de diploma de curso superior. Com a reforma, bastará ser pessoa idônea. A previsão de que a pessoa idônea tenha habilitação técnica é apenas preferencial, mas não exclusiva.

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

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

Sem mais, eis nossa análise sobre os pontos do PL nº 4205/2001, relativos à Prova, que achamos importante comentar. Somos, portanto, pela aprovação do projeto, porque em afinidade com os princípios e normas constitucionais.

Fortaleza, 29 de janeiro de 2007

Paulo Napoleão Gonçalves Quezado
(Conselheiro Federal da OAB)