

PARECER PARCIAL N.º , DE 2009
SUB-RELATORIA DO CAPÍTULO DAS “PROVAS”

Da comissão especial interna do Senado Federal destinada a examinar o projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009, que dispõe sobre o novo Código de Processo Penal – Sub-relatoria do estudo e a análise do capítulo das “provas”.

Sub-relator Senador VALTER PEREIRA

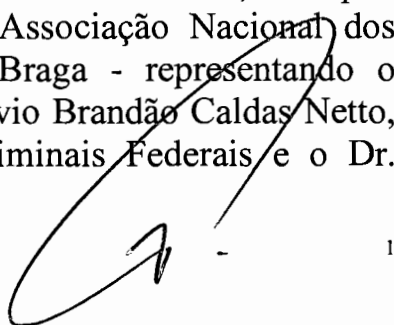
I – DO RELATÓRIO

O projeto de Lei 156/2009, de iniciativa do Senado Federal, tem como objeto instituir um novo Código de Processo Penal.

Trata-se de proposta fruto de Comissão externa de juristas que tem como principal objetivo instituir um Código moderno, que possa atender aos atuais anseios da sociedade.

A esta sub-relatoria coube a análise do capítulo das “provas”, isto é, de capítulo do Código que é fundamental para a correta aplicação da lei penal.

Com o intuito de colher elementos para a elaboração deste sub-relatório, foi realizada audiência pública no dia 01 de outubro de 2009, da qual participaram Sandro Torres Avelar, Presidente da Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal; Wilmar da Costa Braga - representando o Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil; Octavio Brandão Caldas Netto, Presidente da Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais e o Dr.


1

Dorival Renato Pavan, Desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

II – DA ANÁLISE

O projeto nº 156, de 2009 preenche o requisito da constitucionalidade formal, pois, na forma do art. 22, I, da Constituição Federal, compete exclusivamente à União Federal legislar sobre matéria processual penal.

O instrumento eleito, qual seja, lei ordinária, também é adequado para o fim a que se destina.

No que tange a juridicidade, contudo, há alguns aperfeiçoamentos que são fruto de diversas notas técnicas recebidas, bem assim dos esclarecimentos prestados na audiência pública e, em especial, de sugestões encaminhadas pelo Jurista Dorival Renato Pavan, Desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Dispositivo proposto:

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

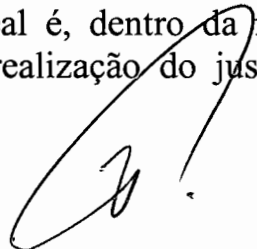
Proposta de nova redação:

Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, *ressalvada a possibilidade de perecimento da prova, hipótese em que sua produção poderá ser determinada de ofício pelo juiz.*

Justificativa:

A prova, seja no processo penal, seja no processo civil, é instrumento jurídico de que se valem as partes para demonstrar ao juiz a verdade dos fatos por ela expostos e destinada à formação da convicção do magistrado, com vistas à sentença.

Infelizmente, o descobrimento da verdade real é, dentro da realidade forense, cada vez mais distante do sentimento de realização do justo, pelas



várias dificuldades encontradas ao longo da instrução processual, e diversos são os fatores que desencadeiam essa constatação.

O Juiz não deve ser sujeito *desinteressado* da sorte do processo.

Ao contrário, o sistema deve privilegiar um juiz participativo e ativo, capaz de receber a prova e analisá-la, segundo o que as partes produziram mas, também, deve ter a prerrogativa de agir de ofício para determinar a realização de tantas provas quantas entender necessárias e indispensáveis para o pleno esclarecimento dos fatos – ainda mais na esfera penal – atividade essa que tem o desiderato de buscar, tanto quanto possível, a verdade real, elemento fundamental para a produção de um processo justo e de resultados também justo para todos quantos se encontrem envolvido na respectiva atividade jurisdicional estatal.

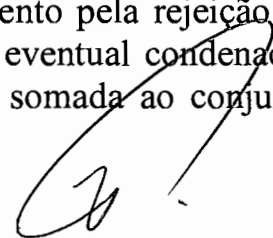
Daí a razão pela qual o artigo 4º do projeto deve ser alterado. O que se propõe é que seja retirada a expressão final do dispositivo assim disposta: *e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*”.

Outros dispositivos serão modificados em função dessa alteração, porque o Código é um todo *sistêmico* que deve ser integrado e harmônico, como se verá adiante, em outras alterações.

É justificável que o juiz tenha vedação para ordenar produção de prova na fase de investigação, que se passa no bojo do inquérito policial. Daí a manutenção da primeira parte do dispositivo.

Todavia, o artigo quando o dispositivo trata da vedação da *substituição da atuação probatória do órgão de acusação*, essa expressão é mais ampla do que se possa inicialmente imaginar, porque veda também a iniciativa probatória do magistrado *na fase processual*, ou seja, ao longo da instrução processual penal, já no processo penal em curso, ou ao término das provas produzidas tanto pelo órgão de acusação, quanto pela defesa, o que está na contra mão da história do direito processual penal, que tem na garantia de o juiz poder agir de ofício um remédio contra os males causados pela falta de produção de prova que leva à já citada verdade real, que servirá de base tanto para a condenação, quanto para a absolvição do acusado, se for o caso.

Ao agir de ofício e determinar a produção de uma prova, qualquer que seja ela, em substituição ou não ao órgão de acusação, na instrução processual penal, o juiz não sabe, de antemão, qual será o resultado dessa prova e as suas conseqüências em face de todas as demais já produzidas pelo órgão ministerial e pela parte, tanto podendo levar a um juízo de convencimento pela rejeição da ação penal – julgamento de improcedência – quanto pela eventual condenação do réu, já que a prova por ele determinada e produzida, somada ao conjunto



probatório, poderá levar a um ou outro desses resultados, que não são nem por ele, nem por quaisquer dos partícipes da relação processual, antecipadamente sabidos.

Vedar a possibilidade de o juiz agir de ofício é reminiscência e regressão de um dos maiores desafios do direito processual penal que foi objeto de conquista com a Constituição Cidadã, que foi, justamente, retirar do magistrado a figura passiva, de mero espectador dos fatos que se passam à sua volta no processo penal, quando é ele, exatamente, o destinatário final de toda a prova produzida, em relação, à qual, portanto, não pode se manter ou permanecer inerte, se tiver dúvidas a serem sanadas, depois de produzidas as provas tanto pelo Ministério Público, quanto pelo acusado.

A doutrina mais abalizada – como, por exemplo, da professora Ada Pellegrini Grinover, que dispensa qualquer apresentação – posiciona-se francamente contra atribuir ao juiz qualquer espécie de iniciativa probatória – como consta do presente anteprojeto como um todo.

Daí a proposição inclusão da ressalva na parte final do dispositivo, que implicará, reafirmo, em outras alterações correlatas, que seguem adiante, e às quais me reportarei brevemente, apenas fazendo remissão a estas considerações.

Dispositivo proposto:

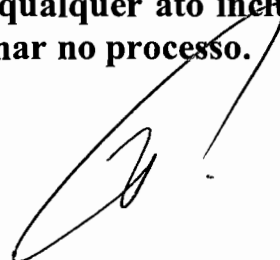
Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

.....

.....

Parágrafo primeiro. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.

Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.



Proposta de nova redação:

Art. 15. O juiz das garantias, *que será instituído nas comarcas constituídas por mais de cinco juízes criminais em exercício*, é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

.....

.....

§ 1º Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.

§2º *Nas comarcas onde não houver juiz de garantia, as atribuições a ele destinadas por este Código serão exercidas pelo juiz criminal competente.*

Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. *A vedação a que se refere o caput deste artigo não incidirá nas comarcas com menos de cinco juízes com competência para processos criminais.*

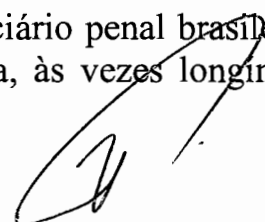
Justificativa:

O projeto inova – e bastante – na criação da figura do Juiz das Garantias, que seria um juiz diverso daquele que decidiria a causa, porque o projeto impossibilita que o juiz das garantias seja o juiz do processo, depois de oferecida e recebida a denúncia, a cargo do Ministério Público.

Ocorre que o projeto desconsidera que existem milhares de comarcas no Brasil que são de entrância inicial, ou de primeira entrância, em que há ali julgando tão-somente, um único juiz.

Em casos assim, como instituir um *juiz das garantias*, sendo um único magistrado atuando nessas milhares de comarcas?

Haverá, indubiosamente, um caos no sistema judiciário penal brasileiro, porque nessas situações um outro juiz, de outra comarca, às vezes longínqua



(pegue-se os casos das comarcas do Amazonas, ou nos estados do Norte, em que somente se chega de uma comarca a outra, muitas vezes, de avião ou por barco, via fluvial), teria que ser chamado para decidir todos os processos criminais.

Como se admitir que em situações dessa natureza o juiz da comarca esteja privado de processar a ação penal se como juiz único da comarca tomou contato, por exemplo, com o inquérito policial, adotando uma das providências elencadas no artigo 15 do projeto?

Essa realidade brasileira, vivenciada em milhares de comarcas, não pode ser ignorada, e o projeto, embora louvável, apenas irá proporcionar, reafirmo, verdadeiro caos na justiça penal brasileira.

Assim, a solução alternativa é estabelecer que o juiz das garantias fica instituído nas comarcas constituídas por mais de cinco juízes criminais ali em exercício, pelo menos, porque *um deles* poderá ser designado Juiz das Garantias, com redistribuição das competências.

Na hipótese de haver juiz de garantia, exercerá as funções destinadas pelo Código o juiz competente para julgar o processo, caso seja oferecida denúncia pelo Ministério Público.

Dispositivo proposto:

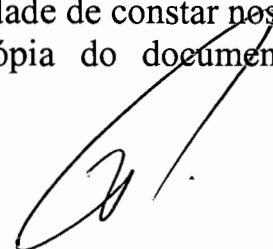
Art. 44. Cópia do documento de identificação civil apresentada deverá ser mantida nos autos de prisão em flagrante, quando houver, e no inquérito policial, *em quantidade de vias necessárias.*

Proposta de nova redação:

Art. 44. Cópia do documento de identificação civil apresentada deverá ser mantida nos autos de prisão em flagrante, quando houver, e no inquérito policial, *em duas vias.*

Justificativa:

O projeto não especifica porque haveria necessidade de constar nos autos da investigação criminal *mais de duas vias* da cópia do documento de identificação civil.



A *quantidade de vias necessárias* é disposição subjetiva e aberta, havendo necessidade de se definir o número de vias, que me parece adequado seja em reprodução dupla, como proposto, evitando-se, inclusive, eventual arguição futura de nulidade do processo penal porque *na investigação* não teriam ficado *vias necessárias* da identidade do acusado.

Dispositivo proposto:

Art. 48. O Ministério Público, se julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, poderá requisitá-los diretamente, nos termos e nos limites previstos na respectiva lei orgânica.

Proposta de nova redação:

Art. 48. O Ministério Público, se julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, poderá requisitá-los *à autoridade policial que conduz o inquérito policial ou, se for ao caso, ao juiz, fundamentadamente.*

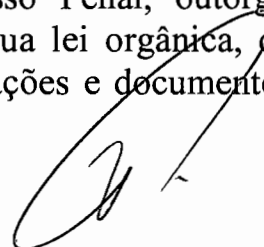
Justificativa:

A proposta reafirma a limitação dos poderes do Ministério Público na fase de investigação criminal, através do inquérito policial, o que, aliás, já foi enaltecido no sub-relatório do nobre Senador Romeu Tuma, quando sugeriu nova redação para o art. 9º do projeto.

E pela redação sugerida neste voto para o art. 48 se quer deixar claro que o Ministério Público poderá requisitar as peças e elementos que entender importantes, diretamente à autoridade policial que, por seu intermédio, irá providenciar a realização da prova solicitada.

Em casos excepcionais, em que o acusado possa ser violado em suas garantias fundamentais, o Ministério Público haverá de requerer a medida ao juiz, fundamentadamente.

Não se pode, no bojo do Código de processo Penal, outorgar ao Ministério Público poderes *soberanos*, constantes de sua lei orgânica, que se referem à possibilidade de requisição direta de informações e documentos nos



inquéritos civis públicos, que em muito diferem, tendo em vista seus fins, do inquérito policial ou da investigação criminal.

Dispositivo proposto:

Art. 61. O não comparecimento do defensor não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear outro em substituição, para o adequado exercício da defesa.

§1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo devidamente justificado até a sua abertura, o defensor não puder comparecer.

§2º Tratando-se de instrução relativa a matéria de maior complexidade probatória, a exigir aprofundado conhecimento da causa, o juiz poderá adiar a realização do ato, com a designação de defensor, para os fins do disposto no caput deste artigo.

Proposta de nova redação:

Propõe-se o reposicionamento do dispositivo, que passará a ser parte constante do artigo 265, examinado adiante.

Justificativa:

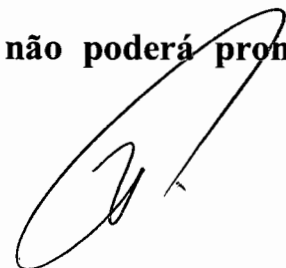
O artigo 61 do projeto trata de hipótese de adiamento da audiência, parecendo-me mais próprio, assim, colocá-lo no capítulo próprio, o que se vê quando se propõe alterações no artigo 265, abaixo.

Dispositivo proposto:

Art. 64.

.....

§1º A autoridade responsável pelo interrogatório não poderá prometer vantagens sem expreso amparo legal.



§2º O interrogatório não se prolongará por tempo excessivo, impondo-se o respeito à integridade física e mental do interrogando. O tempo de duração do interrogatório será expressamente consignado no termo de declarações.

Proposta de nova redação:

Art. 64.

.....

§1º A *autoridade policial* responsável pelo interrogatório não poderá prometer vantagens sem expresse amparo legal.

§2º *O tempo do interrogatório será expressamente consignado no termo de declarações.*

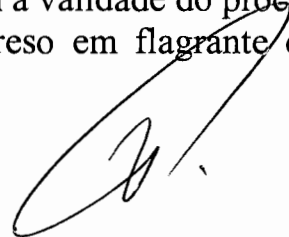
Justificativa:

Reafirma-se a idéia de ser a autoridade policial a responsável pelo interrogatório, na fase de investigação criminal, como antes exposto e como também contemplado pelo nobre Senador Romeu Tuma.

Outrossim, a questão do *tempo de interrogatório*, quando muito, poderá constar expressamente do respectivo termo, na medida em que são muitas as situações – principalmente nos crimes de grande complexidade, envolvendo grande número de participantes ou de grande dificuldade técnica (como nos crimes contra a economia popular, lavagem de dinheiro, etc.), em que o interrogatório é, normalmente, demorado.

Não se pode albergar na lei o estabelecimento de um tempo *moderado* – (o que é tempo excessivo?) – para o interrogatório, porque aqui estará mais uma causa de nulidade do processo penal, com grandes chances de colocar em liberdade criminosos que deveriam permanecer custodiados pelos prazos previstos em lei.

Assim, o tempo do interrogatório será aquele que for necessário e suficiente para que os pontos duvidosos sejam esclarecidos pela autoridade policial, que é, aliás, uma de suas inúmeras atribuições, evitando a má formação de um instrumento inadequado para o oferecimento da denúncia e, com isso, dando causa à dilação de prazos que comprometem a validade do processo e este sim capaz de determinar a soltura de um réu preso em flagrante delito, por exemplo.



Finalmente, suprime-se do projeto a questão relativa ao respeito à integridade física e mental do interrogando.

Tal direito já é consagrado pela própria Constituição Federal, entre as garantias fundamentais do cidadão, de sorte que não precisa ser aqui reafirmado, como se a autoridade policial pudesse ser aquele que irá promover – sempre – maltrato à integridade física e mental do investigado.

O princípio é a de não ofensa à integridade física e mental – e tal decorre da Constituição Federal – e a violação dele já acarreta sanções que estão naturalmente previstas em lei – notadamente o abuso de autoridade – de sorte que não vejo necessidade de manter-se o dispositivo, tal como se encontra redigido no anteprojeto.

Dispositivo proposto:

Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.

Proposta de nova redação:

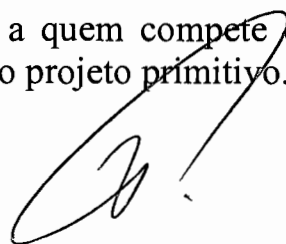
Art. 162. A prova das alegações incumbirá a quem as fizer, sendo, porém, facultado ao juiz:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Justificativa:

Em primeiro lugar, se busca deixar claro a quem compete o ônus da prova, o que não está claro na redação do art. 162 do projeto primitivo.



Inclusão dos demais incisos é consequência, também, da alteração do artigo 4º do projeto, como acima se viu, e é dispositivo nuclear no sistema de provas no processo penal brasileiro.

Como se disse, no artigo 4º, que se refere à fase de investigação está vedada a “*iniciativa probatória do juiz e a substituição da atuação probatória da acusação*”, de sorte que quando o projeto faz remissão a esse dispositivo, está, na verdade, vedando também que na fase processual o juiz tenha iniciativa probatória, ou seja, que possa agir de ofício, o que me parece, como já afirmei, rematado equívoco da proposição legislativa.

Aliás, nem a recente alteração do artigo 156 do CPP pela Lei 11.690/2008, aprovada recentemente pelo Congresso Nacional, dispôs sobre a proibição de o juiz agir de ofício.

Essa regulamentação, que já é secular no direito processual penal brasileiro, deve ser mantida, daí a razão de ser de modificação do artigo 162, que, reafirmo, é de fundamental e transcendental importância.

Juiz tolhido da possibilidade de buscar o esclarecimento da verdade material, quando as provas não o convencem e outras podem ser ainda produzidas, é juiz que não mais se compadece com o atual estágio de evolução da ciência processual.

As conquistas já implementadas com a nova redação do artigo 156 do CPP, dada pela Lei 11.690/2008, devem ser incorporadas no anteprojeto, por representar o que de mais moderno existe no direito processual penal em termos de possibilidade de participação ativa do juiz antes e durante a instrução processual.

O que foi recentemente alterado, então, no bojo do CPP, pela Lei 11.690/08, deve ser aproveitado e mantido, com a alteração aqui proposta.

Tira-se, por isto mesmo, a remissão ao artigo 4º do anteprojeto, que implica em restrição à atividade complementar probatória do magistrado, a quem, exatamente, a prova é dirigida, para formação de seu convencimento.

Dispositivo proposto

Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.



Proposta de nova redação:

Art. 164. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, *assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.*

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

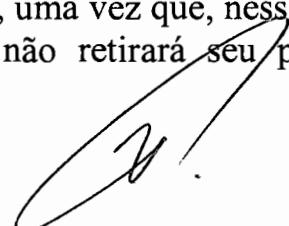
§ 4º É suspeito, e não poderá atuar no processo, o juiz que, de qualquer modo, tiver contato com a prova ilícita ou dela derivada, assim por ele declarada ou assim afirmada pelo Tribunal, em grau recursal.

Justificativa:

No que tange à regulamentação da inadmissibilidade das provas ilícitas, prevista no art. 164, tenho que o projeto diz menos que a lei n. 11.690/2008, que alterou o artigo 157 do Código de Processo Penal, uma vez que não abrangeu as provas ilícitas *por derivação*, que também devem ser desentranhadas dos autos e, mais que isso, incineradas após o trânsito em julgado da decisão que declarar a sua nulidade, o que também está previsto na citada lei alteradora.

Esta é a oportunidade, outrossim, de se pacificar antiga discussão doutrinária sobre a abrangência das provas ilegítimas (aquelas produzidas com infringência à norma processual), o que também fora concretizado pela lei n. 11.690/2008 quando considerou ilícitas as normas “*obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”, o que de fato abrangeria as normas de natureza processual.

Entendo que também deve ser incluída norma que declare a suspeição do juiz que teve qualquer contato com a prova ilícita, uma vez que, nesse caso, o mero desentranhamento ou destruição da prova, não retirará seu poder de influenciar no convencimento do magistrado.



Aliás, o § 4º do artigo 157, introduzido pela Lei 11.690/2008, foi vetado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, e tratava ele desse ponto importante de tornar suspeito – e efetivamente o é – o juiz que tiver tido contato, por qualquer meio ou forma, com a prova ilícita, assim havida, por decisão dele próprio, que deve então se afastar do processo, ou por meio de recurso, pelos Tribunais Superiores.

Dispositivo proposto:

Art. 165. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados.

§1º A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes.

§2º As declarações do co-autor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova que atestem sua credibilidade.

Proposta de nova redação:

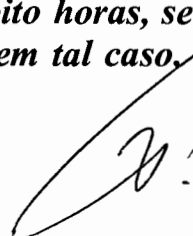
Art. 165. O juiz formará *sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetidas e antecipadas.*

§1º A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, *salvo quando forem precisos, harmônicos e concordantes entre si.*

§2º As declarações do co-autor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova *colhida em juízo* que atestem sua credibilidade.

§ 3º *Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.*

§ 4º *É admitida no processo penal a prova emprestada, desde que tenha sido colhida em processo judicial. Produzida a prova, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de quarenta e oito horas, se for réu preso, ou cinco dias, se for réu solto, sendo admissível, em tal caso, a produção de*



prova complementar, que será realizada desde que o juiz entenda necessário, em prazo a ser por ele fixado.

Justificativa:

O dispositivo estabelece o princípio da livre convicção motivada, que emana da Constituição Federal (art. 93, IX).

Todavia, ao contrário do projeto, o juiz não está vedado de forma excepcional, buscar as razões para fundamentar sua decisão nos elementos coligidos na fase de investigação criminal, desde que esses elementos sejam corroborados em júízo, ao longo da instrução processual respectiva.

O que se veda é que o juiz se funde na prova colhida exclusivamente na investigação criminal, colhida, no mais das vezes, fora do contraditório.

O contraditório exigido, aqui, é o *judicial*, dele decorrendo o *devido processo legal*, que pode não ter sido observado na fase de investigação criminal.

Daí a necessidade de que a decisão esteja fundada, em primeiro lugar, na prova produzida no contraditório *judicial*, não sendo possível ao juiz fundar sua decisão *exclusivamente* nos elementos colhidos no inquérito.

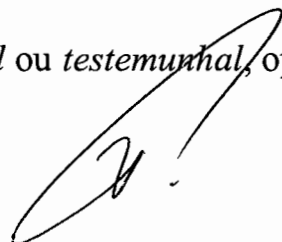
Em relação ao §1º do art. 165, suprimiu-se a palavra *grave*, pois, um indício não tem como ser grave. O que pode ser grave é o fato e não o indício.

No que se refere ao co-autor suas declarações valerão, desde que haja prova colhida no contraditório que se revele harmônica e coerente com o conjunto probatório.

Finalmente, o último dispositivo introduzido, admite a produção da prova emprestada, que é aquela prova produzida em outro processo, seja ela documental ou testemunhal, a ser utilizada por qualquer das partes, ou ordenada até mesmo de ofício pelo magistrado, desde que a prova tenha sido produzida em processo judicial sujeito ao contraditório da parte em face de quem a prova foi produzida ou pode gerar efeitos.

Há, no texto do anteprojeto, uma lacuna no que se refere à prova emprestada, de sorte que este relator se inclina pela sua expressa admissão no ordenamento processual penal.

Como a prova emprestada pode ser *documental* ou *testemunhal*, optou-se pela inserção do parágrafo no texto agora em exame.



Dispositivo proposto:

Art. 196. As perícias serão realizadas por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Quando o objeto periciado exigir conhecimentos técnicos específicos, a perícia poderá ser realizada por servidor público de carreira, portador de diploma superior e com comprovada especialização na matéria.

Proposta de nova redação:

Art. 196. As perícias serão realizadas por perito oficial portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na impossibilidade de a perícia ser realizada por perito oficial e mediante autorização do magistrado, admitir-se-á sua produção por servidor público de carreira, portador de diploma superior, com comprovada especialização na matéria e detentor dos conhecimentos técnicos específicos que o objeto periciado exigir.

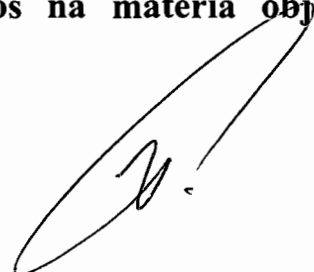
Justificativa:

É cristalino que a prova pericial deva ser produzida por perito oficial que realmente tenha as qualificações técnicas relacionadas à natureza do exame pericial.

Isso porque, deve-se assegurar aos peritos oficiais o máximo de autonomia técnica, científica e funcional no exercício da atividade pericial.

Contudo, na impossibilidade de a perícia ser realizada por esse servidor qualificado, não seria razoável obstar o regular andamento do processo.

Dessa forma, com vistas a garantir a efetiva prestação jurisdicional e o fiel cumprimento do princípio da celeridade processual, na falta de perito oficial e mediante autorização do magistrado, é aconselhável que se admita a realização da prova pericial por servidor público integrante de carreira, portador de conhecimentos técnicos específicos na matéria objeto da perícia.



Dispositivo proposto:

Art. 197. Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a inquirição dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou serem inquiridos em audiência.

§1º. O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

.....
.

Proposta de nova redação:

Art. 197. Feita a nomeação do perito pelo juiz, o réu e o Ministério Público poderão, no prazo de cinco dias contados da intimação de tal decisão, formular quesitos complementares aos do juiz e indicar assistente técnico, com os mesmos requisitos exigidos no artigo 196.

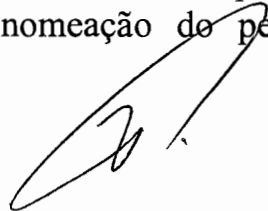
§ 1º O assistente técnico apresentará seu parecer em quarenta e oito horas, em se tratando de réu preso e, em cinco dias, em se tratando de réu solto, contados da intimação das partes sobre a juntada do laudo pericial nos autos.

.....
.

Justificativa

A alteração passa a fixar um prazo certo para a indicação do assistente técnico, que é auxiliar da parte e não do juízo.

Assim, estabelece-se que a parte ou o MP terão cinco dias para indicar seu assistente técnico, depois da intimação da nomeação do perito, este designado pelo magistrado.



O assistente terá o prazo de cinco dias, se for réu solto, e 48 horas, se for réu preso, para apresentar seu parecer, contando-se o prazo a partir da intimação das partes sobre a juntada do laudo pericial.

Não é necessária a intimação *do assistente técnico*, mas sim *das partes* sobre a juntada do laudo pericial, para que o prazo do assistente técnico comece automaticamente a fluir.

O *caput* do artigo 197 foi aqui suprimido, porque propõe-se também a mudança da sistemática nele prevista, ou seja, não será a todo tempo, *no curso* do processo, que as partes poderão inquirir os peritos para prestarem esclarecimentos sobre a prova, mas sim na audiência de instrução e julgamento, dispositivo que será abaixo analisado.

Dispositivo proposto:

“Art. 210. No exame por precatória, a nomeação do perito far-se-á no juízo deprecado.

Parágrafo único. Os quesitos do juiz e das partes serão transcritos na precatória.”

Proposta de nova redação:

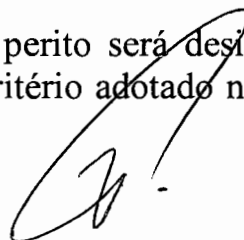
“Art. 210. No exame por precatória, a nomeação do perito far-se-á no juízo deprecado.

Parágrafo único. Os quesitos do juízo deprecante instruirão a precatória e os quesitos das partes serão apresentados na forma prevista no art. 197 deste código.”

Justificativa:

Exigir a *transcrição* dos quesitos do juízo no corpo da carta precatória é medida que somente burocratizará a sua confecção pelo cartório. Por isto, propõe-se exigir apenas que os quesitos do juízo *instruam* a carta precatória, o que pode ser cumprido com a simples extração de uma fotocópia da decisão do juiz.

Em relação aos quesitos das partes, como o perito será designado no juízo deprecado, é mais adequado manter o mesmo critério adotado na redação



sugerida para o art. 197, qual seja, o de que devem ser apresentados depois da designação do perito, diretamente no juízo deprecado.

Nada impede, contudo, que as partes se antecipem e indiquem os quesitos junto ao juízo deprecante, mas, o termo final realmente deverá se dar após a nomeação do perito no juízo deprecado.

Dispositivo proposto:

“Art. 238. O requerimento ou a representação será distribuído e autuado em separado, sob sigilo de justiça, devendo o juiz competente, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, proferir decisão fundamentada, que atentar-se-á para o preenchimento, ou não, de cada um dos requisitos previstos no artigo anterior, indicando, se a interceptação for autorizada, o prazo de duração da diligência.

§1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo, e observadas as seguintes hipóteses:

I – quando a vida de uma pessoa estiver em risco, podendo o juiz dispensar momentaneamente um ou mais requisitos previstos no art. 237;

II – durante a execução da diligência, caso a autoridade responsável pela investigação tome conhecimento de que o investigado ou acusado passou a fazer uso de outro número, código ou identificação em suas comunicações, havendo urgência justificável.

§2º Despachado o pedido verbal, os autos seguirão para manifestação do Ministério Público e retornarão ao juiz, que, em seguida, reapreciará o pedido.

Proposta de nova redação:

“Art. 238.
.....

Parágrafo único. Não se admitirá pedido verbal de interceptação telefônica.



Justificativa:

A admissão de pedido verbal pode permitir aquilo que a ADEPOL, em nota técnica, denominou de “legalização” de interceptações realizadas ilegalmente.

Por isto, acredito que todos os pedidos que envolvam sigilo devem ser documentados, isto é, formulados por escrito, ainda que de forma sucinta, tudo para que se tenha o registro da data do pedido para a posterior comparação com a data da interceptação realizada, em respeito ao devido processo legal.

Dispositivo proposto:

“Art. 224. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem em horário diverso, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

.....
..”

Proposta de nova redação:

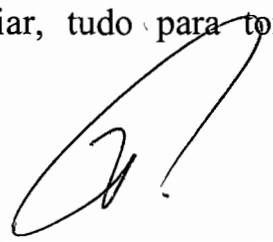
“Art. 224. As buscas domiciliares serão executadas entre *as seis e as vinte horas*, salvo se o morador consentir que se realizem em horário diverso, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

.....
..”

Justificativa:

A expressão de “dia” é vaga e, como tal, certamente resultará em discussões intermináveis nos processos acerca dos atos realizados, por exemplo, no entardecer.

Assim, propõe-se colocar intervalo de tempo objetivo - entre *as seis e as vinte horas* – para cumprimento da busca domiciliar, tudo para tornar a proposição legislativa mais clara e específica.



Dispositivo proposto

Art. 265. Na audiência, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações da vítima, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

.....
....

Proposta de nova redação:

Art. 265. Na audiência, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, as provas serão colhidas na seguinte ordem:

I – inquirição dos peritos para esclarecerem a prova produzida ou para responderem a quesitos formulados pelo réu ou pelo Ministério Público, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II- tomada de declarações da vítima, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§1º

§2º

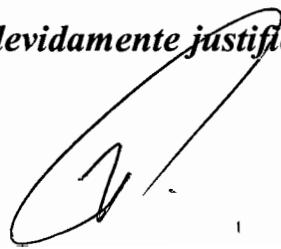
§3º

§4º

§5º

§ 6º O não comparecimento do defensor não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear outro em substituição, para o adequado exercício da defesa.

§ 7º A audiência poderá ser adiada se, por motivo devidamente justificado até a sua abertura, o defensor não puder comparecer.



§ 8º *Tratando-se de instrução relativa a matéria de maior complexidade probatória, a exigir aprofundado conhecimento da causa, o juiz poderá adiar a realização do ato, com a designação de defensor, para os fins do disposto no caput deste artigo.*

§ 9º *As disposições contidas neste artigo aplicam-se a todas as espécies de procedimento.*

Justificativa:

Apenas se definiu a mesma ordem para tomada de depoimentos que consta do processo civil, feitas as adaptações para o processo penal. O perito sempre será ouvido em primeiro lugar, até mesmo porque de seus esclarecimentos prestados em juízo é que poderão surgir questionamentos a serem feitos às testemunhas e ao acusado, que deporão em seguida.

Os parágrafos 6º a 8º referem-se às exatas disposições do atual artigo 61 do projeto que, a meu modo de ver, está deslocado topicamente. Por dizer respeito à audiência de instrução e julgamento, suas disposições devem ser inseridas ao lado do artigo 265, agora analisado, suprimindo-se, assim, o artigo 61 do local onde se encontra inserido presentemente no anteprojeto.

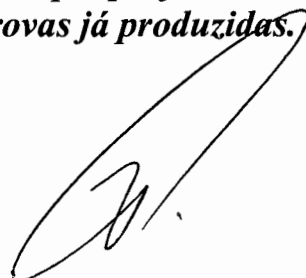
Especificou-se, com a inserção de mais um dispositivo, que a ordem da colheita das provas em juízo, seja a mesma em qualquer espécie de procedimento, unificando-se a sequência dos atos processuais a serem ali praticados.

Dispositivo proposto

Art. 268. O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por motivo independente da sua vontade, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o sucessor que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Proposta de nova redação:



.....

§ 1º Esta disposição não se aplica ao magistrado que, embora tenha presidido a instrução, tomou contato, por qualquer forma, com prova ilícita, assim expressamente reconhecida nos autos, caso em que também passará os autos ao seu sucessor.

§ 2º Nas hipóteses do caput, o sucessor que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Justificativa:

Este dispositivo traduz o salutar princípio da identidade física do Juiz.

Todavia, como foi promovida a inserção do § 4º ao artigo 164 do projeto, como se infere acima, fez-se necessário fazer a ressalva constante do parágrafo primeiro do artigo agora examinado, para torná-lo coerente com o princípio adotado de que o juiz que conheceu de prova ilícita, por *ter seu ânimo influenciado e tornando-se potencialmente suspeito*, haverá também de se afastar do processo, passando os autos ao seu sucessor, para que este julgue sem o *espírito* da prova reputada por ilícita e que já deverá ter sido então desentranhada do processo e incinerada.

III – VOTO

Diante do exposto, o voto é pela constitucionalidade, juridicidade, adequação da técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do projeto de lei do Senado n.º 156/2009, com as emendas que apresento abaixo.

EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação ao art. 4º do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:



“Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, ressalvada a possibilidade de perecimento da prova, hipótese em que sua produção poderá ser determinada de ofício pelo juiz.” (NR)

EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação ao *caput* do art. 15, ao *caput* do art.17, e acrescente-se o § 2º ao art. 15 e o parágrafo único ao art. 17 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:

“Art. 15. O juiz das garantias, que será instituído nas comarcas constituídas por mais de cinco juízes criminais em exercício, é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

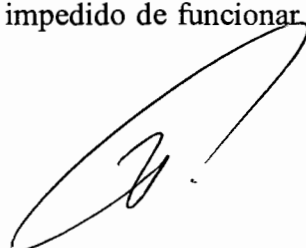
.....
.....

.....
.....

§ 1º Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.

§2º Nas comarcas onde não houver juiz das garantias, as atribuições a ele destinadas por este Código serão exercidas pelo juiz criminal competente.” (NR)

“Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.



Parágrafo único. A vedação a que se refere o caput deste artigo não incidirá nas comarcas com menos de cinco juízes com competência para processos criminais.” (NR)

EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação ao art. 44 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:

“**Art. 44.** Cópia do documento de identificação civil apresentada deverá ser mantida nos autos de prisão em flagrante, quando houver, e no inquérito policial, em duas vias.” (NR)

EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação ao art. 48 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:

“**Art. 48.** O Ministério Público, se julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, poderá requisitá-los à autoridade policial que conduz o inquérito policial ou, se for ao caso, ao juiz, fundamentadamente.” (NR)

EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Suprima-se o art. 61 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009.



EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação aos §§1º e 2º do art. 64 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:

“Art. 64.

.....
.....
.....

§1º A autoridade policial responsável pelo interrogatório não poderá prometer vantagens sem expresse amparo legal.

§2º O tempo do interrogatório será expressamente consignado no termo de declarações.” (NR)

EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação ao art. 162 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:

“Art. 162. A prova das alegações incumbirá a quem as fizer, sendo, porém, facultado ao juiz:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”
(NR)



EMENDA n.º
(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação ao art. 164 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:

“**Art. 164.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

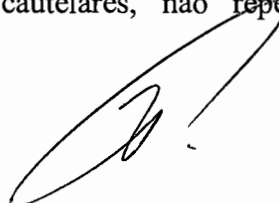
§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º É suspeito, e não poderá atuar no processo, o juiz que, de qualquer modo, tiver contato com a prova ilícita ou dela derivada, assim por ele declarada ou assim afirmada pelo Tribunal, em grau recursal.” (NR)

EMENDA n.º
(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação ao art. 165 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:

“**Art. 165.** O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetidas e antecipadas.



§ 1º A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem precisos, harmônicos e concordantes entre si.

§ 2º As declarações do co-autor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova colhida em juízo que atestem sua credibilidade.

§ 3º Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

§ 4º É admitida no processo penal a prova emprestada, desde que tenha sido colhida em processo judicial. Produzida a prova, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de quarenta e oito horas, se for réu preso, ou cinco dias, se for réu solto, sendo admissível, em tal caso, a produção de prova complementar, que será realizada desde que o juiz entenda necessário, em prazo a ser por ele fixado.” (NR)

EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação ao caput e ao § 1º do art. 196 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:

“Art. 196. As perícias serão realizadas por perito oficial portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na impossibilidade de a perícia ser realizada por perito oficial e mediante autorização do magistrado, admitir-se-á sua produção por servidor público de carreira, portador de diploma superior, com comprovada especialização na matéria e detentor dos conhecimentos técnicos específicos que o objeto periciado exigir. (NR)

EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação ao art. 197 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:



“**Art. 197.** Feita a nomeação do perito pelo juiz, o réu e o Ministério Público poderão, no prazo de cinco dias contados da intimação de tal decisão, formular quesitos complementares aos do juiz e indicar assistente técnico, com os mesmos requisitos exigidos no artigo 196.

§ 1º O assistente técnico apresentará seu parecer em quarenta e oito horas, em se tratando de réu preso e, em cinco dias, em se tratando de réu solto, contados da intimação das partes sobre a juntada do laudo pericial nos autos. (NR)

§ 2º

§ 3º

EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação ao parágrafo único do art. 210 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:

“**Art.** **210**

.....

.....

.....

Parágrafo único. Os quesitos do juízo deprecante instruirão a precatória e os quesitos das partes serão apresentados na forma prevista no art. 197 deste código.” (NR)

EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação ao *caput* do art. 224 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:



“Art. 224. As buscas domiciliares serão executadas entre as seis e as vinte horas, salvo se o morador consentir que se realizem em horário diverso, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta. (NR)

.....
...”

EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Suprima-se o §1º, I e II e o § 2º do art. 238 e acrescente-se o parágrafo único ao mesmo artigo do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:

“Art. 238.

.....

Parágrafo único. Não se admitirá pedido verbal de interceptação telefônica.”

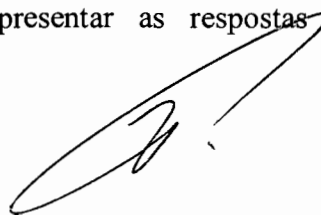
EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

Dê-se nova redação ao art. 265 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:

“Art. 265. Na audiência, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, as provas serão colhidas na seguinte ordem:

I – inquirição dos peritos para esclarecerem a prova produzida ou para responderem a quesitos formulados pelo réu ou pelo Ministério Público, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;



II – tomada de declarações da vítima, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§1º

§2º

§3º

§4º

§5º

§ 6º O não comparecimento do defensor não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear outro em substituição, para o adequado exercício da defesa.

§ 7º A audiência poderá ser adiada se, por motivo devidamente justificado até a sua abertura, o defensor não puder comparecer.

§ 8º Tratando-se de instrução relativa a matéria de maior complexidade probatória, a exigir aprofundado conhecimento da causa, o juiz poderá adiar a realização do ato, com a designação de defensor, para os fins do disposto no caput deste artigo.

§ 9º As disposições contidas neste artigo aplicam-se a todas as espécies de procedimento.” (NR)

EMENDA n.º

(ao PLS n.º 156, de 2009)

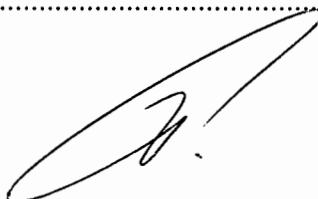
Dê-se nova redação ao art. 268 do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009:

“Art.

268.

.....

.....



§ 1º Esta disposição não se aplica ao magistrado que, embora tenha presidido a instrução, tomou contato, por qualquer forma, com prova ilícita, assim expressamente reconhecida nos autos, caso em que também passará os autos ao seu sucessor.

§ 2º Nas hipóteses do caput, o sucessor que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”
(NR)

Sala da Comissão, em de outubro de 2009.

, Presidente

, Sub-Relator