

PARECER Nº , DE 2007

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 37, de 2007, que *altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências*.

RELATOR: Senador **MOZARILDO CAVALCANTI**

I – RELATÓRIO

Vem a esta Comissão, para análise, nos termos do art. 101, II, *d*, do Regimento Interno do Senado Federal, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 37, de 2007 (nº 4.205, de 2001, na origem), que *altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências*, de iniciativa do Presidente da República.

A presente proposição remonta aos trabalhos de Comissão instituída pelo Ministério da Justiça, em janeiro de 2000, composta pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrônio Calmon Filho, que a secretariou, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti.

Da Justificação do Projeto de Lei, consubstanciada na Exposição de Motivos encaminhada ao Presidente da República, convém destacar a fundamentação constitucional que o inspirou:

A Constituição de 1988, ao garantir *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa* (art. 5º, inciso LV), assegura às partes a participação efetiva nas atividades processuais, especialmente aquelas em que se forma o material probatório que servirá de base para a decisão.

(...)

O art. 5º, inciso LVI, da Constituição de 1988, consolidou a posição internacional no sentido da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos. E a doutrina entende por prova ilícita a colhida infringindo normas ou princípios colocados pela Constituição, para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF), as conseguidas mediante torturas ou maus tratos (art. 5º, III, da CF), as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF).

Propugnava o Projeto de Lei, em sua redação original, a atualização dos dispositivos constantes dos arts. 155, 156, 157, 159 e 212 do Código de Processo Penal, de forma a adequá-los ao texto constitucional.

Na Câmara dos Deputados, a presente proposição foi distribuída à Comissão de Constituição, Justiça e de Redação, onde restou aprovada, à unanimidade, sem quaisquer alterações, nos termos do parecer relatado pelo Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL.

Naquela oportunidade, no entanto, vale registrar ter sido oferecido voto em separado pelo Deputado LUIZ ANTONIO FLEURY FILHO que defendia a necessidade de substancial alteração no projeto, em especial para propor a instituição Capítulo referente aos *Direitos do Ofendido e das Testemunhas*, bem como outras alterações adicionais aos dispositivos constantes dos arts. 158, 160, 162, 165, 201, 202, 203, 204, 217, 219, 222 e 370, todos do Código de Processo Penal.

Mais recentemente, quando o Projeto de Lei foi submetido à apreciação final da Casa de Origem, o novo relator, Deputado VALTENIR PEREIRA, houve por bem acatar substitutivo apresentado na forma de emenda de Plenário, de autoria dos Deputados JOÃO CAMPOS, CARLOS SAMPAIO, VINÍCIUS CARVALHO, LAERTE BESSA, MARCELO ITAGIBA, FLÁVIO DINO e JOSÉ EDUARDO CARDOZO.

É na redação desse substitutivo – que prestigiou tanto os trabalhos da Comissão de Juristas, ao propor poucas modificações ao texto inicialmente previsto para os novos arts. 155, 156, 157, 159 e 212, do Código de Processo Penal (CPP), quanto a iniciativa do Deputado FLEURY FILHO, ao incluir alterações também aos arts. 201, 210, 217, 222 e 386, do mesmo Código – que o Projeto de Lei da Câmara nº 37, de 2007, chega ao Senado Federal para exame.

Em apertada síntese, as alterações pretendidas são as seguintes:

- a) no art. 155 do CPP, vedar que o magistrado possa fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos colhidos na fase de investigação criminal;
- b) no art. 156, aprimorar e atualizar o texto do dispositivo para prever a possibilidade de o juiz, de ofício, ordenar a produção antecipada de prova, antes mesmo da propositura da ação penal;
- c) no art. 157, adequar o texto à Constituição Federal, estabelecendo a inadmissibilidade de provas ilícitas e as delas derivadas, exceto, quanto a estas, quando puderem ser obtidas por fonte independente das primeiras;
- d) no art. 159, permitir que a acusação, o acusado e a vítima formulem quesitos e indiquem assistentes técnicos para acompanhar as perícias;
- e) no art. 201, resguardar o ofendido, que deverá ser comunicado de todos os atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, e, ainda, poderá receber atendimento nas áreas psicossocial e de saúde e assistência jurídica, às expensas do ofensor ou do Estado;
- f) no art. 210, garantir a incomunicabilidade das testemunhas antes e durante a audiência de inquirição;
- g) no art. 212, estabelecer que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas, sob controle do juiz;

- h) no art. 217, prever a possibilidade de inquirição de testemunha por videoconferência, se a presença do réu puder prejudicar a verdade do depoimento;
- i) no art. 222, estabelecer que a carta precatória deverá ser juntada aos autos antes das alegações finais; no caso de carta rogatória, findo o prazo para ela marcado, poderá realizar-se o julgamento;
- j) no art. 386, aprimorar e atualizar a redação do dispositivo à numeração da Parte Geral do Código Penal, após a reforma havida em 1984.

Por meio de onze emendas, subscritas pela Senadora IDELI SALVATTI, pelos Senadores JEFFERSON PÉRES, PEDRO SIMON, ROMEU TUMA e por este Relator, trazemos ainda à consideração dos nobres pares as sugestões apresentadas ao nosso Grupo de Trabalho da Reforma Processual Penal por comissão composta no âmbito do Poder Judiciário.

Posteriormente, foi oferecida pela Senadora SERYS SLHESSARENKO a **Emenda nº 12** que pretende manter a exigência de que, mesmo em se tratando de peritos oficiais, seja indispensável a participação de dois experts na confecção de cada laudo.

II – ANÁLISE

Preliminarmente, registro não existirem vícios de constitucionalidade ou juridicidade na proposição em exame. A matéria nela tratada está compreendida no campo da competência da União para legislar sobre direito processual, consoante dispõe o art. 22, I, da Constituição Federal, bem como tem seu autor legitimidade para iniciar o processo legislativo, nos termos dos art. 61, também da Constituição Federal.

Quanto à técnica legislativa, cremos ser necessário substituir, na redação proposta para o § 3º, do art. 159, o uso da expressão *vítima* por *ofendido* que já é utilizada no Código de Processo Penal, a fim de evitar a dualidade de conceitos (**Emenda nº 1**).

No mérito, somos do entendimento de que as alterações pretendidas efetivamente contribuirão para o aperfeiçoamento da legislação processual penal, em especial ao atualizar o CPP às relevantes garantias asseguradas pela Constituição de 1988, enfatizando a adoção pelo Brasil do sistema acusatório com efetividade.

Sim, porquanto, no atual estágio de nossa legislação processual penal, diversos são os autores brasileiros a professar a idéia de que aqui verificamos a ocorrência de um sistema acusatório apenas *aparente, impuro*, ou mesmo *misto*, em razão dos resquícios decorrentes de toda a nossa longa tradição inquisitiva (Paulo Rangel, Geraldo Prado, Luiz Flávio Gomes e Afrânio Silva Jardim para citar apenas alguns).

Num sistema acusatório que se preze, há rígida separação entre as funções de investigar, de acusar, de defender e de julgar, que deverão ser exercidas por órgãos distintos. Trata-se de um processo de partes, informado pela estrita aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e demais garantias constitucionais, necessariamente público, em que reina a livre apreciação das provas a ser feita por órgão julgador imparcial, equidistante do Ministério Público e do acusado.

Todos os projetos de lei da chamada Reforma do Código Processo Penal estão fundados no modelo acusatório, reconhecidamente o mais apto à consecução de um processo penal não apenas ético, mas igualmente mais simples, célere, transparente e desburocratizado, trazendo maior eficiência e atacando a impunidade.

Temos agora, portanto, oportunidade de ouro para romper com nossa cultura jurídica de raiz inquisitiva, tornando clara a opção pelo modelo acusatório puro.

Sucede que, para impedir que a doutrina e jurisprudência continuem interpretando a lei nova com a mentalidade antiga, cremos ser indispensável radicalizar a redação de alguns dispositivos da presente proposição, de modo a não deixar qualquer margem para uma interpretação salvacionista de cunho inquisitivo.

É importante ter em mente, ao analisarmos projeto que altera especificamente o Título VII – Da Prova, do Código de Processo Penal, que só pode ser prova apta a embasar a condenação do acusado aquela produzida sob o fogo cruzado do contraditório.

Daí porque louvamos a nova redação proposta para o art. 155 do CPP. Ousamos, no entanto, sugerir a supressão da palavra *exclusivamente* de seu texto (**Emenda nº 2**). É que, em nosso entendimento, já constitui exceção bastante ressaltar as provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, valendo frisar que mesmo essas deverão ser submetidas a um contraditório diferido por ocasião da instrução criminal.

É nesse sentido, aliás, a salutar alteração proposta ao texto do art. 159, em especial seus §§ 5º e 6º, que, a par de sacramentar a possibilidade de indicação de assistentes técnicos pelas partes, estendeu a atuação desses profissionais às perícias realizadas no inquérito policial.

Outra questão da maior relevância abordada pelo projeto diz respeito à divisão do ônus da prova no processo penal. O vigente art. 156, do CPP, prevê que *a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*.

Esse dispositivo, embora não seja alterado pelo PLC nº 37, de 2007, é objeto de calorosa discussão na doutrina e jurisprudência em face do princípio constitucional da presunção de inocência e do *favor rei*, segundo o qual, para que se imponha a condenação do réu, é indispensável que a acusação demonstre a prática do crime além de qualquer dúvida razoável.

Na dicção da doutrina clássica, no entanto, constitui ônus da acusação provar os fatos constitutivos da infração, quais sejam, a existência de um fato considerado ilícito penal por força de lei e a realização do fato por ação atribuível ao denunciado, enquanto à defesa incumbe demonstrar a ocorrência dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, tais como a prescrição, a coação irresistível, o erro de tipo ou proibição, causas de exclusão da ilicitude ou inimputabilidade.

Só que, na vigência do modelo acusatório, tal repartição do ônus probatório há de ser sopesada com a existência da eventual dúvida razoável. Assim, ainda que não tenha o réu se desincumbido totalmente da atribuição de demonstrar os inúmeros requisitos indispensáveis ao reconhecimento da legítima defesa, se ao menos conseguiu incutir no magistrado dúvida a respeito de sua ocorrência, a decisão deverá ser absolutória, pois *in dubio pro reo*.

Creemos, a esse ensejo, em que pese a manutenção da redação vigente no novo *caput* do art. 156, que a atualização proposta para o texto do art. 386, oriunda da Câmara dos Deputados, chegou a bom termo, em especial no que diz respeito ao inciso VI que prevê a imperiosidade da absolvição quando *houver fundada dúvida* sobre a existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena. De rigor, entretanto, a correção de erro material que excluiu indispensável remissão ao art. 21, do Código Penal, que dispõe sobre o erro sobre a ilicitude do fato (**Emenda nº 3**).

Talvez fosse o caso, ainda, em homenagem à consecução de efetivo sistema acusatório no Brasil, de simplesmente excluir da proposição a redação constante do § 1º do art. 156 proposto, que trata da iniciativa probatória do juiz.

Isso porque não existe devido processo legal sem o pressuposto de uma jurisdição independente e imparcial, uma clara vedação legal à possibilidade da produção da prova, de ofício, pelo juiz, que visa a exatamente resguardar o magistrado de qualquer comprometimento psicológico prévio com a prova.

Há que se reconhecer, no entanto, que não comprometerá a imparcialidade do juiz a faculdade de determinar a produção da prova, de maneira supletiva à atividade das partes, em atenção aos estritos requisitos fixados pelo novo art. 156, por não se dar de forma predeterminada a favor da acusação ou da defesa.

Quanto às demais alterações, destaco a relevância e clareza da disciplina proposta para a questão da prova ilícita, em atendimento ao dispositivo constitucional constante do art. 5º, inciso LVI, bem como o nítido

aperfeiçoamento das disposições atinentes ao papel e direitos da vítima no processo penal.

Passemos, por fim, à análise das emendas apresentadas por Comissão instituída no âmbito do Poder Judiciário.

Como já foi abordado neste relatório, a chamada Reforma do Processo Penal é oportunidade única para aprimorar a aplicação do sistema acusatório no Brasil. Nesse exato contexto é que também já advertimos para o risco da interpretação fundada em nossa tradição inquisitiva.

Dito isto, temos que as emendas apresentadas devem ser todas rejeitadas justamente por – em nosso modesto entender – não contribuir para a adoção de um sistema acusatório que se pretende efetivo e livre de ranços inquisitivos pelo Brasil.

Como exemplo, podemos citar a **Emenda nº 7** que busca preservar a *inquirição inicial do juiz* quando da oitiva das testemunhas, sob o fundamento que *o destinatário primeiro da prova é o juiz*, olvidando o fato de que o processo penal moderno é um processo de partes, em que a prova do crime incumbe essencialmente ao Ministério Público, não cabendo ao juiz, portanto, senão supletivamente à atividade das partes, qualquer iniciativa probatória.

É exatamente o que assegura, em sua redação atual, o parágrafo único do novo art. 212, do CPP: *Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.*

Ademais, há que se prestigiar a longa tramitação do presente Projeto de Lei na Casa Iniciadora, visto que muitas das questões suscitadas pelas emendas já foram objeto de discussão por mais de seis anos.

É o caso da **Emenda nº 2**, que se opõe ao impedimento do magistrado que tomar conhecimento da prova julgada ilícita. Semelhante posição já foi esposada no voto em separado do Deputado LUIZ ANTÔNIO FLEURY FILHO e restou devidamente afastada pela Câmara dos Deputados.

Tampouco entendemos possam servir de justificativa válida para impedir as alterações legislativas propostas a ocorrência de eventuais dificuldades de ordem prática, tais como a deficiência de instalações, equipamentos ou pessoal, como parecem ser as questões invocadas para justificar as **Emendas nºs 5, 6 e 8**.

Quanto à **Emenda nº 12**, proposta pela Senadora SERYS SLHESSARENKO, com a devida vênia, também não é o caso de acolhê-la.

O ponto central de referida emenda parece repousar sobre a obrigatoriedade de que os laudos periciais passem a ser elaborados por apenas um perito oficial, e não mais por dois, como hoje prevê a legislação em vigor.

Da Justificação original ao Projeto de Lei nº 4.205, de 2001, consubstanciada na Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça, colhemos que a intenção do autor era *simplificar a realização das perícias*.

A premissa que se coloca, então, é a seguinte: como hoje os peritos criminais são funcionários públicos organizados em carreiras próprias, com autonomia e formação continuada, não existe sentido em se exigir que trabalhem **sempre** em duplas, mesmo quando a perícia for de relativa simplicidade, de modo a atender formalismo da legislação.

Temos, no entanto, como excessivo esse apego a um critério meramente quantitativo, que efetivamente não tem mais razão para prosperar.

Afinal, na nova disciplina que se pretende inaugurar, as perícias oficiais poderão ser complementadas pelo trabalho dos assistentes técnicos – tanto da acusação, quanto da defesa – em verdadeiro contraditório.

Assim, finalmente se dará real significado à disposição do art. 182, do Código de Processo Penal, ao prever que *o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte*.

De rigor, por fim, salientar que o próprio Projeto de Lei da Câmara nº 37, de 2007, ressaltou que, em se tratando de *perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado*, o juiz poderá

nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico (cf. § 7º, do art. 159 proposto).

III – VOTO

Em razão do exposto, somos pela **aprovação** do Projeto de Lei da Câmara nº 37, de 2007, com as seguintes emendas do relator, ficando expressamente **rejeitadas** as demais:

EMENDA Nº 1 – CCJ

Substitua-se no § 3º, do art. 159, de que trata o art. 1º do Projeto de Lei da Câmara nº 37, de 2007, o emprego da expressão “à vítima” por “ao ofendido”.

EMENDA Nº 2 – CCJ

Suprima-se a expressão “exclusivamente” da redação proposta para o *caput* do art. 155, de que trata o art. 1º do Projeto de Lei da Câmara nº 37, de 2007.

EMENDA Nº 3 – CCJ

Dê-se ao inciso VI, do art. 386, de que trata o art. 1º do Projeto de Lei da Câmara nº 37, de 2007, a seguinte redação:

“VI – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e 28, § 1º, do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;”

Sala da Comissão, 7 de novembro de 2007.

Senador Marco Maciel, Presidente

Senador Mozarildo Cavalcanti, Relator