

Como citar este artigo:

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.
<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>

ALGUMAS MARCAS INQUISITORIAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A RESISTÊNCIA ÀS REFORMAS

*Nereu José Giacomolli*¹

<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>

RESUMO

O perfil inquisitorial do modelo processual penal brasileiro encontra ambientação ideológica na década de quarenta, a qual reflete, por sua vez, a ideologia europeia da década de 1930. O CPP foi gestado em plena ditadura do Estado Novo, com forte influência do Código Rocco italiano, de inspiração fascista. As marcas deste perfil criaram raízes na legislação ordinária, na doutrina, na jurisprudência, no ensino jurídico e na política criminal. Entre as marcas desta raiz inquisitorial estão a possibilidade de o magistrado agir de ofício, assumindo funções da acusação, podendo requisitar a investigação, reconhecer agravantes sem que estivessem descritas ou tivessem sido postuladas, podendo condenar, mesmo que o Estado-acusação tenha pedido a absolvição. Nas reformas parciais do CPP persistiram perspectivas incompatíveis com o modelo constitucional e convencional do processo penal. O artigo faz uma ambientação histórica, cultural e política da década de quarenta e mostra as marcas do perfil inquisitorial do processo penal brasileiro e as resistências às reformas.

PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO PENAL. IDEOLOGIA. MARCAS INQUISITORIAIS.

ABSTRACT

The profile of the Brazilian inquisitorial criminal procedure model is ideological in the forties, which reflects, in turn, the European ideology of the thirties. The CPP was gestated during the dictatorship of

¹ Doutor em Direito Processual pela *Universidad Complutense de Madrid*, pós-doutor pela *Università degli Studi di Torino*, professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, onde leciona na graduação, no mestrado e doutorado em Ciências Criminais e na Escola Superior a Magistratura do RS. Um dos fundadores do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP).

the Estado Novo, with strong influence from Italian Rocco Code, fascist inspiration. The marks of this profile have taken root in ordinary legislation, doctrine, jurisprudence, and legal education in criminal laws. Among the hallmarks of this inquisitorial roots are able to judge the acting craft, assuming functions of the prosecution, and may request the investigation, recognizing that without aggravating described were or had been postulated, may order, even if the State prosecution has requested the acquittal. In the partial reforms of the CPP persisted incompatible with the constitutional and conventional model of criminal procedure perspective. This article is a historical, cultural and political setting of the forties and shows the marks of inquisitorial profile of the Brazilian criminal process and resistance to reform.

KEYWORDS: CRIMINAL PROCEDURE. IDEOLOGY. INQUISITORIAL MARKS.

1 Considerações iniciais

As resistências às alterações do Código de Processo Penal evidenciam-se a cada intento de reforma. Apesar das tentativas, não logrou o Brasil adequar a sua legislação processual criminal às Cartas Constitucionais que sobrevieram à década de quarenta, quando foi gestado o arcabouço legal referente às regras do processo penal. Mesmo após a Constituição Federal de 1988, continuaram as resistências. Necessário compreender o que se passava na década de quarenta no Brasil, do ponto de vista político e cultural e quais as influências que o legislador ordinário recebeu. Vivíamos a ideologia ditatorial do “Estado Novo” e o legislador brasileiro recebeu as influências do Código Rocco, de forte inspiração fascista. Essa ideologia marcou o Código de Processo Penal e penetrou na doutrina, na jurisprudência, no ensino jurídico e na política criminal brasileira. As marcas, forjadas a ferro e fogo, ainda predominam na *law in action*, apesar da Constituição Federal e dos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil.

O presente artigo pretende mostrar a ambientação existente no Brasil quando foi gestado o Código de Processo Penal e as marcas deixadas, as quais ainda persistem e oferecem resistência às reformas e à aplicação de um processo penal democrático. É importante mostrar a forte permanência totalitária e as várias tentativas de reforma. Num primeiro momento, a exposição faz uma ambientação cultural, política e ideológica do Brasil da década de quarenta e da Europa da década anterior. Num segundo momento, mostra as principais marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal para, numa terceira parte, delimitar as inúmeras tentativas de reforma, atingindo as reformas parciais de 2008 e as propostas do Senado da República, ainda em tramitação na Câmara dos Deputados.

2 Ambientação cultural, ideológica e política da década de 1940

Para entendermos o perfil ideológico do arcabouço processual criminal, bem como as razões das permanências inquisitoriais, se faz necessário mergulhar na ambientação política, social e cultural da década de quarenta, no Brasil e no plano internacional. A relevância dessa compreensão está na influência do Código de Processo Penal Italiano, ou Código Rocco, da década de trinta, na estruturação do nosso CPP. Essa estrutura ideológica ainda permanece na normatividade ordinária, no ensino jurídico, na jurisprudência e nas atividades dos sujeitos, na *law in action*.

Aqui, ideologia é tida como um conjunto de ideias e valores informantes da direção do pensamento e da ação, na compreensão e resolução de um problema, ou seja, como pensar, o que pensar, como fazer e o que fazer. Através da ideologia é que o poder dominante se legitima, o qual recebe uma identidade de pensamento, irradiando, a ser considerado o *case processo penal*, um entendimento deste, da pena, da prisão preventiva, v.g. A ideologia legitima, integra e justifica uma realidade e, paradoxalmente, também a deforma e profana. Há um certo consenso de que a ideologia conduz a ação e o pensamento, as pré-compreensões, determinando práticas e apresentando resultados.

A crise mundial de 1929 fez com que diminuíssem as exportações e as importações de produtos industrializados pelo Brasil, motivo por que, também, se incrementou o desenvolvimento da indústria brasileira. Em 1930, o Brasil foi tomado pelo fenômeno do populismo Vargas, verificado, principalmente, nos setores previdenciário e trabalhista. Vargas transformou-se no árbitro da situação política, reforçando o poder do Estado e o seu próprio poder. Essa política populista foi adotada pelas elites brasileiras. Em 1937, Vargas instaurou uma ditadura sem precedentes na história brasileira, denominada de Estado Novo, o qual perdurou até 1945. Nesse período foi posta em prática uma brutal repressão policial, um rígida censura à imprensa e uma máquina de propaganda em defesa do regime ditatorial, através do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP). A Polícia Especial (PE) e as polícias estaduais adquiriram ampla liberdade de ação, sem controles rígidos, prendendo, torturando e assassinando qualquer pessoa que se opusesse ao regime. Em razão do crescimento da economia e dos direitos trabalhistas, o regime recebeu forte apoio popular. Contudo, as assembleias legislativas e as Câmaras Municipais foram fechadas e o Poder Judiciário subordinou-se ao Poder Executivo.

Já em seu governo provisório, Vargas havia suspenso a Constituição Republicana de 1891, fechando as Casas Legislativas, ademais de nomear interventores para dirigir os governos estaduais. A insatisfação política propiciou a Constituição Federal de 1934, mas a contestação ao regime Vargas continuou, agora pelos defensores do socialismo. O comunista era o inimigo da vez. Sob o argumento de que os comunistas tomariam o poder, outorgou-se a Constituição de 1937 (“polaca”), sob forte inspiração do fascismo italiano, tendo como um dos autores intelectuais Francisco Campos, o mesmo que assina a exposição de motivos do CPP de 1941, ainda referenciado pelo fundamentalismo

processual contemporâneo. Iniciou-se um período ditatorial, com concentração dos poderes no Executivo.

Durante o “Estado Novo”, Vargas mostrou todo o seu autoritarismo e arbítrio. Vigorou no país o estado de emergência, sem tolerância à oposição política. O período foi cunhado como totalitário, ditatorial, conservador e reacionário. Esse autoritarismo era sufragado pelas elites industriais, banqueiros e grandes comerciantes. Um governo forte deveria controlar a população e uma das formas de controle foi o sistema criminal. A oposição foi neutralizada, inclusive com o emprego da força física. Direitos fundamentais, Estado de Direito, democracia, respeito à dignidade, reconhecimento do outro eram vistos como obra demoníaca e de comunistas e seus defensores eram tidos como inimigos do Estado, amigos da impunidade. Nesse ambiente é que foi gestado o CPP de 1941, à margem do Estado de Direito, alheio ao Estado Constitucional legítimo, em uma época em que predominou o comportamento político reacionário e conservador. Influências externas, além-mar forneciam a base teórica e ideológica ao proceder brasileiro.

No cenário europeu, após a Primeira Guerra Mundial, o desemprego, a miséria e a inflação propiciaram o nascimento de propostas totalitárias, apoiadas pela burguesia, receosa da implantação do regime socialista, como ocorrera na Rússia. A defesa foi a edificação de um Estado forte, capaz de vencer a crise econômica. Assim, o autoritarismo repressor ganhou adeptos e justificativas. Fortaleceu-se o poder totalitário europeu, com a crise americana de 1929. Dez anos mais tarde iniciou-se o expansionismo territorial, culminando com a Segunda Guerra Mundial.

A ideologia era impor a ordem e a disciplina na sociedade. A proposta de Mussolini, *El Duce*, o líder, aquele que conduz, era: “tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado”. O fascismo não acreditava na paz, mas na guerra, no combate incessante, na luta, no jogo. O reflexo disso no Processo Penal foi e é representado pelo paradigma da necessidade de combater o acusado, a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade. Por isso, deve ser combatido. Guerra, combate, inimigo soavam como palavras de ordem. Nesse período, neutralizou-se o indivíduo (liberalismo) em face do Estado (fascismo).

O reflexo no processo penal foi a neutralização do imputado, em face do poder acusatório do Estado, a submissão do réu às necessidades do Estado e às necessidades do poder acusatório, persecutório e punitivo. Portanto, na esfera criminal, a neutralização ocorreu pela ideologia da funcionalidade repressora do sistema criminal, pela utilização do processo penal como braço do poder, como um prolongamento da força do Estado, do autoritarismo. Os direitos dos suspeitos, dos investigados, dos acusados foram colocados num segundo plano; nem sequer eram referidos, pois eram tidos como contrários à ordem constituída e à disciplina, em suma, um entrave ao desenvolvimento. O réu era visto como um inimigo do Estado e a defesa uma instituição contra o Estado e contra a sociedade. O acusado e sua defesa deveria colaborar com o Estado, serem submissos e

compreensivos. Potencializaram-se os danos com a persistência da adequação da teoria da relação jurídica ao processo penal.

Ao utilizar-se até a força física para neutralizar o inimigo, para manter a ordem e a disciplina, como admitir um processo penal democrático, um espaço de respeito aos direitos fundamentais?

A base popular à manutenção da força do Estado, no âmbito do sistema criminal, no processo penal, foi canalizada pela mídia. Com isso, implementou-se um forte decisionismo judicial, vinculado aos interesses midiáticos, da maioria, em detrimento dos excluídos do sistema de bem estar e, paradoxalmente, justamente os incluídos no sistema criminal, no processo penal.

O Estado, na concepção totalitária, exerce uma importante função pedagógica e educa. Isso foi transferido ao sistema criminal, na perspectiva de que o sujeito deve ser punido exemplarmente, para que se recupere e sirva de exemplo aos demais.

“Crer”, “combater” e “obedecer” eram princípios de Mussolini. Transferindo ao processo penal, verifica-se a crença de que todos os problemas serão solucionados pelo processo penal, no qual os agentes públicos fazem o bem. Por isso, os acusados e a defesa devem obedecer as ordens dos sujeitos oficiais (Juiz e Ministério Público). O inimigo do Estado, ou seja, aquele que pratica uma infração criminal, há de ser combatido, pois dela deve ser alijado, excluído e escondido atrás dos muros dos cárceres.

A ideologia totalitária pretendia construir um homem novo, segundo os paradigmas do partido, do Estado, do líder, ou seja, um ser solidário, obediente, disciplinado, sem possibilidades de discutir. O reflexo disso é a concepção de que o sistema criminal, o processo penal construirão esse homem novo, e com o encarceramento, sempre livre do pecado do crime. A lavagem das impurezas do crime, a purificação do mal ocorreria no interior do cárcere. Essa ideologia fascista estruturou o CPP italiano da década de 1930, refletiu no Brasil e na organização do sistema processual criminal brasileiro. Isso se pode observar na estrutura do CPP, nas modificações posteriores, na doutrina, na jurisprudência e na atuação dos sujeitos oficiais.

Essa estruturação político-ideológica traçou profundos sulcos no processo penal, produzindo um modelo de processo penal de estilo inquisitorial, cujas marcas são visíveis e serão analisadas no item seguinte.

3 Algumas marcas inquisitoriais

O imputado é tratado como um ser inferior, tanto no processo penal como fora dele, com potencialidade para corromper os “homens de bem”. Por isso, justifica-se, também, a pompa do ritual, representativo da aparência de que tudo está sendo feito corretamente, está organizado, que há ordem e disciplina. Na geometria das salas de audiências e sessões verifica-se a disputa por território de poder, mesmo que isso implique invasão da esfera funcional e de atribuições constitucionais de outros sujeitos.

O culto ao chefe, ao líder, guia infalível, lembra muito a genuflexão às súmulas, bem como as previsões regimentais de alguns tribunais de falar em pé quando se fala com um magistrado. O culto ao chefe, condutor, pastor, pacificador, ser superior, próximo dos deuses, nos leva a pensar sobre a apoteose mística da condução do processo e do que ocorre nas arenas do Tribunal do Júri.

A primeira marca a ser destacada é a ideologia da busca da verdade material no processo penal. Em nome dessa concepção, o CPP autoriza o juiz a agir *ex officio* na requisição de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP), na decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP), na possibilidade de condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado-Acusador (art. 385 do CPP), a dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, mesmo que o imputado não tenha se defendido (art. 383 do CPP), bem como a recorrer de ofício, mesmo que a acusação não tenha interposto o recurso cabível (arts. 574 e 746 do CPP).

Uma segunda marca é a prevalência da potestade punitiva sobre o *status libertatis*. Isso se observa na previsão de realização do interrogatório do acusado mesmo sem a presença de defensor, somente alterado em 2003 (Lei nº 10.792/2003), na ausência de obrigatoriedade da defesa prévia, somente modificado em 2008 (Lei nº 11.719/2008), na possibilidade de o recurso ser remetido ao órgão *ad quem* sem razões ou contrarrazões, situação ainda persistente no CPP (arts. 589 e 601), na manifestação obrigatória da acusação no segundo grau de jurisdição, sem cientificar-se a defesa para que pudesse exercer o contraditório.

Uma terceira marca emerge da presunção de culpa do sujeito, sem consideração de seu estado de inocência. Nessa perspectiva, o imputado já nasce culpado: é só escavar que o pecado será encontrado. Por isso, a prisão processual é a regra, e se for acusado é porque alguma infração cometeu e deve ser responsabilizado, mesmo sem o exame crítico da prova. Caso esteja algemado ou com liberdade negada, a condenação assume percentuais elevados de condenação.

A quarta marca é a elevação do magistrado ao ápice da pirâmide, o protagonista, o condutor do sistema, do processo. Assim, justificam-se seus poderes instrutórios, seu agir *ex officio*. Tudo podendo no interior do processo, não se faz mister regular os meios e a metodologia da busca da prova, cuja debilidade é olímpica. Isso o regramento limitaria o poder de ação do magistrado. Verifica-se um “donismo” processual sem precedentes, endo e extraprocessuais: o processo é meu, a promotora é minha, a estagiária é minha, a escrivã é minha, o box é meu, o carro é meu, eu sou eu, eu e eu. Então, eu posso investigar, eu posso acusar, eu posso julgar, recorrer e executar a sanção. Nesse modelo, confundem-se as funções dos agentes do Estado-Julgador com os do Estado-Acusador e com os do Estado-Investigador. Quanto maior a pirâmide, mais próximo da divindade estará o que ocupa o seu ápice, mais força terá o gestor de todo sistema.

A quinta marca é a transformação do sujeito, pelo processo, em objeto de prova. Nessa perspectiva, o réu é objeto de prova, pode produzir provas autoincriminatórias,

possui o dever de provar a sua inocência, deve submeter-se ao processo como ser dócil e obediente, colaborar com o processo, com o juiz, com a sociedade e com o Estado.

A absorção dessa ideologia ocorreu no ensino, na doutrina, na jurisprudência, na política criminal, contaminando as condutas dos sujeitos oficiais. Observa-se uma doutrina vinculada à estrutura ideológica da década de 40, sem aderência à Constituição Federal e aos diplomas internacionais, indicada em várias faculdades e referenciada em várias decisões dos Tribunais. O ensino jurídico, compartimentado, reproduz o sentido, não o constrói de forma crítica. As decisões de primeiro grau buscam suporte na trajetória do pai (Tribunais) e as de segundo grau afastam-se da normatividade constitucional e convencional, ademais de produzir em série de decisões, comparáveis ao início da era industrial. A política criminal prima pela concepção da substituição das políticas públicas pelo sistema criminal, na perspectiva de que o aumento das penas e o encarceramento evitarão a criminalidade. O reflexo disso também está no paradoxo da impunidade em um país com mais de meio milhão de encarcerados e, destes, um elevado percentual é constituído por sujeitos que não concluíram o ensino fundamental.

4 Tentativas de reforma

4.1 Comissão Tornaghi (1961)

Em 1961, no Governo Jânio Quadros, foi criado o Serviço de Reformas de Códigos, através do Decreto nº 51.005, de 20 de julho de 1961, integrado por especialistas, com o intuito de apresentar projetos de reforma do Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal, Lei das Contravenções Penais e de outros diplomas legais. O Decreto nº 1.490, de 8 de novembro de 1962, além de autorizar a contratação de especialistas pelo Serviço de Reformas, estabeleceu a criação de uma comissão com três membros, com o intuito de estudar os anteprojetos. Hélio Tornaghi foi um dos escolhidos, incumbindo-lhe a elaboração do anteprojeto de Código de Processo Penal. Este foi entregue ao ministro da Justiça João Mangabeira, em 1963, mas não chegou a ser encaminhado ao Poder Legislativo devido, também, à renúncia de Jânio Quadros e ao afastamento de seu sucessor, João Goulart. O projeto não obteve viabilidade, nem no governo seguinte, de Humberto Castelo Branco, apesar das gestões do então ministro da Justiça Milton Campos.²

4.2 Anteprojeto Frederico Marques (1967)

Através do Decreto nº 61.239, de 25 de agosto de 1967, foi criada uma Comissão de Coordenação e Revisão dos Códigos vigentes, com o objetivo de analisar os proje-

² V. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal*. Evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983, p. 169-170.

tos já elaborados, com prazo de conclusão de três anos. Aproveitaram-se os estudos e as propostas já existentes, com as modificações que foram sendo feitas, na divulgação dos projetos, com o intuito de angariar sugestões. A José Frederico Marques coube a matéria processual. Em face disso, apresentou um Anteprojeto de Modificação do Código de Processo Penal. O ministro da Justiça Alfredo Buzaid, em março de 1970, através da Portaria 32, designou José Frederico Marques, Benjamim Moraes Filho, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves para revisarem o anteprojeto apresentado pelo primeiro, agora presidente da Subcomissão Revisora de Anteprojeto de Código de Processo Penal. No dia 29 de junho do mesmo ano, o anteprojeto de Código de Processo Penal foi publicado no *Diário Oficial da União*. Consideradas e avaliadas as sugestões apresentadas, em 10 de maio de 1974 foi publicada uma nova versão do anteprojeto, revista pelos membros da subcomissão, tendo havido substituição de Salgado Martins por Hélio Tornaghi, em face de seu falecimento.³

O presidente Ernesto Geisel, através da Mensagem 159/1975, remeteu ao Congresso Nacional o anteprojeto Frederico Marques, o qual se converteu no Projeto de Lei nº 633/1975. Na Câmara dos Deputados o projeto recebeu 784 emendas, tendo sido publicado em suplemento do *Diário Oficial*, em 4 de novembro de 1977, o parecer do deputado Geraldo Freire, relator-geral da matéria. No ano seguinte (fevereiro de 1978), a proposta foi enviada ao Senado, mas logo retirada (Mensagem 179, de 30 de agosto de 1978), em face da revogação do CP de 1969 antes mesmo de sua vigência. A inegável relação do projeto de alteração do Código de Processo Penal com dispositivos do Código Penal de 1969, as dificuldades impostas ao sistema de administração da justiça pelo desenvolvimento da sociedade brasileira na década de 1970, a incorporação de elevado número de emendas aprovadas na Câmara dos Deputados e a promulgação da Lei nº 6.416/77, que modificava o sistema de penas, foram determinantes para a retirada do projeto de reforma da legislação processual penal.⁴ Mesmo assim, o deputado Sérgio Murilo apresentou “um novo projeto”, baseado no PL nº 633/1975 (com poucas modificações), à Câmara dos Deputados, o qual recebeu o nº 1.268/79, sem obter êxito.

Outra comissão, formada por Hélio Fonseca, consultor jurídico do Ministério da Justiça, Francisco de Assis Toledo, subprocurador-geral da República e Manoel Pimentel, da Universidade de São Paulo, foi constituída pelo ministro Ibrahim Abi-Ackel para examinar e apresentar sugestões ao Projeto de Lei nº 633/1975. Em razão das múltiplas sugestões apresentadas, foi constituída uma comissão revisora, coordenada por Francisco de Assis Toledo, a qual também era integrada pelo ministro Jorge Alberto Romeiro e pelos professores José Frederico Marques e Rogério Lauria Tucci, cujo trabalho culminou com o projeto de reforma apresentado ao Congresso Nacional em 1983.⁵

³ V. ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos nº 212, de 9 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, seção I, suplemento, p. 73, 1º.7.1983.

⁴ V. ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos nº 212, de 9 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, seção I, suplemento, p. 73, 1º.7.1983.

⁵ V. ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos nº 212, de 9 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, seção I, suplemento, p. 74, 1º.7.1983.

4.3 Projeto de reforma de 1983

Já no Governo Figueiredo, o ministro da Justiça Abi-Ackel retomou os estudos sobre a reforma do processo penal. Foi composta uma comissão por Rogério Lauria Tucci, Francisco de Assis Toledo e Hélio da Fonseca (Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça), a qual se dedicou a um extenso trabalho de pré-elaboração legislativa. Em face das inúmeras sugestões apresentadas, o projeto antes elaborado por José Frederico Marques foi reformulado por Rogério Lauria Tucci e Francisco de Assis Toledo, com revisão de José Frederico Marques e Aires da Matta Machado (revisão linguística), tendo sido publicado no *Diário Oficial da União*, de 27 de maio de 1981. Novamente foram colhidas várias centenas de sugestões e uma comissão revisora, composta por Francisco de Assis Toledo, José Frederico Marques, Jorge Alberto Romeiro e Rogério Lauria Tucci, ofereceu uma redação final ao projeto, o qual foi apresentado ao Congresso Nacional e tramitou sob o nº 1.655/1983, tendo recebido o nº 175/1984 no Senado. Em linhas gerais, o projeto mantinha grande parte do projeto Frederico Marques e acolhia várias das sugestões apresentadas durante dos intensos debates.

Da exposição de motivos nº 212, de 9 de maio de 1982 merecem destaque os seguintes pontos: (a) introdução de um procedimento sumariíssimo para processar e julgar as infrações de escassa entidade (contravenções penais e crimes cuja pena cominada não superasse um ano) e os delitos praticados na direção de veículo automotor, com recurso a um órgão colegiado formado por magistrados de primeira instância; (b) gravação das audiências, com o intuito de reduzir o tempo de duração desses atos jurisdicionais, reconhecida como *obsoleta* a prática de perguntas, reperguntas, respostas e ditados ao auxiliar do magistrado; (c) instituição de medidas alternativas à prisão processual, em simetria à Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, a qual previa a criação de penas alternativas à privativa de liberdade; (d) simplificação do procedimento do Tribunal do Júri, através da supressão do libelo, do recurso de protesto por novo júri e da simplificação dos quesitos; e (e) incremento da prisão preventiva em determinadas espécies de delitos (tráfico de entorpecentes, roubo, latrocínio, estupro etc.), com “o propósito de melhor aparelhar a Justiça Penal para o combate a estas modalidades mais graves de delinquência”.

Além dessas inovações, o projeto excluía do CPP o título referente à execução penal, por já constar a matéria em projeto próprio, o qual serviu de base à atual Lei nº 7.210/84 (LEP) denominando a conhecida “ação penal privada” de *ação penal de iniciativa privada*, abolindo a previsão de atuação espontânea do órgão jurisdicional para início do processo penal (então art. 5º do CPP). Nesse ponto, ao restituir ao MP a titularidade exclusiva da ação penal pública, o projeto determinava serem o MP e a autoridade policial os únicos destinatários da *notícia de infração criminal* e afastava o magistrado da condição de agente do Estado na *persecutio criminis*. O MP era reconhecido como *parte* no cenário processual, embora vinculado aos princípios da legalidade, da descoberta da verdade e da realização da justiça; uma parte *sui generis*, conforme doutrina de Carnelutti, que por isso estaria legitimado a impetrar *habeas corpus* e a recorrer em favor

do réu. O projeto ainda reconhecia a independência funcional entre polícia judiciária, Poder Judiciário e MP, e dedicava espaço específico ao direito de defesa, reconhecendo-o como consectário da garantia do contraditório, mas vedando o seu “exercício abusivo” e impondo ao acusado o dever de cooperação “para o regular desenvolvimento da *persecutio criminis*.” Em relação à situação pessoal dos acusados, o projeto atendia “às recomendações da moderna Política Criminal, no sentido de só utilizar a privação da liberdade quando essa medida se apresentasse como necessária e devidamente justificada”, estabelecendo por isso um rol de medidas cautelares alternativas à prisão e determinando que, mesmo condenado, o réu teria direito a recorrer em liberdade, excetuada as hipóteses de justificada prisão preventiva e de condenações pelo Tribunal do Júri, que se executavam imediatamente, “para o resguardo da soberania do Tribunal Popular”. Por fim, previa o recurso de agravo de instrumento para impugnar as decisões proferidas em primeira instância.⁶

O Projeto de reforma do Código de Processo Penal, apresentado pelo então ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, tramitou durante sete anos no Congresso Nacional, até ser retirado pelo Poder Executivo, em novembro de 1989.

4.4 Projeto Sálvio de Figueiredo (1992)

Em 1992, o ministro da Justiça Célio Borja encarregou o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, presidente da Escola Nacional da Magistratura, de presidir uma comissão de juristas, com o intuito de estudar e sugerir soluções à simplificação do processo civil e do processo penal. A Comissão era presidida pelo ministro Luiz Vicente Cernicchiaro e secretariada pelo Dr. Sidney Agostinho Beneti. Também integravam a comissão: Antônio Carlos de Araújo Cintra, Antonio Carlos Nabor Areias de Bulhões, Francisco de Assis Toledo, Inocêncio Mártires Coelho, Luiz Carlos Fontes de Alencar (min. do STJ), Miguel Reale Júnior, Paulo José da Costa Júnior, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (Portarias nºs 03 e 145). Já de início predominou, em razão das anteriores tentativas frustradas de reforma global, a orientação de que a reforma deveria ser pontual, com ênfase em pontos do CPP “que tivessem maior repercussão com o princípio constitucional do devido processo legal; com os deveres e as garantias das partes, além da simplificação e a eficiência dos procedimentos”.⁷ Apesar disso, a comissão tinha consciência da importância das fórmulas do *due process of law* no contexto de um processo moderno e dinâmico.⁸

⁶ V. ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos nº 212, de 9 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, seção I, suplemento, p. 74-81, 1º.7.1983.

⁷ V. DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (III). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 29.6.2008, “Direito e Justiça”.

⁸ V. DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (III). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 29.6.2008, “Direito e Justiça”.

Com a publicação dos anteprojetos de reforma, em junho do ano seguinte, foi constituída uma Comissão Revisora, através da Portaria nº 349, publicada no *Diário Oficial da União* de 17 de setembro de 1993, presidida pelo ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira, e composta por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Nabor Bulhões, Aristides Junqueira de Alvarenga, Cid Flaquer Scartezini, Edson Freire O’Dwyer, José Barcelos de Souza, Fátima Nancy Andrichi, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marco Aurélio Moreira de Oliveira, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, e Weber Martins Baptista, bem como Luiz Flávio Gomes, representante do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Após várias reuniões plenárias e formação de grupos de trabalho, foi instituída uma Comissão de Sistematização, integrada pelos professores Antônio Magalhães Gomes Filho, Luiz Flávio Gomes e Rogério Lauria Tucci, cujo resultado foi a publicação, no *Diário Oficial da União* de 25.11.1994, de 16 anteprojetos modificativos do CPP, abrangendo o inquérito policial, procedimento ordinário, procedimentos sumário e sumaríssimo, suspensão condicional do processo, prova ilícita, prova pericial, prova testemunhal, defesa efetiva, citação por edital e suspensão condicional do processo, intimação, prisão e demais medidas restritivas, fiança, prisão temporária, agravo, embargos e Tribunal do Júri. A setorização dos projetos de reforma era uma estratégia para viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, seguindo a lógica anteriormente aplicada à reforma do CPC. A Comissão procurou detectar os pontos de estrangulamento da então atual legislação, aproveitar ao máximo possível as normas já existentes e abandonar divergências meramente acadêmicas, com o objetivo de alcançar soluções ágeis e desburocratizantes, aptas a tornar efetiva a tutela jurisdicional penal.⁹

Entre as principais alterações apresentadas merecem destaque: (a) no procedimento ordinário: contraditório prévio ao recebimento da acusação, oralidade, imediação, concentração dos atos processuais e identidade física do juiz; (b) nos procedimentos sumário e sumaríssimo: instrução e interrogatório em audiência única; (c) no procedimento do Tribunal do Júri: supressão do libelo, saneamento do processo, alterações na forma de escolha e convocação dos jurados e da pauta de julgamento, modificações do desaforamento, acrescentando-se a hipótese de ausência de julgamento por excesso de trabalho, julgamento sem a presença do réu, com ampliação da garantia constitucional do silêncio e supressão do recurso de protesto por novo júri;¹⁰ (d) definição de infração penal de menor potencial ofensivo: contravenções penais e crimes cuja pena máxima não fosse superior a dois anos de detenção, com adoção do procedimento sumaríssimo, reparação dos danos ou suspensão condicional do processo em sua impossibilidade; (e) proteção da pessoa da vítima, com a fixação de um valor indenizatório mínimo, sem prejuízo da liquidação e execução da sentença penal condenatória; (f)

⁹ Em MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Proposta de Alteração do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica*, nº 212, ano XLIII, junho de 1995, p. 112-113.

¹⁰ DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (III). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 29.6.2008, “Direito e Justiça”.

regulamentação das intimações dos advogados e defensores públicos; (g) introdução do agravo retido e deinstrumento, com efeito suspensivo, quando pudesse resultar dano de difícil reparação; (h) uniformização dos prazos dos embargos de declaração e dos infringentes, como os do processo civil; (i) suspensão do processo e do prazo prescricional na ausência do réu ou de constituição de defensor; (j) prosseguimento do processo sem a presença do réu quando, citado ou intimado pessoalmente, não comparecesse, e quando não comunicasse o novo endereço; (k) suspensão condicional do processo nas infrações cuja pena atribuída não fosse superior a dois anos e o réu preenchesse determinados requisitos de merecimento; (l)¹¹ dispensabilidade do inquérito policial nas infrações de menor potencial ofensivo; (m) modificações na Lei da Prisão Temporária, principalmente quando o delito envolvesse policiais; (n) aprimoramento do instituto da fiança; (o) separação obrigatória dos presos provisórios dos condenados definitivos; (p) introdução de medidas alternativas à prisão provisória; (q) cautelar de afastamento do funcionário do exercício de suas funções públicas, bem como a vedação de participação em licitações e contratos com a administração pública, empresas públicas e sociedades de economia mista, em determinados delitos; (r) necessidade de o magistrado manifestar-se, de forma fundamentada, acerca da prisão ou de outra medida restritiva, quando da pronúncia; (s) regulamentação da prova pericial e testemunhas, com inadmissibilidade da prova ilícita.

As propostas foram reunidas em seis projetos distintos e encaminhadas pelo ministro da Justiça Alexandre Dupeyrat Martins ao presidente Itamar Franco (exposições de motivos nºs 605, 606, 607, 608, 609 e 610 de 27 de dezembro de 1994) e remetidas, dois dias após, à Câmara dos Deputados. O PL nº 4.895/95 disciplinava o inquérito policial, mas foi retirado, em junho de 1996, em face da aprovação da Lei nº 9.099/95; o PL nº 4.896/95 tratava da ilicitude probatória e também foi retirado em janeiro de 1996; o PL nº 4.897/95 foi transformado na Lei nº 9.271/96, e alterado o art. 366 do CPP, acerca da suspensão do processo e do prazo prescricional na citação por edital, diante do não comparecimento do réu e nem da constituição de defensor; o PL nº 4.898/95 que tratava da prisão cautelar foi retirado pelo Poder Executivo, sob a alegação da necessidade de reexame da matéria; o PL nº 4.899/95 foi encaminhado ao Senado em janeiro de 1996, transformado em PLC nº 07/1996, mas foi retirado pelo Poder Executivo quatro meses depois; o PL nº 4.900/95 referente ao Tribunal do Júri foi retirado em 1996, através da Mensagem nº 97/1996, sob a justificativa de que o assunto havia sido objeto de análise

¹¹ Consta da Exposição de Motivos ao Projeto de Reforma que visava alterar o Capítulo VII do Título II do Livro II do CPP, que em alguns casos já no início do procedimento se vislumbrava a possibilidade de suspensão condicional da pena em caso de eventual condenação, ante a constatação das condições subjetivas do réu (primariedade e bons antecedentes), motivo pelo qual se afigurava razoável a presunção de que não tornaria a delinquir. Por isso, e porque admitida a concepção de que o processo foi criado em favor do acusado, “para permitir-lhe provar que não praticou o ilícito”, nessas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo e quando vislumbrada a possibilidade de suspensão condicional da pena o juiz poderia, ouvidas as partes, propor a suspensão condicional do processo por um a três anos. (Ministério da Justiça. Proposta de Alteração do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica*, nº 212, ano XLIII, junho de 1995, p. 123-124).

no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, mormente acerca da eliminação do libelo e do recurso de protesto por novo júri, do julgamento sem a presença do réu e da ordem dos quesitos.

A retirada da maioria dos projetos influenciou, segundo Dotti, a renúncia do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.¹²

4.5 Comissão Grinover (1999)

Em janeiro de 2000 foi instituída, através da Portaria nº 61, pelo ministro da Justiça, uma nova comissão, sob a presidência de Ada Pellegrini Grinover, para apresentar propostas de reforma ao CPP, composta por Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, substituído por Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. Diante da demora nas reformas dos Códigos, a Comissão optou por uma reforma setorial do CPP, considerando o trabalho já desenvolvido pela Comissão Sálvio de Figueiredo Teixeira. A cada membro da Comissão tocou o estudo e elaboração de uma proposta específica: Ada Pellegrini Grinover – provas ilícitas; Antônio Magalhães Gomes Filho – investigação policial; Antônio Scarance Fernandes e Nizardo Carneiro Leão – prisão preventiva; Luiz Flávio Gomes – interrogatório; Petrônio Calmon Filho – procedimentos; Sidnei Beneti – recursos.

Os temas propostos à modificação foram aglutinados em várias propostas, as quais foram identificadas no Congresso Nacional sob oito projetos de lei. O Projeto de Lei nº 4.203/01 modificava o procedimento perante o Tribunal do Júri, tendo sido transformado na Lei nº 11.689/08. Dentre as principais inovações merecem destaque a abolição do protesto por novo júri e a reformulação do sistema de quesitos, iniciativa essa já desenhada no Anteprojeto Frederico Marques e acolhida por Dotti no intuito de simplificar as perguntas formuladas aos jurados e, com isso, por fim à denominada *usina de nulidades* desse procedimento especialíssimo.¹³ O Projeto de Lei nº 4.204/01 trata do interrogatório do réu e da defesa efetiva e segue em tramitação na Câmara dos Deputados.¹⁴ A matéria por ele proposta, no entanto, foi incluída na Lei nº 10.792/03, cujo projeto originário tramitava sob nº 5.073/01; o Projeto de Lei nº 4.205/01 tratava da prova e sua ilicitude, tendo sido transformado na Lei nº 11.690/08; o Projeto de Lei nº 4.206/01 altera o regramento dos recursos e das ações de impugnação, tendo sido

¹² V. DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (I). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 29.06.2008, “Direito e Justiça”.

¹³ V. DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (V a IX). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 13.07.2008 a 10.08.2008, “Direito e Justiça”.

¹⁴ Conforme informação divulgada no site da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br) em 27.05.2014, por meio do serviço de consultas de tramitação das proposições legislativas, a ele foi apensado recentemente, em 28.05.2012, o Projeto de Lei nº 3.857/2012, que dispõe sobre a gravação do interrogatório realizado no inquérito policial, não tendo sido apreciado em três sessões de 2014, em face do encerramento da sessão.

enviado ao Senado Federal em 27.2.2009; o PL nº 4.207/01 acerca dos procedimentos, da *emendatio e mutatio libelli* e da suspensão condicional do processo foi transformado na Lei nº 11.719/08, tendo recebido alguns vetos; o Projeto de Lei nº 4.208/01 acerca da prisão e das medidas cautelares alternativas foi transformado na Lei nº 12.403/11; o Projeto de Lei nº 4.209/01 refere-se à investigação criminal, tendo sido enviado ao Senado Federal em 19.12.2008; e o Projeto de Lei nº 4.210/01, acerca da prisão especial, foi transformado na Lei nº 10.258/01.

Portanto, ainda tramitam no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.206/01, referente aos recursos e às ações autônomas de impugnação, o Projeto de Lei nº 4.209/01, referente à investigação criminal, e o Projeto de Lei nº 4.204/01, referente ao interrogatório e à efetividade do direito de defesa, embora a matéria objeto desse último tenha sido incluída na Lei nº 10.792/03.

4.6 Projeto 156 do Senado da República

A política de reformas parciais do Código de Processo Penal, adotada pela Comissão Sálvio de Figueiredo e posteriormente seguida pela Comissão Pellegrini Grinover, se por um lado facilitou a aprovação de alguns dos projetos de lei resultantes dos trabalhos das comissões, por outro lado gerou um emaranhado legislativo em matéria processual penal que culminou por retirar a coerência sistêmica inerente à concepção de Código. Diante dessa realidade, o Presidente do Senado Federal, José Sarney, nomeou uma comissão de juristas à qual foi atribuída a tarefa de elaborar um projeto de reforma global do CPP, Presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Hamilton Carvalhido, a comissão era composta por Antonio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. Os trabalhos se pautaram na premissa da superação definitiva do atual CPP, por questões históricas, teóricas e práticas.¹⁵

Após várias audiências públicas, encontros e debates, foi elaborado um anteprojeto e encaminhado ao Senado, onde recebeu o nº 156/2009 (PL 156). Sua exposição de motivos enfatiza a incompatibilidade manifesta e inquestionável entre os modelos normativos do CPP de 1941 e da CF de 1988, essencialmente em razão de que a “configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional”, apontando como referência a concepção de que as *garantias* e *favores* são tidos como sinônimos e motivos da defeituosa e retardatária repressão à criminalidade.

Entre as principais inovações, há que ser destacada a expressa referência à estrutura acusatória do processo e a vedação à iniciativa do juiz na fase de investigação, no

¹⁵ V. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, apresentada pela referida Comissão ao Senado Federal em 2009. Disponível em: <www.senado.gov.br>.

intuito de “preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes”, reconhecendo, na função jurisdicional, a importante missão de zelar pelas liberdades individuais, e não pela qualidade da investigação. Contudo, foram mantidos os poderes de atuação *ex officio* do magistrado uma vez iniciado o processo e provocada a jurisdição. Um dos pontos mais polêmicos foi a introdução do instituto do *juiz das garantias*, com competência para atuar especificamente na fase preliminar do processo penal, como *garante* dos direitos individuais dos investigados, controlador da legalidade da *persecutio criminis*. O projeto fixa um prazo máximo de 90 dias à conclusão da investigação, em caso de suspeito solto, com possibilidade de prorrogação por até 720 dias e previsão de arquivamento do inquérito. No que tange à ação processual penal, as hipóteses de iniciativa privada é substituída pela iniciativa do MP, mediante representação. Também, se observa um incremento de da composição civil na esfera criminal, como forma de evitar toda a dimensão do processo penal, nos delitos patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, atribuindo-lhe o efeito extintivo da punibilidade. Prevê o PL nº 156 o instituto da adesão civil da vítima ao processo, reconhecendo o seu interesse na sentença penal condenatória e a possibilidade de arbitramento de indenização por danos morais.

Também podemos sublinhar os seguintes pontos do PL nº 156: (a) a abertura do rol de hipóteses de suspeição do julgador; (b) o reconhecimento do direito à defesa técnica efetiva, exigindo-se manifestação fundamentada do defensor em todas as oportunidades do processo; (c) o reconhecimento do interrogatório como meio de defesa e o consequente adiamento do interrogatório policial quando, por ocasião do auto de prisão em flagrante, “não se puder contar com a assistência de advogado ou defensor público no local”; (d) a possibilidade de deslocamento da competência, mediante requerimento do Procurador-Geral da República, ao Superior Tribunal de Justiça, em casos de grave violação de direitos humanos; (e) a possibilidade de ser aplicada imediatamente, no procedimento sumário, a pena mínima ou reduzida nos delitos cuja pena máxima seja igual ou inferior a 8 anos, quando confesso o réu e ajustada a sanção entre acusação e defesa, em atenção às exigências de celeridade e efetividade do processo; (f) a simplificação dos quesitos no procedimento do júri; (g) a sistematização do sistema recursal, com a criação do agravo de instrumento para atacar as interlocutórias previstas em lei e restrição dos embargos infringentes; (h) a limitação do *habeas corpus* às hipóteses de prisão ou iminência de restrição da liberdade; (i) a possibilidade de provimento judicial monocrático quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF, do STJ ou do próprio tribunal onde estiver o recurso; (j) a iniciativa probatória das partes, sendo permitido ao juiz apenas a determinação subsidiária de diligências para esclarecer dúvida sobre as provas produzidas pelas partes.

No que tange às medidas cautelares, a comissão tomou como norte quatro diretrizes: (a) observância do princípio constitucional da não culpabilidade; (b) com-

preensão do processo cautelar nos limites da estrutura básica do modelo acusatório; (c) observância do princípio da proporcionalidade; (d) a observância do princípio da razoável duração do processo. Com isso, foi instituído um rol de medidas alternativas à prisão preventiva, revitalizado o instituto da fiança, vedadas as cautelares inominadas e proibida a imposição de medida cautelar mais grave que a pena a ser imposta em caso de eventual condenação. Dezesseis cautelares pessoais alternativas foram reguladas: prisão provisória; fiança; recolhimento domiciliar; monitoramento eletrônico; suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública; suspensão das atividades de pessoa jurídica; proibição de frequentar determinados lugares; suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; proibição de ausentar-se da comarca ou do país; comparecimento periódico em juízo; proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; suspensão do poder familiar; bloqueio de endereço eletrônico na internet; liberdade provisória.

O anteprojeto elaborado pela comissão de juristas foi apresentado ao Senado em 2009 e passou pela revisão de uma Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, coordenada pelo senador Renato Casagrande. O projeto recebeu várias sugestões de associações de classe e instituições e dos próprios parlamentares, tendo o relator apresentado ao Plenário do Senado Federal um substitutivo com algumas modificações. Entre elas, por exemplo, foi a retomada do controle do juiz sobre o arquivamento do inquérito policial que, no anteprojeto havia sido atribuído ao próprio Ministério Público, bem como o retorno do número de sete jurados integrantes do conselho de sentença no procedimento do Tribunal do Júri que, no anteprojeto havia sido definido em oito, a fim de garantir a maioria absoluta para os casos de condenação. Em 8 de dezembro de 2010 o substitutivo foi submetido à votação e aprovado no Plenário do Senado Federal, tendo sido encaminhado à Câmara dos Deputados para deliberação no mesmo ano, onde recebeu o número 8.045/10 (PL nº 8.045/10). Foi determinada a criação de uma Comissão Especial para analisá-lo.

Ainda, em 2010 foi apresentado, na Câmara dos Deputados, pelo parlamentar Miro Teixeira, um Projeto de Lei tendente à reforma global do CPP, o qual recebeu o nº 7.987/10 e foi apensado ao PL nº 8.045/10, por versarem sobre o mesmo tema. Em suma, o PL nº 7.987/10 segue a mesma linha do PL nº 156/09, com algumas modificações, das quais merecem destaque: (a) a ampliação da vedação da atuação de ofício do juiz para qualquer fase do procedimento; (b) a vedação expressa da investigação pelo Ministério Público; (c) a substituição do título do Capítulo II do Código, de *juiz das garantias* para *atividade jurisdicional no curso da investigação criminal*, mantendo, no entanto, o conteúdo da regulamentação da atividade do juiz na fase investigatória como disciplinado no PLS nº 156/09; (d) a ausência de um prazo limite à conclusão das investigações preliminares; (e) a manutenção da decisão sobre o arquivamento do inquérito policial no âmbito do Ministério Público, com a possibilidade de recurso do ofendido à instância

competente da própria instituição; (f) a retirada do instituto da adesão civil da vítima; (g) a retomada do sistema de quesitação no procedimento do júri regulado pela Lei nº 11.689/08; e (h) a retirada da possibilidade de aplicação de pena antecipada e reduzida, quando negociada pelas partes e confesso o réu.

No ano de 2011, no entanto, foi aprovada a Lei nº 12.403/11, que tem na sua origem o Projeto de Lei nº 4.208/01, elaborado pela Comissão Grinover, cujo conteúdo versa sobre as medidas cautelares pessoais, estabelecendo um leque de medidas alternativas à prisão, dando nova configuração ao flagrante e à prisão preventiva.

Na Câmara dos deputados, o Projeto nº 8.045/10 aguarda a constituição da Comissão Temporária da Mesa.¹⁶

5 Críticas as denominadas reformas parciais de 2008

As ditas reformas do processo penal de 2008, apesar da fragmentação e de algumas fissuras provocadas, mantiveram a base epistemológica da década de 1940, com frágeis interrogantes constitucionais. Alguns padrões de conexão com a Constituição Federal e com os diplomas internacionais humanitários, em razão de sua debilidade, desaparecem nas forças de cooptação e das exigências diáticas de resposta polícial e penológica severa. Foi mantida a falta de conectividade entre as próprias partes lançadas no mundo da existência processual. O exigir de um todo padronizado, mecânico, de conveniência e utilidades presentes, cede, a largas passadas, diante da necessidade de uma clara e objetiva dinamicidade, mas orgânica, funcional e sistêmica, para todos e não só para os eleitos (excluídos do sistema criminal). A dinamicidade da sociedade produz situações que buscam soluções na organização política e jurídica do Estado, aquele que fixa as regras, mas que, na *law in action*, recebem uma carga para além de seus criadores. A pena criminal tem aplicação exclusiva no processo penal, conduzido por um órgão oficial, cujos mecanismos, segundo a política criminal oficial, devem dar uma resposta rápida, utilitária e eficiente à criminalidade, pois é tida como a única via à solução da problemática brasileira. O aumento da criminalização de condutas e o da criminalidade estão esgotando a capacidade do processo penal. As arcaicas estruturas permanecem incólumes, numa aparência de funcionalidade e com poucos interrogantes. As soluções apresentadas, mesmo no início do milênio, situaram-se na superficialidade digitalizada da aceleração e da quantidade (política de metas), na doce ilusão de que, quanto mais respostas, mais soluções existirão.

As tentativas de situar o processo penal brasileiro no plano constitucional e humanitário fracassaram de forma olímpica. Um processo penal com bases constitucionais e humanitárias desvincula-se da unicidade processual, ou seja, de uma teoria geral para todos os ramos do processo, prioriza o substancialismo constitucional e os diplomas internacionais protetivos dos direitos humanos.

¹⁶ Ver: <www.camara.org.br>. Acesso em: 27 maio 2014.

O modelo ideológico que serviu de base ao processo penal da década de quarenta, praticamente, manteve-se intacto. Isso se observa na autorização legal de o magistrado determinar a prova, independentemente de pedido dos sujeitos processuais (art. 156 do CPP), inclusive antes de iniciada a ação processual penal (inciso I). Dessa forma, potencializou-se o poder instrutório do julgador no que tange ao que dispunha o artigo 156 do Código de Processo Penal, em sua redação anterior, na medida em que se facultou ao magistrado agir de ofício, mesmo antes de formalizada a pretensão acusatória pelo Ministério Público. Potencializou-se, também, a valorização dos elementos colhidos sem o contraditório, pois o artigo 157 do Código de Processo Penal não autorizava o magistrado a utilizar os elementos colhidos na fase investigatória (referia que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova). Sabe-se que, na *law in action*, esses elementos, mesmo quando eram colhidos sem o contraditório (portanto, não eram provas), recebiam consideração valorativa. Porém, o legislador de 2008, no artigo 156 do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei nº 11.690/08), expressamente autoriza, mesmo que subsidiariamente, a fundamentação da decisão judicial nos elementos informativos colhidos na investigação. Portanto, a política criminal, além de manter o perfil inquisitorial (atuação de ofício durante a instrução), o potencializou (atuação de ofício na fase investigatória e na instrução).¹⁷

Permanece a redação do *caput* do artigo 157 do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz formará sua convicção pela livre, nem tão livre, apreciação da prova. Entretanto, a redação do atual artigo 155 do Código de Processo Penal contamina a avaliação da prova pela consideração de elementos colhidos sem o contraditório, embora o início da redação considere como prova o que foi produzido sob o crivo do contraditório judicial.

Não havia disposição no Código de Processo Penal acerca da ilicitude probatória. Porém, o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal já era claro (são inadmissíveis, no processo penal, as provas obtidas por meios ilícitos). Não há nenhum avanço legislativo em temas de licitude ou ilicitude probatória, salvo a determinação de inutilização da prova ilícita. Tímido avanço, comparado com a expressa admissibilidade parcial da prova ilícita por derivação e pela contaminação gerada no processo pelo arsenal da ilicitude, somente extirpado do processo quando preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível. Ademais, o magistrado continuará no processo, diante do veto ao § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal (o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão).

Reduziu-se o espectro de garantias da prova pericial. Os exames de corpo de delito e as perícias, conforme artigo 159 do Código de Processo Penal, eram realizados por dois peritos oficiais. Embora a redação atual do referido dispositivo tenha passado a exigir

¹⁷ A falta de motivação própria, ocorrida por meio de transcrições de pareceres da acusação, ou mesmo de decisões anteriores, sem outras considerações, maculam a garantia constitucional da motivação de todos os atos judiciais. A própria sistemática da disposição ritualística das sessões, encontra-se fora da compreensão dos papéis de cada sujeito envolvido no julgamento.

dos peritos oficiais o diploma de curso superior, admite a perícia realizada por somente um perito oficial. No que tange aos peritos não oficiais, o parágrafo 1º do artigo 159 do Código de Processo Penal, não exige diplomação na área específica (preferencialmente), embora devam ter habilitação técnica nesta.

A nova redação do artigo 201 do CPP incrementou o ativismo do ofendido no processo penal, com nítida mostra do expansionismo do Direito Penal e do Processo Penal na política criminal,¹⁸ revelado também no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal (o juiz, ao proferir sentença condenatória: fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido). A possibilidade de a vítima ser reparada no âmbito criminal pode receber justificativa nas infrações penais de menor potencial ofensivo, em que essa reparação evita o exercício da ação processual penal, a incidência do *ius puniendi*, mas não como forma de incrementar o polo acusatório. Ocorre que a reforma potencializa o desequilíbrio do processo penal, contrariamente à defesa, pois a comunicação à vítima dos atos processuais, sem que tenha se habilitado no processo, possibilita que constitua advogado e se habilite no processo, atuando no polo acusatório. Fixar uma indenização com base em quê? Haverá busca da prova nesse sentido, desvirtuando a função do processo penal. Ademais, o artigo 201 do Código de Processo Penal determina a reserva de um espaço separado à vítima (§ 4º), seu encaminhamento para atendimento multidisciplinar, especialmente psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado (§ 5º), bem como a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem (§ 6º), sem reconhecer igual tratamento ao acusado.

Embora o Código de Processo Penal esteja se afastando do medievalismo metodológico da busca da prova, com a admissibilidade do *cross examination* (perguntas diretas das partes às testemunhas)¹⁹ e da adoção do auxílio de novas tecnologias (videoconferência) esse distanciamento não foi tão representativo, na medida em que o artigo 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal autoriza ao magistrado a complementação da inquirição. Além disso, não vem acompanhado de medidas protetivas dos direitos fundamentais do imputado. No que tange ao *cross examination*, há o perigo da desvirtuação subjetiva no momento dos questionamentos diretos do Ministério Público e da defesa

¹⁸ V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999, p. 36-43. A crescente demanda processual sepulta a necessária discussão dialética de todos os casos, havendo necessidade de redimensionamento do segundo grau jurisdicional, com repensar dos julgamentos coletivos, cada vez mais raros (uma das teses possíveis é julgar em segundo grau com um, dois, três, dependendo da gravidade e complexidade do caso, por exemplo).

¹⁹ V. TONINI, Paolo. *La prova penale*. Milão: Cedan, 2000, p. 130-137, acerca das várias modalidades do denominado exame cruzado, "*esame incrociato*", o qual se origina na prática secular oriunda dos ordenamentos jurídicos anglo-americanos. Este exame cruzado apresenta três modalidades: exame direto, contraexame e reexame. No primeiro, a parte que arrolou a testemunha é quem formula as perguntas; no contraexame, a outra parte tem a faculdade de perguntar e no reexame a parte que primeiro perguntou poderá formular novas perguntas. Em nosso modelo, não há previsão de novas perguntas à testemunha, embora isso não seja vedado. O importante é a manutenção de iguais oportunidades às partes.

às testemunhas, motivo por que se faz necessária a filtragem judicial (inadmissibilidade das perguntas sugestivas e indutoras das respostas, perguntas que não interessarem aos fatos e circunstâncias do processo, mas somente à curiosidade do interrogante, *v. g.*). Nada se questiona acerca das vantagens de ser feito o relato livre da testemunha, antes das perguntas das partes.

Além da relação poder-saber (Foucault), a dinâmica no processo penal se estabelece na bipolarização entre a força exercida à incidência da potestade punitiva e a resistência à manutenção da presunção de inocência, do *status libertatis*. Nessa verdadeira dinâmica processual, interferem sobremaneira as estratégias das partes, sem olvidar o fator sorte (sorteio dos jurados, da vara criminal, da câmara criminal, da turma recursal, do relator, *v. g.*). O poder de acusar do Estado, atribuído ao Ministério Público (art. 129, I, CF), se consubstancia na dedução de uma acusação, direcionada à aplicação de sanções criminais, no âmbito de um processo penal estatal. Por isso, o poder de aplicar as sanções criminais o Estado outorga ao magistrado, com exclusividade. A resistência processual penal se dá pela defesa técnica obrigatória, bem como pela defesa pessoal facultativa (interrogatório, interposição de recurso, *v. g.*). A preservação de iguais oportunidades e a manutenção desse dinamismo processual dentro da esfera da constitucionalidade é tarefa do magistrado. Tudo isso se desenvolve dentro de uma ritualística processual.

No que tange à ritualística processual, percebeu-se o claro surgimento de verdadeiras fórmulas mágicas para solucionar a morosidade dos processos: audiência única, identidade física do juiz, engessamento temporal, supressão de recursos, simplificação superficial, acopladas sobre uma estrutura arcaica, de baixa potencialidade constitucional, ambientadas na década de 1940. Nessa perspectiva, o mito da aceleração do processo e das respostas processuais, sempre prontas, determinadas e acabadas em um único direcionamento, situaram-se na ingenuidade da existência de uma única perspectiva da velocidade do tempo, olvidando a mutabilidade constante e a transição permanente. A busca da padronização em rede dos procedimentos não se alheou ao fenômeno da superposição (aplicação dos artigos 395, 396 e 397 a todos os procedimentos de primeiro grau), da justaposição e da junção dos opostos. O dito “novo” foi o resultado da reciclagem, com manutenção da perspectiva mecanicista, de uma razão, de uma resposta e do monólogo científico e hermético, reduzido e fechado em si mesmo, sem comunicação com outros saberes, distante de uma possível integração e de multiplicidade de relacionamentos endo e extraprocessuais. Com isso, potencializaram-se o risco e a insegurança no âmbito do processo penal.

As novas perspectivas exigem rompimento com o entulho autoritário e repressivo, historicamente herdado, e imersão do processo penal na complexidade contemporânea. As pretendidas reformas mantiveram a estrutura inquisitória da década de quarenta: a valoração subsidiária dos atos de investigação, o incremento da atuação *ex officio*, a admissibilidade da perícia com um só perito, a potencialização da vítima no processo penal, a deficiente regramento dos quesitos no tribunal do júri, a superposição de procedimentos criminais, a citação por hora certa, contrária à Convenção Americana dos Direitos Humanos.

6 Considerações finais

O Código de Processo Penal, concebido na década de 1940, tem perfil essencialmente inquisitorial, marcadamente no que tange à prova e na atuação do magistrado. Alguns meios de prova e certos meios de busca da prova foram regulamentados e algumas leis esparsas regulam outros meios de busca de elementos probatórios, tais como as interceptações de comunicações, de dados informáticos e telemáticos, captação e interceptação ambiental, infiltração de agentes, por exemplo. A ausência de um regramento claro de toda a sistemática probatória, mormente dos meios de prova e dos limites impostos à sua admissibilidade, é um fenômeno típico do modelo inquisitorial de processo ou de um paradigma com forte tendência inquisitorial. Por outro lado, no modelo acusatório de processo, a prova recebe uma objetiva e completa regulamentação. Não é o que se observa do Código de Processo Penal brasileiro da década de quarenta; tampouco isso se pode inferir das leis que, de forma assimétrica, prevêm alguns meios diferenciados para colher a prova. A falta de uma consistente regulamentação advém do perfil inquisitorial que sustenta o nosso Código de Processo penal e toda a legislação engendrada posteriormente.

No processamento ao estilo inquisitório, anunciado no IV Concílio de Latrão, apresentado organicamente na primeira metade do século XIII, cujo apogeu é alcançado com a Ordenança Francesa de 1679 (segredo, ausência de contraditório, passividade do imputado – quem está obrigado a falar –, confissões sob tortura, atuação *ex officio* do juiz, mormente na busca da prova), o magistrado, comprometido ideologicamente, de expectador impassível, segundo Cordero, “se converte em protagonista do sistema”, em órgão militante, ator, em inquisidor a elaborar “hipóteses paranóides”, e “combate potências maléficas, em uma cruzada cotidiana”, sendo “mérito seu que o mundo termine devorado pelo demônio”. Nessa perspectiva, o acusado é um ser que nasce culpado e deve ser explorado a fundo, devendo confessar. Basta escavar em algum lugar para que aflore o mal, nele contido.

Nesse modelo inquisitorial, o juiz é senhor o todo poderoso, representante divino ou dos aristocratas e monarcas contemporâneos, um ser intocável, insuspeito, ungido contra qualquer voz crítica, um ser acima dos demais agentes processuais, com mais poderes, inclusive probatórios, que as próprias partes. Por isso, há justificativa, nesse modelo, para que o mesmo sujeito seja magistrado, acusador e defensor, concomitantemente. Assim, mesmo sem pedido das partes, pode ouvir testemunhas, decretar prisões sem provocação, determinar meios de prova e modificar a metodologia probatória proposta pelas partes e até recorrer em nome da acusação (mesmo que veladamente e em nome da lei), de sua própria decisão (recursos *ex officio*).

Nessa senda, o julgador busca e, ao mesmo tempo, valora o meio de prova e a metodologia da busca dessa prova, como lícitas; atua ativamente na busca da prova e depois a processa valorativamente. Como, nesse modelo inquisitorial, avaliar negativamente o resultado, a prova em si, posteriormente, no momento da decisão? Só assim, para esse

sistema, chega-se à “verdade” e, indo além, atingindo-se a “verdade material” (mesmo com a tortura, no modelo inquisitivo, pois era o meio clássico de “arrancar a verdade”), contra a natureza e a realidade das coisas do mundo humano, por isso, imperfeito. Então, por que regulamentar as questões referentes à prova? É o magistrado quem determina as regras! Quanto menos regras, menos limites à atuação Estatal. Regulamentar significaria delimitar os poderes das partes e do Estado-Juiz; significa filtrar condenações a qualquer preço, preconcebidas e tidas como necessárias por algumas concepções de atuação ilimitadas dos agentes oficiais.

O atual Código de Processo Penal recebeu nítida influência do Código de Processo Italiano de 1930, o qual foi gestado por Vincenzo Manzini, “penalista casuísta, raivosamente partidário da tradição inquisitorial italiana”, cujas objeções foram defendidas pelo Ministro Alfredo Rocco, “de tendência nacionalista, hábil jurista, cultivador de uma filosofia política simples, com fundo paranóide, além de ser artífice legal da incipiente ditadura”. Os trabalhos preparatórios concebiam o debate contraditório e as garantias como “animais selvagens que deveriam ser destruídos sem piedade”. O referido Código Rocco, assim denominado, era dotado de um invejável “espírito reacionário”, onde o Ministério Público era um “*medium* do Poder Executivo”, “equiparado ao juiz”, e a defesa, em nome do segredo, como regra, era considerada supérflua. Os acusados, nesse modelo, são presumidamente culpados e sobre eles recai a regra da prisão, cuja detenção preventiva é indefinida; desaparecem as nulidades absolutas (o silêncio do interessado sana toda nulidade), os recursos são obstaculizados por disposições taxativas, inclusive quando o acusado se oculta ou foge. Segundo Cordero, Manzini e Rocco “trabalharam muito bem”. Somente em 1955 é que o legislador pós-fascista reassumiu algumas garantias, tais como o prazo máximo da prisão preventiva, defesa instrutória, nulidades absolutas. Desenvolveu-se uma “linha inquisitorial com garantias”, um “ambíguo garantismo inquisitório”, um “corpo com duas cabeças”, sem alteração das estruturas, o que se denominou de processo misto, com um estilo inquisitorial na investigação, a qual é valorada na fase judicial (instrução secreta e debate contraditório).

7 Consultas

ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos n. 212, de 09 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 1º de julho de 1983, seção I, suplemento, p. 73-81.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal em Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*. Torino: Utet, 2007.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

- CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Milão: Giuffrè, 1966.
- _____. *Criminalia*. Nascita dei sistemi penali. Roma: Laterza, 1986.
- _____. *Che cos'è la giustizia?* Roma: Luca Sossella editore, 2007.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel no novo juiz no processo penal. In: _____. (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3 a 55.
- DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático tribunal do júri. *Paraná Online: Direito e Justiça*, 15 de junho de 2008. Disponível em: <www.parana-online.com.br>.
- GARLATI, Loredana (org.). *L'inconscio inquisitorio*. La heredità del código rocco nella cultura processual penalística italiana. Milão: Giuffrè, 2010.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. Salvador: JusPodium, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Anteprojetos de lei de reforma do Código de Processo Penal: entregues ao Ministério da Justiça em 6 de dezembro de 2000*. Disponível em: <www.tj.ro.gov.br>.
- LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale penale*. Napoles: Jovene, 1961. t. 1.
- LOPES JR. Aury. *Processo penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARQUES, José Frederico 1997. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Book-seller. v. 1.
- MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001.
- MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad*. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thomson/Civitas, 2008.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal*. Evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal, conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Código de Processo penal: proposta de alterações. *Revista Jurídica Mineira*, Belo Horizonte, v. 11, nº 110, p. 7-10, nov./dez. de 1994.