

Análise das alterações sofridas na legislação processual penal: os procedimentos — (II)

Sergio Demoro Hamilton (*)

*Fizeram e tentam fazer, pois, do processo penal mais um atentado contra os legítimos interesses da sociedade, sempre e cada vez mais desguarnecida e vitimada pela ação de criminosos e agora pela legislação processual .” (**)*

1. Dando seguimento ao estudo das profundas modificações ocorridas em nossa legislação processual penal, agora iremos estudar “os procedimentos”, abrangendo, para efeito de simplificação, os dizeres da rubrica contida na Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, que se ocupa da “suspensão do processo”, da “*emendatio libelli*”, da “*mutatio libelli*” e dos “procedimentos”. Antes, em outro estudo, já havíamos examinado “as provas” (Lei 11.690, de 09 de junho de 2008).

2. Seguirei, para fins didáticos, a ordem numérica legal estabelecida no texto a ser examinado. Não me sabe de boa técnica, como tantas vezes já destaquei, tais mudanças setoriais, que acabaram por transformar o nosso pobre e envelhecido Código de Processo Penal numa verdadeira colcha de retalhos. Ao que me parece, a reforma do CPP torna-se inevitável, uma vez que já se encontra formada uma comissão¹, instituída pelo Senado, tendo como coordenador o ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, voltada para a elaboração de um

(*) Sergio Demoro Hamilton é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário

(**) Entrevista concedida pelo Juiz de Direito Fausto Martin de Sanctis ao jornal “O Globo”, de 19 de julho de 2008, p. 7, “Seção Opinião”.

¹ Integram a Comissão, além do ministro Hamilton Carvalhido; Antonio Corrêa (juiz federal); Antônio Magalhães Gomes Filho (advogado e professor da Universidade de São Paulo – USP); Eugenio Paccelli (procurador regional da República); Fabiano Augusto Martins Silveira (consultor legislativo do Senado Federal); Félix Valois Coelho Júnior (advogado, ex-secretário de Justiça do Estado do Amazonas); Jacinto Nelson de Mirante Coutinho (advogado e professor da Universidade Federal do Paraná – UFPR); Sandro Torres Avelar (delegado federal e presidente da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF) e Tito de Souza Amaral (promotor de justiça). Transcrito do “Jornal do Commercio”, de 14-7-2008, Seção “Direito e Justiça”.

anteprojeto de CPP, tendo sido fixado prazo de 180 dias para a realização dos trabalhos. Resta indagar se haverá vontade política na efetivação da medida por parte das casas do Congresso, pois, desde 1961, ainda ao tempo do governo Jânio Quadros, foram elaborados inúmeros anteprojatos que não lograram sucesso.

Demais disso, impõe-se, do mesmo passo, profunda revisão da lei penal material, pois, com a leniência da nossa lei substantiva penal, de nada adiantará uma reforma processual. Enquanto perdurar o “humanismo piegas”, que pervarga a nossa legislação penal, o crime organizado e, até mesmo, o desorganizado continuarão a espalhar o terror e a violência, que faz com que os homens de bem se vejam obrigados a cercar suas casas com grades. Isto sem falar nos grandes escândalos financeiros, que se tornaram corriqueiros diante da impunidade geral.

3. Passemos, pois, ao estudo da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, adotando o sistema preconizado acima (2, *supra*).

Excelente medida veio a ser tomada com a nova redação adotada no art. 63 parágrafo único do CPP, ao estabelecer que, transitada em julgado a sentença condenatória, a execução possa ser efetuada, desde logo, pelo valor fixado no art. 387, IV.

Trata-se de um valor mínimo voltado para a reparação dos danos causados pela infração penal, tendo em conta os prejuízos sofridos pelo ofendido e que não interfere na futura liquidação, objetivando a apuração do prejuízo efetivamente sofrido pela vítima.

A medida, na realidade, é uma cópia da multa reparatória instituída pelo “Código de Trânsito Brasileiro” (Lei n. 9.503, de 23-9-1997), como penalidade (art. 297), em boa hora incorporada ao processo penal comum.

É evidente que, quando do ressarcimento civil do dano, o valor da multa reparatória terá que ser descontado, evitando-se o enriquecimento ilícito por parte do ofendido.

4. Houve um aperfeiçoamento técnico da lei, no art. 257, I, ao acrescentar que ao Ministério Público compete “*privativamente*” promover a ação penal pública. Na redação anterior dizia-se, apenas, que o Ministério Público promoverá a ação

penal pública (art. 257 do CPP). Cogita-se de correta adaptação da lei ordinária aos termos da Constituição Federal (art. 129, I), que consagrou o sistema acusatório em nossa legislação.

5. O mesmo elogio não merece o art. 265, § 1º, ao ditar que a audiência poderá ser adiada, se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer. Como assinalou o juiz Fausto Martin de Sanctis², em lúcida apreciação a respeito da inovação, basta a juntada de um atestado médico para o interessado pleitear a não-realização da audiência. Ora, no regime anterior, “a falta de comparecimento do defensor, *ainda que motivada*”, não determinava o adiamento de ato algum de processo, devendo o “juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato” (art. 265, parágrafo único).

Observe-se que, mesmo no procedimento do Júri, rico de formalidades inúteis e incompatíveis com a celeridade dos processos, o art. 403 do CPP já previa que, mesmo no caso de enfermidade do defensor, será ele substituído, definitivamente, ou para o só efeito do ato.

6. Introduziu-se, no meu entendimento com vantagem em relação à legislação anterior, a citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 do Código de Processo Civil, na hipótese em que o réu se oculta para não ser citado, devendo o oficial de justiça certificar a ocorrência (art. 362). No regime anterior a citação era efetivada por edital, com prazo de 5 dias, modalidade de citação ficta, sem dúvida, por demais precária e menos efetiva que a citação com hora certa. Uma vez complementada a citação com hora certa, caso o acusado não venha a comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

Entendo que, em tal circunstância, não há razão para a suspensão do processo, uma vez que o réu tem pleno conhecimento de que está sendo procurado pela Justiça, mesmo que ele não venha a constituir defensor, até porque não houve citação por edital.

² Sanctis, Fausto Martin de, “Sociedade indefesa”, extraído do jornal “O Globo”, de 19 de julho de 2008, “Seção Opinião”, p. 7.

7. O *caput* do art. 383 do CPP repete o princípio da livre dicção do direito: *narra mihi factum dabo tibi jus*. Trata ele da *emendatio libelli*.

Porém, o parágrafo primeiro do aludido dispositivo inova ao admitir, na fase de sentença, a proposta de suspensão condicional do processo se, em razão da nova definição jurídica, o caso o permitir. É sabido que o *sursis* processual é uma medida a ser proposta pelo Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia (art. 89 da Lei 9099/95). Nada impede que, em casos excepcionais, o *Parquet* venha a fazê-lo em momento posterior, desde que, no decorrer da instrução criminal surjam *novos* elementos que demonstrem ser adequada aquela providência, pois, muitas vezes, quando da denúncia, não dispunha de dados para tal. Porém, não me parece acertada a suspensão condicional do processo após nova definição jurídica advinda na fase da sentença condenatória. Após a sentença, o juiz exaure a sua jurisdição, não mais devendo inovar no feito. Só restará ao magistrado, nesta fase, conceder ao réu o *sursis* clássico. Que fique bem clara nossa posição: a suspensão condicional do processo só devia ser admitida no decurso da ação penal, com o oferecimento da denúncia, e sempre *antes* da fase da sentença.

Agora, com a nova lei, permite-se, quando da sentença, desde que a nova definição jurídica o admita (e atendidos, evidentemente, os demais requisitos a que se refere o art. 89 da Lei 9099/95) a medida de despenalização. É certo que o *sursis* clássico faz supor a existência de sentença condenatória, tendo, portanto, caráter retributivo. E tanto isto é verdade que, uma vez revogado, o condenado cumpre a pena que apenas se encontrava suspensa. Já a suspensão condicional do processo não reveste natureza sancionatória. Portanto houve um abrandamento da lei. Um entre tantos.

Não se cogitou, na oportunidade, da possibilidade de o Ministério Público vir a interpor recurso contra sentença que propiciou nova definição jurídica para o fato, rendendo ensejo à suspensão condicional do processo:

Quid iuris?

Não vislumbro solução outra que não seja a subida do recurso, quando, então, a definição jurídica restará definida.

Mas as dificuldades não se encerram aí. Com efeito, dispõe o parágrafo segundo do art. 383 que, em se tratando de infração penal da competência de outro juízo, a este serão remetidos os autos. Até aí, tudo bem. E se o novo juízo não aceitar a sua competência? Só restará a este suscitar o conflito negativo de competência (ou de jurisdição, conforme o caso). Até que tudo se resolva é que se poderá saber se o *sursis* processual terá ou não aplicação. Compreende-se, agora, a sábia razão pela qual a lei anterior cogitava da suspensão condicional do processo antes da sentença.

8. O art. 384 do CPP cogita da *mutatio libelli*.

Assinala o aludido dispositivo que, encerrada a instrução probatória, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou a queixa (art. 29 do CPP), caso da prova colhida haja cabimento de nova definição jurídica do fato, pela presença de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação e que, como tal, o réu não teve a oportunidade de se defender. Para tanto, o *Parquet* disporá do prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude dela tenha sido instaurado processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Conclui-se da lei que se trata de aditamento espontâneo, que deverá conter os mesmos requisitos de uma inicial de acusação.

Caso o órgão do Ministério Público não proceda ao aditamento, aplica-se a regra do art. 28 do CPP.

Não há dúvida que o regime atual apresenta-se tecnicamente mais perfeito, uma vez que põe de lado a possibilidade do aditamento provocado, violador do sistema acusatório³. E tanto isto é verdade, que a última palavra sobre a acusação será dada pela chefia do *Parquet*.

Ouvida a defesa, no prazo de 5 dias, o juiz, caso venha a receber o aditamento, atendendo a requerimento de qualquer das partes, dará prosseguimento ao feito, com a continuação da audiência, colheita de provas e novo interrogatório do réu, realizando-se, por fim, os debates e o julgamento.

³ Consulte-se, a propósito, meu estudo “O aditamento Provocado – Uma Heresia”, “Separata”, “Revista Forense”, volume 375.

Não recebido o aditamento, o processo terá seguimento.

Haverá recurso contra a decisão que rejeite o aditamento?

Penso que sim, através de apelo residual previsto no art. 593, II do CPP.

Parece-me que o art. 384 do CPP cogitou, apenas, do aditamento objetivo ao referir-se somente à nova definição jurídica. Dessa maneira, se for o caso da inclusão de novo réu (aditamento subjetivo) só restará ao Ministério Público, diretamente, instaurar novo processo contra o imputado não incluído na acusação originária.

9. O parágrafo único do art. 387 do CPP, coerente com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF), e com os dizeres da Súmula 9 (nove) do STJ, exige que o juiz decida fundamentadamente sobre a manutenção da prisão ou, se for o caso, a respeito da imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, por ocasião da sentença condenatória. Abrange, assim, a cautelar pessoal e a real, além de assegurar o conhecimento da apelação que vier a ser interposta. Depreende-se do dispositivo que a lei processual, ao usar a expressão, no final do parágrafo único do art. 387, “sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”, desejou assegurar que, em qualquer caso, ainda que ausente ou foragido, possa o réu interpor apelação, por intermédio da defesa, mesmo na hipótese em que não venha a ser preso provisoriamente, tendo em conta o art. 8º, n.2, “h”, do Pacto de São José da Costa Rica⁴, que assegura ao réu o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, sem fazer qualquer ressalva ou restrição.

10. Chega-se, agora, ao exame dos procedimentos. O art. 394 emprestou, sem dúvida, tratamento sistemático à matéria. No regime anterior, por exemplo, o procedimento sumário vinha elencado entre os procedimentos especiais, quando, na origem, ele nada mais era que o rito comum dos crimes apenados com detenção (art. 539 do CPP) não regulados pela Lei 9.099/95.

⁴ Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, que promulgou a “Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (“Pacto de São José da Costa Rica”, de 22 de novembro de 1969). A Carta de Adesão pelo Governo brasileiro a essa Convenção veio a ser depositada em 25 de setembro de 1992.

Era tão comum como o que se previa para os crimes apenados com reclusão (art. 394, antigo). Que dizer do absurdo encarte do “processo” do Júri no meio do rito comum (Livro II, Título I, Capítulo I) e vai por aí...

Agora, não; o procedimento será comum e especial, dividindo-se o primeiro em ordinário, sumário e sumariíssimo (art. 394, § 1º). Reserva-se o rito ordinário para os casos mais graves, quando o feito versar a respeito de crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (I). O sumário só tem aplicação nos crimes, desde que a pena máxima cominada for inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (II). Por fim, o rito sumariíssimo abrange as infrações penais (portanto, crimes e contravenções) de menor potencial ofensivo (III), regidas na atualidade, pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Fez-se, como era de esperar, o procedimento comum como rito-regra, salvo disposições em contrário constantes do próprio Código ou de lei especial (art. 394, § 2º do CPP). Tal dispositivo guarda compasso com o disposto no art. 394, § 5º, este voltado para o procedimento ordinário. Parece-me ociosa a determinação constante do parágrafo terceiro, pois o procedimento do Tribunal do Júri é especial, devendo, em relação a ele, ser observados os preceitos legais indicados nos arts. 406 a 497 do CPP.

Importante mandamento legal vem inserto no art. 394, § 4º ao dispor que o ordenamento constante dos arts. 395 a 398 do Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no Código. Em razão do aludido preceito legal criou-se para o processo penal um verdadeiro rito bifásico: a primeira parte reservada para o *judicium accusationis* (art. 395 a 397) e a segunda fase voltada para *judicium causae* (arts. 399 e seguintes).

Importou-se, destarte, do processo civil o julgamento antecipado da lide. Trata-se de uma boa medida? Não.

A obsessão do legislador, pelo menos em palavras, foi a de imprimir maior celeridade à aplicação da Justiça. Pois bem: esta primeira fase só vai servir para estender, ainda mais, o curso da ação penal, como será demonstrado.

Por maior louvor que se possa tecer à nova fase procedimental, tão elogiada por nomes da maior representatividade no estudo do processo penal, invocando-se, inclusive, legislação e doutrina alienígenas, creio que não se deve receber, de forma acrítica, qualquer novidade, pelo simples fato de que, em alguns países cultos, tais providências foram adotadas. É preciso estar atento para a nossa realidade, evitando-se eternizar os processos. Acaso a situação anterior não garantia o devido processo legal? Por quê mudá-la? Segundo dados colhidos da OAB, o País conta com 7,7 juízes por cem mil habitantes, enquanto na Alemanha essa mesma relação é a de um juiz para cada três mil habitantes (vide informe da Editora Revista dos Tribunais, nº 54, p.4). Por quê, então, estendermos cada vez mais os ritos?

11. Pode-se dividir esta primeira fase, que chamaria de juízo de acusação, em dois momentos:

- a) o de apreciação da denúncia ou da queixa (art. 395), como antes ocorria;
- b) o de citação do acusado, se recebida a inicial.

Caso a petição inicial não seja rejeitada liminarmente (letra “a”), o acusado será citado (letra “b”) para responder, por escrito, à acusação no prazo de 10 (dez) dias (art. 396). No regime anterior, o prazo de alegações preliminares era de três dias, encontrando a ação penal já em curso, pois não havia a fase preliminar. Só por esses dados, já dá para ver como a alegada celeridade não passa de uma falácia.

Nas causas indicadas para a rejeição da denúncia, há alusão à falta de pressuposto processual. É de relevar, porém, que, no caso de incompetência, a hipótese não se subsume na rejeição da inicial, mas sim na remessa dos autos ao juiz competente. É, assim, que a matéria é regulada, com inteiro acerto aliás, nos arts. 108 a 110 do Código de Processo Penal.

O art. 396-A regulamenta a fase de dilação petitória e a da dilação probatória. A primeira demonstrada pela resposta, em si, à acusação e a segunda pelas provas que o acusado pretende produzir. O dispositivo em tela é verborrágico quer numa fase, quer noutra. É evidente que, com a resposta, ao lado do mérito, a parte pode argüir preliminares. E, em segundo lugar, bastaria que a lei dissesse “produzir todos os meios de prova que o caso comportar”, na parte relacionada com a prova.

Quanto às exceções (art. 396-A, § 1º) vale a ponderação de que elas, em regra, não suspenderão o curso do processo (art. 111 do CPP).

Torna-se necessário que o juiz, mais que nunca, exerça severa fiscalização para que a instrução probatória não se transforme num verdadeiro processo de conhecimento prévio, fazendo com que a prova a ser produzida se volte, precipuamente, para uma das causas que possam conduzir à absolvição sumária (art. 397), não enveredando para questões outras que deverão ficar reservadas para o juízo de mérito.

Neste momento procedimental incumbe ao réu demonstrar, em sua defesa, a existência de *manifesta* causa excludente da ilicitude do fato, de *manifesta* causa que exclua a sua culpabilidade, ou, ainda, uma causa de extinção da punibilidade. Em relação às duas primeiras a prova deverá ser *manifesta, inequívoca*, não passível de dúvida. Em caso contrário, a matéria deverá ficar reservada para o juízo de mérito que se seguirá. Já no que tange à extinção da punibilidade, a prova será documental, oral ou, ainda, restará evidenciada nos próprios autos, dependendo da causa invocada.

A lei deveria ter limitado o número de testemunhas. Como não o fez, cabe ao juiz, provendo à regularidade do processo (art. 259 do CPP) indeferir qualquer providência protelatória, até porque a absolvição sumária só se dará quando *manifesta e indiscutível* a prova dos autos, dado que faz com que não haja necessidade de instrução probatória extensa.

A lei usou, nesta fase, a palavra *citação* (arts. 396 e 396-A, § 2º), o que demonstra que a relação processual estará instaurada com o oferecimento da denúncia ou da queixa.

Aliás, não poderia haver absolvição sumária sem a citação do acusado (não-indiciado, que não responde a qualquer ação penal), como o afirma o art. 397, gerando efeitos definitivos para o processo, pois, uma vez trânsita a absolvição, o processo não mais poderá ser reaberto pelo mesmo fato. Antes, o que poderia ocorrer seria a mera rejeição da denúncia (art. 395) em relação ao indiciado, despacho, como sabido, provisório e que pode ser revisto a todo tempo, desde que

surja fato novo (Súmula 524 do STF), caso ela envolva apenas suporte probatório.

É preciso, também, que o fato narrado, *evidentemente*, não constitua crime. Na dúvida, torna-se incabível a absolvição liminar.

Da sentença de absolvição sumária cabe recurso de apelação (art. 593, I do CPP) pois em jogo decisão de mérito. Quanta celeridade!

12. Recebida a denúncia ou a queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399). Nessa fase há mera *intimação* do réu, pois ele já foi citado quando do juízo de acusação, ficando, assim, vinculado à instância.

Não adotou o legislador o critério que presidia o rito dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos nos crimes afiançáveis, em que havia, na fase inicial, a notificação do acusado para resposta (art. 514) e a citação posterior caso a denúncia ou a queixa viesse a ser recebida (art. 517). Aliás, no regime do Código de 41, bastava a resposta do defensor nomeado, caso não fosse conhecida a residência do acusado ou ainda se este se achasse fora da jurisdição do juiz (art. 514, parágrafo único). Agora, exige-se a *citação* por edital do réu, sem maiores especificações, ou seja, desde que ele esteja em lugar incerto e não sabido (art. 396, parágrafo único). Não fixou a lei prazo para o edital, devendo, em consequência, o lapso temporal ser regulado no máximo (art. 361 do CPP)

13. Outra novidade consiste na adoção do princípio da identidade física do juiz em nossa legislação processual penal (art. 399, § 2º). Não me parece uma medida adequada em razão do que estabelecem os arts. 400 e 533, em que se pretende que toda a prova seja colhida em única assentada. Ora, quem milita no foro criminal sabe muito bem que isso dificilmente poderá ser realizado. No processo civil, ao contrário do que se dá no penal, a incidência da prova oral é muito menor. Na prova penal, em regra, deve-se ouvir o ofendido (“sempre que possível”, diz a lei no art. 201), inquirir, em média, três testemunhas e interrogar o réu. Isto em procedimento simples, em que só haja um ofendido e um acusado. A concentração da prova oral só irá tumultuar ainda mais a pauta das audiências (art. 400, § 1º).

Observe-se, ainda, que a lei estabeleceu uma ordem rígida para as diversas declarações: o ofendido presta declarações em primeiro lugar, após dá-se a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa e, por fim, ocorre o interrogatório do acusado, “*nesta ordem*”, enfatiza a lei, de forma peremptória (art. 400). Suponha-se, por exemplo, que o ofendido não compareça. Basta isso para a audiência ser adiada, pois o Código não admite inversão da ordem legal.

Tecnicamente, pode-se afirmar que a ordem de declarações que a lei estabelece é a mais correta, porém, deveria dar-se maior flexibilidade ao juiz para alterá-la, desde que, no caso, não houvesse prejuízo *concreto* para a acusação ou para a defesa. Aliás, anteriormente, a jurisprudência já admitia que a inversão da ordem na inquirição das testemunhas não acarretava nulidade para o processo desde que não houvesse prejuízo para parte (art. 563 c/c 566 do CPP). Agora, com a expressa determinação da lei, “*nesta ordem*”, pode-se afirmar (sem ser profeta) que tais exigências, para que sejam atendidas (não se muda a realidade por força de lei), irão acarretar adiamento de audiências. Tem mais: a análise que aqui se fez partiu de um processo simples em que não haja requerimento para esclarecimento do perito, acareações e quejandos, contando com um só ofendido, com duas ou três testemunhas, em média, e com um acusado, tudo ocorrendo em um processo sem maiores incidentes.

Outra anotação estranha constante do art. 400 e aplicável ao art. 533 diz respeito ao reconhecimento de pessoas e coisas, que, antes, não se realizava em juízo por absoluta impossibilidade material da sua efetivação (arts. 226 a 228 do CPP). Na instrução criminal o que ocorria era o reconhecimento por mera indicação no depoimento da testemunha ou do ofendido. Agora, no entanto, pelo que indica o art. 400 do CPP, haverá aplicação das regras dos arts. 226 a 228 do CPP? Como? Interrompe-se a audiência para a montagem das exigências a que alude o art. 226 do CPP?

Se assim for, sinto que qualquer audiência, de porte médio, vai levar um dia inteiro para ser realizada, pelo menos nos grandes centros, caso não seja remarcada. Ainda bem que o art. 226, II, da lei processual penal usa a expressão “se possível”,

dando ao juiz a possibilidade de uma saída honrosa para não cumprir o Código. No fim de contas *ad impossibilia nemo tenetur*.

Não me refiro aqui, evidentemente, às audiências de grande porte, contando com grande número de acusados, de ofendidos e de testemunhas, típicas dos grandes escândalos financeiros, na atualidade numerosos e até rotineiros, onde, evidentemente, haverá necessidade do desdobramento dos atos processuais, prorrogando-se, em dias diversos, guardada, sempre, a identidade física do juiz e a ordem rígida estabelecida na lei para as diversas declarações. Basta que um ofendido não compareça para que a colheita da prova oral não possa prosseguir (art. 400). Dessa maneira, a regra do art. 400, § 1º do CPP, ao estabelecer que as provas serão produzidas “numa só audiência” nem sempre (ou quase nunca) poderá ser cumprida por afrontar a realidade, salvo nos casos mais simples, desde que se observe a ordem rigorosa estabelecida na lei e que não haja incidentes, tais como acareações, diligências, esclarecimentos de peritos etc...

Ressalte-se, ainda, que os processos volumosos nem sempre se referem aos crimes do colarinho branco⁵. Há vários feitos contando com muitos volumes, diversos réus, inúmeras testemunhas e vários ofendidos, envolvendo quadrilhas, roubos e sequestros praticados pela bandidagem rústica das ruas, dos morros e favelas, que, igualmente, enfrentarão as mesmas dificuldades para o atendimento da lei.

Antevejo, assim, sérias dificuldades para o andamento dos processos nas varas criminais. Oxalá esteja errado!

14. Produzidas as provas (instrução probatória), ao final da audiência, caso não haja necessidade de que ela seja convertida em diligência, segue-se a fase de alegações finais orais (instrução postulatória). O art.

⁵ Denominação usada por Sutherland (Edwin H.) na sua obra “White-Collar Criminality”. A mesma expressão é adotada por Pimentel (Manoel Pedro) no seu estudo “Crime do Colarinho Branco”, publicado in *Justitia*, nº 81, pp. 214/224. Consulte-se, ainda, meu livro “Temas de Processo Penal”, 2ª edição, 2000, pp. 41 e seguintes, quando examinei a matéria, ressaltando o valor da prova indiciária para a comprovação de tais infrações penais.

402 previu que o Ministério Público, o querelante, o assistente e o acusado possam, antes de abordar o mérito, requerer diligências, desde que *necessárias* (isto é, aquelas que possam influir na decisão da causa) em razão de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Não se referiu ao juiz; porém, em complemento, o art. 404 alude à diligência (“considerada imprescindível”) ordenada de *ofício* ou a requerimento da parte, para que a audiência seja concluída sem alegações finais. Por sinal, ainda que a lei não se referisse ao magistrado, é óbvio que ele poderia determinar qualquer diligência necessária, em função do sistema do livre convencimento.

Caso não haja diligências determinadas pelo juiz nem requeridas pelas partes (ou, no caso destas, ocorrendo o indeferimento), chega-se à fase de alegações finais orais por 20 (vinte) minutos para as partes, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo, o juiz, em seguimento, a sentença.

O art. 403, § 1º estabelece que, havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual. A providência é absolutamente correta e técnica, indo ao encontro da garantia da ampla defesa (art. 5º, LV da CF). No entanto, mais uma vez, a balança pendeu, sensivelmente, em favor da defesa, pois, em tal caso, na pior hipótese, deveria ter sido concedido ao Ministério Público o prazo em dobro para que o *Parquet* pudesse enfrentar as diversas defesas individuais (40 minutos, prorrogáveis por mais 20 minutos), ou seja, uma hora.

Quando se fala em contraditório homogêneo deve-se entender que a paridade de armas deve ser exercida na sua totalidade ou pelo menos de forma aproximada de maneira que a acusação, apesar do princípio do *favor rei*, não se veja enfraquecida. Nesse passo, não basta que, tecnicamente, ela seja do mesmo nível; impõe-se, também, que o contraditório se faça de equilibrado, dando a ambas as partes a oportunidade de um exercício adequado do seu múnus. Tal como está na lei, os “processos volumosos”, que envolvem inúmeros réus, deixarão o Ministério Público em situação de nítida inferioridade. O contraditório, no meu entendimento, tem mão dupla (art. 5º, LV da CF).

Note-se o cuidado que o legislador teve em resguardar, sempre, a defesa, qual se colhe da leitura do parágrafo segundo do art. 402, providência, sem dúvida,

elogiável, pois, quando houver assistente do Ministério Público, que gozará de 10 (dez) minutos para a sua fala, após a do *Parquet*, prorroga-se, por igual período, o tempo de manifestação da defesa.

Por quê, então, dois pesos e duas medidas?

Observe-se que a lei não previu a ocorrência da hipótese cogitada no art. 29 do CPP, caso em que não se estabeleceu prazo para as falas do querelante e do Ministério Público, uma vez que este deve “intervir em todos os termos do processo”. Caberá, em tal caso, ao juiz distribuir o tempo de atuação da acusação entre o querelante e o *Parquet*, valendo o registro de que o Ministério Público, interessado na decisão justa, nem sempre estará, em seu pronunciamento, quanto ao mérito ou em relação a uma questão processual, identificado com o do acusador particular. É um aspecto que o juiz deve atentar quando da divisão de tempo de cada fala.

15. Na verdade, manda o bom senso que o juiz, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceda às partes o prazo de 5 (cinco) dias, sucessivamente, para apresentação de memoriais. É a salutar providência prevista no art. 403, § 3º. Nesse caso, a seguir, terá o magistrado o prazo de 10 (dez) dias para prolatar a sentença.

Em ocorrendo a realização de diligência imprescindível, determinada de ofício ou a requerimento da parte, como a audiência foi concluída sem a apresentação de alegações finais, uma vez ultimada a diligência ordenada, não se reabre a audiência, cabendo às partes apresentar memoriais, no prazo estabelecido na lei, seguindo-se a sentença (art. 404, parágrafo único).

A diligência a ser realizada deve ser, como diz a lei, “imprescindível” para o esclarecimento da verdade processual. Em caso contrário, não se justifica a providência.

Portanto em 2 (duas) hipóteses, uma facultativa e outra obrigatória, justifica-se a apresentação de memoriais:

a) quando o caso reveste-se de complexidade ou quando o número de acusados recomendar a medida;

b) quando a audiência for concluída sem a realização de alegações finais em razão da necessidade de realização de diligência considerada imprescindível.

No primeiro caso (letra “a”), o juiz terá a faculdade de conceder às partes a apresentação de memoriais. No entanto, como já registramos, manda a boa razão que assim proceda.

No segundo (letra “b”), não se renova a audiência, devendo as razões finais ser apresentadas, obrigatoriamente, através de memoriais.

16. O art. 405 trata da documentação do desdobramento dos atos processuais ocorridos em audiência, “em breve resumo dos fatos relevantes”. O termo respectivo será assinado pelo juiz e pelas partes.

Já o parágrafo primeiro apresenta certas peculiaridades que merecem análise. Ali se diz que “sempre que possível” (art. 405, parágrafo primeiro) far-se-á o registro, objetivando obter maior fidelidade das informações, dos depoimentos dos diversos sujeitos da prova oral. Afirma-se que tal registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual.

Obrou com acerto o legislador ao usar a expressão “sempre que possível”, pois a realidade brasileira é bastante heterogênea, havendo lugares em que aqueles meios, de grande fidelidade para informações, não possam, por falta de recursos materiais e humanos, encontrar aplicação. Aliás, nem mesmo nos grandes centros pode-se ter certeza se e quando poderão ser implementados.

Há uma anotação curiosa do aludido parágrafo primeiro quando ele faz referência ao investigado, figura processual até então estranha ao nosso direito instrumental penal. Refere-se, também, ao indiciado (pessoa que responde a um inquérito policial). Quanto ao indiciado, evidentemente, gozará ele do direito ao silêncio, devendo, no entanto, constar afirmação sua de que não pretende prestar declarações.

Ao referir-se somente ao investigado e ao indiciado, omitindo-se quanto ao acusado (ou réu), o legislador dá a entender que somente pretende o uso daquelas tecnologias na fase pré-processual. É de ver, porém, que o parágrafo primeiro subordina-se ao art. 405, que está voltado para a audiência, parecendo-me, assim, que o uso de toda técnica a que se refere o parágrafo deve ser aplicado, também, e com maior razão, na fase judicial.

Assim, quando da audiência, além do registro a que se refere a cabeça do art. 405, “sempre que possível”, deverá ser aplicada, conforme o caso, uma das técnicas cogitadas nos parágrafos primeiro e segundo.

Fica-me a dúvida: quem será o investigado, já que a lei não usa palavras em vão? Penso que o investigado será a pessoa que ainda não chegou a ser indiciado no procedimento respectivo. Trata-se de mera suposição. O investigado, a fortiori, igualmente não estará obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas.

17. O processo sumário segue, *servatis servandis*, critérios assemelhados ao do procedimento ordinário (art. 531 c/c 400).

A audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias. No processo ordinário, o prazo para a realização daquela audiência é 60 (sessenta) dias. A ordem da colheita da prova oral no procedimento sumário é a mesma do processo comum ordinário: ofendido (I), testemunhas arroladas pela acusação (II) e, após, as da defesa (III), esclarecimentos eventuais do perito, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas (IV), deixando-se, para o fim, o interrogatório do acusado (V). “Nesta ordem”, diz a lei. Abre-se a ressalva para o caso de expedição de carta precatória (art. 222 do CPP). É certo que o aludido dispositivo (art. 222) faz referência somente à testemunha. Porém, quero crer, aplica-se, por analogia, também ao ofendido. Vale a anotação, quer para o processo ordinário, quer para o processo sumário, até porque a expedição de precatória não suspende a instrução criminal (art. 222, parágrafo primeiro), não impedindo o julgamento (art. 222, § 2º). No entanto, uma vez devolvida a precatória, será juntada aos autos.

As diferenças entre os dois ritos reside no prazo de sua realização (60 dias para o ordinário e 30 para o sumário), bem como quanto ao número de testemunhas (8 para cada parte no ordinário e 05, também para cada parte, no sumário — art. 533).

A exigência no sentido de que as provas sejam produzidas em uma só audiência (art. 533 c/c art. 400, parágrafos 1º e 2º) parece-me distante da realidade. Já tivemos a ocasião de analisar a questão, quando do exame do rito ordinário (13 a 16, supra).

Há uma regra, no mínimo estranha, contida no art. 400, § 2º, segundo a qual os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes. Trata-se de dispositivo que agride o sistema do livre convencimento e o princípio da verdade processual, pois nada impede que o juiz, de ofício, determine a providência, caso venha entender necessária a medida, haja ou não requerimento prévio da parte. Demais disso, na atualidade, haverá um só perito oficial, não mais ocorrendo a atuação de dois peritos, como previa a art. 159 do CPP.

Haverá possibilidade da apresentação de memoriais no processo sumário?

A lei não cogitou do emprego de memoriais, ao contrário do que ocorre no rito ordinário (art. 403, § 3º).

Com efeito, ao ocupar-se do procedimento sumário (arts. 531 a 536) não cuida daquela providência. No particular, ao regular a audiência (art. 534), deixa claro que “as alegações finais serão orais”.

A lei não cogitou do emprego de memoriais, ao contrário do que ocorre no rito ordinário (art. 403, § 3º).

Com efeito, ao ocupar-se do procedimento sumário (arts. 531 a 536) não cuida daquela providência. No particular, ao regular a audiência (art. 534), deixa claro que “as alegações finais serão orais”.

O legislador, quero crer, partiu do princípio segundo o qual as infrações penais sujeitas ao rito sumário, por serem de menor gravidade (art. 394, § 1º, II), não ensejariam o emprego de memoriais. Porém, segundo entendo, pode ocorrer que o caso apresente complexidade ou, ainda, número excessivo de acusados. Penso

que, em tal hipótese, o juiz poderá aplicar, subsidiariamente, as disposições do rito ordinário (art. 394, III, § 5º), admitindo a apresentação de memoriais (instrução postulatória), pois a complexidade do caso e/ou o número de acusados não guardam, necessariamente, relação com a pena, nem com a gravidade do fato.

O art. 533 manda aplicar ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400, no sentido de que as provas serão produzidas numa só audiência, devendo o juiz indeferir as consideradas, irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Quanto à questão dos peritos (art. 400, § 2º) já tivemos a ocasião de analisar linhas acima (17, supra). No que se refere às provas orais, todas a serem realizadas em uma só audiência, igualmente, já demonstramos nossa apreensão (13, supra).

Resta de pé a crítica já apresentada quando do exame do procedimento ordinário (14, supra), pois, aqui também, no rito sumário, não se cogitou de aumentar o tempo da sustentação oral da acusação, sempre que houver mais de um réu, referindo-se a lei, apenas, ao imputado (art. 534, § 1º). Dever-se-ia, na hipótese, dobrar o tempo das alegações finais orais da acusação para que se obedecesse o princípio da igualdade das partes, estabelecendo-se um melhor equilíbrio com o princípio do favor *libertatis*.

18. Prevê o art. 538 que, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário. Portanto, ainda que o fato verse a respeito de crime sujeito ao rito ordinário (o que não é provável mas que, em tese, pode ocorrer), adota-se o procedimento sumário. Trata-se de regra estranha e dispensável, pois, em boa técnica, o juizado especial deveria remeter o processo para o juízo comum cabível, adotando-se, conforme o caso, o rito ordinário ou sumário.

19. Que se pode dizer, no conjunto, das reformas introduzidas em nosso processo penal através da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008?

Há medidas boas que foram objeto de análise no decorrer do presente estudo. No entanto, se a finalidade da lei foi a de tornar célere o processo e o julgamento dos feitos criminais, parece-me que a emenda saiu pior que o soneto (10, supra). Basta o registro de que se criou uma fase preliminar (arts. 396 e 397) que denominei

como sendo de um verdadeiro “*judicium accusationis*”, ensejando resposta do acusado e ampla dilação probatória (art. 396-A), que, segundo assinalado (11, supra), deverão sofrer rigorosa fiscalização do juiz para que não se prestem à alicantina e à má-fé, transformando-a num outro processo de conhecimento.

Outro sonho de uma noite de verão do legislador foi o de pretender que todas as provas sejam produzidas numa só audiência, concluindo-se tudo, inclusive os debates, em única assentada. No momento oportuno, destaquei, que, dificilmente, a lei encontrará aplicação, por afastar-se da realidade, pelo menos a dos grandes centros (13, supra).

Cumprе ressaltar, por fim, que o processo já tem início com a citação do réu (art. 396 c/c 363 do CPP) na fase do juízo de acusação, interrompendo-se a prescrição a partir do recebimento da denúncia ou da queixa (art. 117, I do CP). Caso venha a ocorrer o julgamento antecipado da lide, nas hipóteses *taxativamente* previstas no art. 397, uma vez trãnsita a sentença, não terá início a fase processual relativa ao julgamento de mérito.

Por fim, pode-se notar o sensível prejuízo da acusação, não somente pelos fatos já destacados no decorrer do presente trabalho, como também, no particular, na fase final de julgamento, quando dos debates, quer no processo ordinário, quer no sumário, sempre que, na ação penal, houver mais de um acusado (14, supra).

20. As modificações trazidas pela nova lei somente propiciam vantagens para a defesa, ao retardar sensivelmente o andamento dos processos, frustrando as expectativas sociais, ao lado de contribuírem para o aumento da violência, ao deixar a sociedade, cada vez mais, ao desamparo.

Dezembro de 2008.

