

A reforma processual penal

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça

Maria Thereza Rocha de Assis Moura
e Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Sumário

1. A(s) reforma(s) e seu contexto. 2. As reformas já consolidadas e os primeiros precedentes do STJ. 2.1. A nova redação do art. 212 do CPP. 2.2. O excesso de linguagem na decisão de pronúncia. 2.3. A revogação do art. 594 do CPP. 2.4. A interpretação do art. 387 do CPP, com a redação trazida pela Lei 11.719/2008. 3. Conclusão.

1. A(s) reforma(s) e o seu contexto

Da sociologia do direito vem a lição de que a existência de uma constituição avançada, em termos democráticos, pouco representará se os ocupantes dos mais altos postos do Estado ainda se ressentirem de mentalidade nostálgica de tempos autoritários. (FARIA, 1978, p. 79-80)

Decorridos vinte anos de nova ordem constitucional, marcadamente de cariz garantista, significativas são as conquistas no campo penal. Por mais que, por vezes, discursos de ocasião bem ao gosto da sensação midiática tenham trazido alguns revezes, nota-se saldo positivo, autorizando a assunção de posição otimista.

Certo é que, com a nova ordem constitucional, prevaleceu o espírito de que era preciso reformar a legislação processual penal, para sintonizá-la com a Constituição e impor ao poder punitivo os seus imprescindíveis limites.

A propósito, vale a pena trazer à colação o inexcusável culturalista sergipano Tobias

Maria Thereza Rocha de Assis Moura é Ministra do Superior Tribunal de Justiça e Professora Doutora da Faculdade de Direito da USP.

Mohamad Ale Hasan Mahmoud é Assessor do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP e Professor do IDP/DF.

Barreto (2003, p. 133), que teceu, de modo ao mesmo tempo ácido e certo, suas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir:

“Mas esta é a verdade: no círculo da natureza, onde até a beleza é a expressão de uma victoria, nada existe que não seja o producto de um desenvolvimento, ou este se conte por minutos, ou por myriades de séculos. E tendo-se em vista o imenso espaço de tempo necessario para a explicação de certos phenomenos, de transição tão lenta, que se nos afiguram estacionarios e fixos, – é evidente que a humanidade, como tudo que lhe pertence a titulo de propriedade, herdade ou adquirida, não passa de um *parvenu*. Ainda hontem *macaca*, – e hoje *fidalga*, que renega os seus avós e vive à cata de pergaminhos para provar a sua nobresa, como filha unigenita dos deuses.

No mesmo caso está a moral, no mesmo caso o direito; ainda hontem força e violência, ainda hontem simples expressão de *experiência capitalisada* no processo de eliminação das irregularidades da vida social, e já hoje alguma cousa que se impõe, *sub specie aeterni*, ao nosso culto e á nossa veneração.”

A primeira grande reforma pensada para o vetusto Código de Processo Penal seguiu o plano idealizado há quase uma década, sob a batuta da Professora Ada Pellegrini Grinover¹, pautado por atualização fragmentada: elaborados onze anteprojetos que, após ampla discussão, foram reduzidos a oito: prisão especial (Lei 10.258/01); interrogatório (aproveitado em parte na lei 10.792/03); júri (Lei 11.689/08); provas (Lei 11.690/08); procedimentos (Lei 11.719/08); prisão, medidas cautelares e inquérito po-

¹ A Comissão, secretariada por Petrônio Calmon Filho, foi composta ainda por Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

licial – aprovados na Câmara e em trâmite no Senado Federal.

A então chamada Comissão de Reforma justificou, à época, a opção pela reforma fatiada em oito Projetos, tendo em vista as reconhecidas dificuldades na aprovação de um Código inteiramente novo.

Tendo como base o mesmo fundamento garantista, porém seguindo outra trilha, a Comissão criada pelo Senado Federal, em junho de 2008, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido², propôs a elaboração de um novo Código, tendo apresentado o Anteprojeto de Lei que se transformou no Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009.

É evidente que a aprovação *ex integro* de um novo Código dá mais coerência e harmonia ao sistema³, na medida em que, não raras vezes, as propostas compartimentadas acabam por ser cindidas na sua análise legislativa, desfocando-se do ideário original. Sublinhe-se, ainda, o problema lógico decorrente da promulgação de normas que se remetem a disposições cujo

² Constituíram, ainda, a Comissão: Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. A Comissão foi criada a pedido do senador Renato Casagrande (PSB-ES) e designada pelo Presidente do Senado, Senador Garibaldi Alves Filho, por meio do Ato 11/08.

³ Neste sentido, conferir o entendimento de Luiz Flávio Gomes Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinho (2008): “O ideal seria a elaboração de um novo Código, que mantivesse coerência lógica, apto, assim, a assegurar a harmonia entre seus diversos institutos. A reforma gradual, da maneira como realizada, prejudicou essa uniformidade, redundando, por vezes, em dispositivos que se revelam contraditórios entre si. Sobretudo em razão das inúmeras mudanças que os projetos originais experimentaram quando levadas à discussão no Congresso Nacional. Não se ignora, contudo, as enormes dificuldades que um novo Código encontraria para ser aprovado, bastando que se recorde dos projetos José Frederico Marques e Hélio Tornaghi, obras monumentais que não foram, porém, transformadas em lei. Em vista da impossibilidade de se cogitar de um novo Código, a única alternativa foi mesmo a promoção de alterações tópicas, mesmo que com sacrifício, vez ou outra, da coesão .

teor ainda não foi atualizado, gerando-se, pois, verdadeiro descompasso⁴.

Ademais dos problemas apontados, como o jogo democrático implica a possibilidade de várias modificações nas proposições, quanto menor for o número de projetos, ao menos em tese, mais concentradas devem ser as respectivas alterações. Esta mesma preocupação levou Alberto Silva Franco (2007, p. 109-110) a defender, como forma de preservação de pureza dogmático-científica, a apresentação de projeto de Código por meio de lei delegada. T tamanha a inquietação com a higidez do sistema conduziu o insigne penalista a asseverar, comentando o artigo 12 do Código Penal, o quanto segue:

“Não há dúvida de que o Código Penal não reflete, na atualidade, inúmeros valores carentes de tutela penal no Estado Social e Democrático de Direito, mas substituí-lo pura e simplesmente por micro-sistemas penais que atuam com total liberdade, sem que nada os prenda aos princípios constitucionais expressos ou implícitos constitui um declarado perigo ao direito de liberdade do cidadão. É exigível, sem dúvida, uma urgente reforma da Parte Especial do Código Penal idônea a absorver essa plethora de leis penais especiais. E aí, em lugar

⁴ Exemplo de tal circunstância pode ser percebido da análise do art. 413 do CPP, parágrafo 3º, incluído pela Lei nº 11.689/2008, ao determinar, quando da decisão de pronúncia, que o juiz decida, motivadamente, acerca da necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código. É palpável, aqui, que o Código se refere ao teor da proposta inserta no Projeto de Lei nº 4.208/01, ainda em tramitação, que cuida das medidas cautelares penais, porquanto na atualidade não existem medidas restritivas de liberdade cautelares previstas. Apenas para o esclarecimento do leitor, transcrevem-se as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, de acordo com mencionado projeto: “I - comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para

do art. 12 do Código Penal, seria caso de criar-se a reserva de código para efeito de obstar a volúpia legiferante e só autorizar a mudança de qualquer artigo do Código Penal mediante lei complementar que exige, para sua aprovação, maioria qualificada dos membros do Congresso Nacional.”

Concentrando-se sobre a questão sistêmica, registre-se, de passagem, que o Poder Legislativo determinou a criação, sob a coordenação do Deputado Federal Flávio Dino (PC do B-MA), de Grupo de Trabalho para o fim de elaborar projeto de lei acerca da Consolidação das Leis Processuais Penais⁵.

Em apertada síntese, estas são algumas anotações acerca do clima de reforma processual penal em que atualmente se vive.

2. As reformas já consolidadas e os primeiros precedentes do Superior Tribunal de Justiça

O objeto da presente análise restringe-se ao universo de cognição jurisprudencial da mais alta Corte infraconstitucional do país.

evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais; VII - internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 e parágrafo único do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial. Parágrafo único. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI, deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.” (NR)

⁵ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>consolidação.

Assim, foram eleitos alguns dos primeiros precedentes do Superior Tribunal de Justiça, nos quais foram enfocados tópicos da reforma já implementada no ano de 2008.

2.1. A nova redação do art. 212 do CPP

Não há dúvida de que o trabalho da Comissão capitaneada pela Professora Ada Pellegrini Grinover, tanto quanto a Comissão presidida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, consagrou o princípio acusatório⁶.

Neste diapasão, digna de nota foi a ressonância da modificação trazida pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, relativamente à instrução criminal. Destaque-se o seguinte dispositivo:

“Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

Objetivando ver reconhecida a nulidade de processo em que não se permitiu às partes formular suas perguntas na forma prevista no mencionado dispositivo legal, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios impetrou *habeas corpus*, que recebeu o nº 121.216/DF no Superior Tribunal de Justiça.

⁶ Em sentido contrário, entendendo que a reforma parcelar, tal qual implementada, não rompeu com as amarras do modelo inquisitório, conferir: COUTINHO (2008, p. 11-13). O autor asseverou: O que se há de reafirmar, enfim, é que *reformas parciais* não mudam o sistema porque não vão no núcleo do problema, ou seja, no *princípio inquisitivo*, que permanece intacto, o que se pode constatar com as recentes *reformas*, mormente aquela referente à prova e, nela, no que diz com a chamada *teoria geral da prova*. Basta que se veja, neste sentido, a nova redação do art. 156, do CPP, dada pela Lei nº 11.690, publicada em 10.06.08, que faculta ao juiz, de ofício, determinar a produção de provas e a realização de diligências que julgar necessárias para “dirimir suas dúvidas”.

A Quinta Turma, ao analisar o primeiro caso acerca da matéria, entendeu inválida a audiência realizada ao arrepio do princípio acusatório. Eis a ementa⁷:

“*Habeas corpus*. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade.

3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é

⁷ HC 121.216/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJE 01/06/2009.

evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.

4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP.”

O tema tem merecido considerações doutrinárias em sentidos divergentes.

Há quem sustente que a nova redação do art. 212 do CPP não representou a consagração do *cross-examination*, em que as partes perguntam diretamente à testemunha, sem a interferência do juiz, porque o sistema anglo-saxão de exame cruzado “é muito mais do que a mera possibilidade de formação de perguntas diretas pelas partes como fez o art. 212. O *cross-examination* é a imposição de que a acusação faça a inquirição das testemunhas e após, obrigatoriamente, a faça a defesa, com a possibilidade de reexame pelo inquisidor originário. O objetivo é afastar inconsistências dos depoimentos. Ao juiz é resguardada apenas a função de manutenção da ordem e realização de *perguntas suplementares*” (Cf. VILLARES, 2009, p. 1274-1275).

De outra sorte, tem-se entendido, de forma prevalecente na doutrina, que a reforma adotou, de forma explícita, o sistema do exame cruzado da testemunha, razão pela qual ao juiz caberá formular perguntas complementares após aquelas feitas diretamente pelas partes. E, ainda que não haja, no texto do atual art. 212 do CPP, a previsão de que a parte que arrolou a testemunha e fez o exame direto possa dirigir novas perguntas depois de encerrado o exame cruzado, como existe no sistema anglo-americano e na legislação italiana, tal possibilidade não pode ser excluída: “(...) também nessa situação – de aparecerem no exame cruzado informações novas – deve ser dada oportunidade a quem fez o primeiro exame de esclarecê-las. Mas isso, é claro, sempre dentro dos limites de pertinência

e relevância, não sendo possível imaginar que a reinquirição se preste a tornar o depoimento interminável, nem ocasião para antecipar a discussão da causa. Também é evidente que à parte contrária, que já fez o exame cruzado, não serão admitidas outras indagações” (Cf. GOMES FILHO, 2008, p. 288)⁸.

A aplicação do art. 212 do CPP pode, em primeiro momento, trazer alguma dificuldade prática, na medida em que o sistema presidencialista permaneceu em vigor durante mais de 60 anos. Mas, a tal pretexto, não se pode ignorar o espírito do legislador de trazer, de forma explícita, o modelo acusatório para o processo penal brasileiro, abolindo, assim, a moldura anteriormente em vigor⁹.

2.2. O excesso de linguagem na decisão de pronúncia

No que diz respeito às modificações implementadas no procedimento do júri, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se, recentemente, sobre o instigante tema do excesso de linguagem na decisão de pronúncia.

É sabido que, de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 11.689/2008, não há mais libelo acusatório, sendo vedada a leitura, em plenário, da decisão de pronúncia como argumento de autoridade contra o acusado¹⁰.

⁸ No sentido de que a modificação do art. 212 do CPP trouxe significativo avanço para a consolidação do modelo acusatório, v. LOUVEIRA, 2009, p. 1274.

⁹ Advirta-se, como o fez Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p. 287), ao comentar o novo art. 212 do CPP, que a alteração legislativa reclama “não só conhecimentos jurídicos, mas também algum preparo nas áreas da psicologia e da argumentação. Não bastará formular perguntas à testemunha, mas principalmente saber como fazê-lo e, em certos casos, deixar de fazer”.

¹⁰ Art. 478 do CPP: Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado.

A questão relativa ao excesso de linguagem, porém, não se esgota com tal previsão legal, na medida em que as novas disposições preveem o recebimento de cópia da decisão de pronúncia pelos jurados, os quais poderão ter acesso aos autos.

Ao apreciar o *habeas corpus* 85.891/GO, impetrado antes da reforma, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria já à luz da Lei nº 11.689/2008, entendendo que o tema não ficara superado, na medida em que o excesso de linguagem na decisão de pronúncia pode trazer prejuízo à imparcialidade dos jurados, mesmo diante da reforma ocorrida¹¹. Confira-se¹²:

“*Habeas corpus*. HOMICÍDIO DOLOSO. PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. JUÍZO DE CERTEZA DA AUTORIA E AFASTAMENTO PEREMPTÓRIO DE TESES DEFENSIVAS. INDEVIDA INVASÃO NA COMPETÊNCIA DOS JURADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 11.689/08. RESTRIÇÃO À LEITURA DE PEÇAS. PREJUDICIALIDADE DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. ENTREGA DA PRONÚNCIA AOS JURADOS. POSSIBILIDADE DE INDEVIDA INFLUÊNCIA CARACTERIZADA.

1. Configura-se excesso de linguagem quando o Magistrado, ao proferir decisão de pronúncia, avança indevidamente na matéria de competência constitucional do Tribunal do Júri.

2. No caso, o Magistrado afirmou categoricamente a autoria do crime atribuído ao paciente, além de afastar qualquer possibilidade de acolhimento da tese defensiva segundo a qual a morte da vítima decorreria do mau atendimento médico.

¹¹ V., a propósito, arts. 478 e 480, § 3º, do CPP, com a atual redação dada pela Lei 11.689/2008.

¹² HC 85.591/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009.

Plenário, não há falar em prejudicialidade do pedido, uma vez que o art. 472, parágrafo único, do CPP, prevê que os jurados receberão cópia da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação (por exemplo, o acórdão do recurso em sentido estrito).

4. Além disso, o art. 480, § 3º, do CPP, dispõe que os jurados terão acesso aos autos, o que evidencia a possibilidade de indevida influência.

5. Ordem concedida, para anular a decisão de pronúncia, determinando seu desentranhamento dos autos, bem como assegurar que outra seja proferida, em observância aos preceitos legais.”

Em igual sentido, entendendo que ainda há de se precaver do risco de excesso de linguagem no seio da pronúncia, tem-se o seguinte precedente da Quinta Turma¹³ que, na espécie, entendeu suficiente, dadas as circunstâncias, a determinação de riscar as expressões indevidas:

“PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS POR AVISO DE RECEBIMENTO – AR. VALIDADE. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. LEI 11.689/08. NOVO ART. 478 DO CPP. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em aceitar como válida a intimação do advogado por carta registrada com aviso de recebimento (AR), quando encaminhada ao endereço profissional do patrono. Ademais, no caso, a ré compareceu pessoalmente à audiência de oitiva de testemunhas, ocasião em que lhe foi nomeado defensor ad

¹³ REsp 946289/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 16/03/2009.

hoc, diante da ausência injustificada do advogado constituído.

2. Muito embora o STF, em recente julgado de 3/2/09 (HC 96.123/SP, Rel. Min. Carlos Brito), tenha expressado entendimento no sentido de que em razão da superveniência da Lei 11.689/08 – que deu nova redação ao art. 478 do CPP, impossibilitando as partes fazerem referências à sentença de pronúncia durante os debates – não mais haveria o interesse de agir das impetrações que alegassem excesso de linguagem, de outro lado, a norma inserta no novo art. 480, § 3º, do CPP permite aos jurados a oportunidade de examinar os autos logo após encerrados os debates, o que, em tese, e ao meu sentir, justificaria tal interesse.

3. Devem ser desconsiderados da sentença de pronúncia trechos nos quais o magistrado emite opinião quanto à autoria do crime, pois, de alguma forma, pode, em prejuízo à defesa, influir na convicção dos jurados. Entretanto, se a sentença de pronúncia subsiste de maneira independente, admitindo a acusação em face das provas até então produzidas quanto à materialidade e aos indícios de autoria (antigo art. 408 do Código de Processo Penal), não há por que anulá-la por completo. Precedentes do STJ.

4. Recurso especial parcialmente provido para que o Juízo de primeiro grau risque da sentença de pronúncia os trechos nos quais emite juízo de valor sobre a autoria do crime, identificados no corpo deste voto.”

Tal entendimento tem encontrado eco na doutrina, sendo esta a lição de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2008, p. 79, grifo nosso) acerca do novo art. 413 do Código de Processo Penal:

“A princípio, poderia parecer que a alteração será prejudicial ao acusado, na medida em que limitará a fundamentação do ato decisório. Contudo,

a razão de ser do dispositivo é evitar que a pronúncia se transforme em verdadeira peça de acusação, afirmando categoricamente a autoria delitiva e influenciando o Conselho de Sentença, verdadeiro juiz natural da questão. Por outro lado, o *thema decidendum* da pronúncia sempre foi a “existência do crime” e os “indícios suficientes de autoria”. O juiz que fosse além de tais questões, por exemplo, fazendo valorações a indicar a “certeza da autoria”, estaria entrando em tema desnecessário e, o que era mais perigoso, correndo o risco de exercer indevida influência sobre os jurados.”

Justamente por isso, *mesmo na sistemática anterior*, afirmava-se que, na decisão de pronúncia, a motivação deveria ser sucinta, e sem profundidade, realizada com moderação de linguagem, e em termos sóbrios e comedidos, sob pena de poder representar prejulgamento capaz de influir no posterior convencimento dos jurados.”

O tema é instigante e deve ainda provocar acalorados debates, cumprindo destacar que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, concluiu que, com a superveniência da Lei 11.689/2008, faltava interesse de agir para a impetração do *mandamus*, porquanto a reforma teria acabado com a possibilidade de leitura da decisão de pronúncia no plenário do tribunal do júri¹⁴.

2.3. A revogação do art. 594 do CPP

Os Tribunais Superiores já vinham rechaçando, de há muito, a aplicação do art. 594 do Código de Processo Penal, na exata medida em que a ampla defesa não poderia ser circunstanciada, porquanto condicionar o seguimento do recurso de apelação ao recolhimento do acusado implicaria inf-

¹⁴ Cf. INFORMATIVO 534, 2 a 6 de fevereiro de 2009. HC 96.213, relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. 3.2.2009, DJe-043 DIVULG 05.03.2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-04 PP-00814.

qua e tirânica providência¹⁵. Tanto assim que o Superior Tribunal de Justiça editou enunciado sumular a respeito do tema¹⁶, adiantando-se em relação à respectiva preocupação da reforma:

“Súmula 347: O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.”

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, contemplando fato anterior à Lei 11.719/08, mas à luz de tal comando, ordenou a soltura de acusado cuja prisão fora determinada como requisito de seguimento de sua apelação, *verbis*¹⁷:

“PROCESSUAL PENAL – *Habeas corpus* – ROUBO – PRISÃO CAUTELAR DETERMINADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – MERA ALUSÃO AO REVOGADO ARTIGO 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PE-

¹⁵ Neste sentido: STJ: HC 73.020/PB, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJe 15/09/2008; HC 68.159/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 05/11/2007 p. 305. STF: HC 88420/PR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 17/04/2007, DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00037 EMENT VOL-02279-03 PP-00429 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 466-474; HC 91945/SP, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-02 PP-00416.

¹⁶ TERCEIRA SEÇÃO, 23/04/2008, DJe 29/04/2008.

¹⁷ HC 118.043/MG, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 19/12/2008. Interessante, ainda, é transcrever o seguinte trecho do voto da nobre relatora: “Por outro lado, consoante já foi dito, o dispositivo que determinava a prisão do paciente, quando da sentença condenatória, foi revogado pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, e já existia a Súmula desta Corte que proibia a prisão tão só para apelar, além de que, a sua constitucionalidade já vinha sendo discutida, ante a presunção constitucional de inocência, que com ele conflitava, não sendo admissível, apesar de se tratar de lei processual, que o paciente permaneça preso em virtude de condição que não mais tem vigência. Acrescente-se que, na oportunidade da impetração, perante o Tribunal estadual, não mais vigia o dispositivo em questão.”

NAL – SÚMULA 394 DESTA CORTE. ACRÉSCIMO DE ARGUMENTOS PELO TRIBUNAL ESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA PARA REVOGAR A PRISÃO CAUTELAR ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO.

Se o paciente permaneceu solto durante todo o processo, mesmo sendo reincidente, não se justifica a determinação da cautelaridade na sentença, apenas para apelar (Súmula 347 do STJ).

Mesmo se tratando de lei processual anterior, vigente ao tempo da condenação, não é admissível que o paciente seja impedido de recorrer em liberdade se tal dispositivo vem a ser revogado (artigo 594 do CPP), bem como já vinha sendo discutida a sua constitucionalidade em face do princípio constitucional de inocência.

É vedado ao Tribunal a quo acrescentar argumentos que não constam da sentença para manter a prisão cautelar.

Ordem concedida para revogar a prisão cautelar até o trânsito em julgado da condenação.”

A revogada disposição, a um só tempo, implicava espécie de antecipação de cumprimento de pena e draconiana medida vocacionada a obstaculizar a insurgência contra a sentença condenatória. Assim, a Lei 11.719/08 veio harmonizar o Código de Processo Penal com as garantias da desconsideração prévia de culpabilidade¹⁸ e do duplo grau de jurisdição¹⁹.

No mesmo compasso, já destacando as modificações carreadas pela Lei nº 11.719/2008, confira-se, no STF, o HC 85369, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009 EMENT VOL-02358-02 PP-00388.

¹⁸ Constituição Federal, art. 5º, LVII: *Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*

¹⁹ Constituição Federal, art. 5º, LV: *Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa,*

Atendeu-se a reclamo da melhor doutrina diante de certo vacilo legislativo, tendente a obnubilar a presunção de inocência. Tal revés ressentiu-se da edição de normas, por exemplo, como a presente no art. 9º da Lei 9.034/95 (repressão ao crime organizado).²⁰ Com a reforma, foi dado passo fundamental na direção da disciplina do justo processo, espungindo-se velhos e novos influxos autoritários, permitindo-se a devida ancoragem do sistema de tal arte a fixar a liberdade como regra e a prisão cautelar como exceção, timbrada pela urgência e provisoriedade. (TUCCI, 1980, p. 219)

2.4. *A interpretação do art. 387 do CPP, com a redação trazida pela Lei 11.719/2008*

Dispõe o art. 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, que:

“O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.”

A mudança é substancial, na medida em que superou a ideia vigente à época da promulgação do CPP de 1941. A nova ordem constitucional exige que o juiz fundamente a necessidade de segregação cautelar antes do trânsito em julgado da condenação, não se podendo subtrair do acusado o direito ao recurso, independentemente de se recolher preso.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça apreciou a matéria, tendo destacado a necessidade de que a sentença

com os meios e recursos a ela inerentes (destacamos). Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92), art. 8, 2, h: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas (...) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

²⁰ O referido art. 9º da chamada Lei do Crime Organizado preceitua: *O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.* (GRINOVER; GOMES FILHO, 2008, P. 141)

motivo, de forma suficiente, a necessidade de manutenção da custódia cautelar, ainda que o acusado tenha permanecido preso no curso do processo. Eis a ementa²¹:

“PROCESSUAL PENAL. *Habeas corpus*. ART. 240, *Caput*, DO ECA, C/C O ART. 61, INCISO II, ALÍNEA F, DO CP, ART. 240, *Caput*, DO ECA, C/CO ART. 61, INCISO II, ALÍNEAS F E H, DO CP, E ART. 240, §1º, DO ECA, C/C O ART. 61, II, F, DO CP. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 387, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP ALTERADO PELA LEI Nº 11.719/08. INOBSERVÂNCIA.

I - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC 90.753/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22/11/2007), sendo exceção à regra (HC 90.398/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17/05/2007).

Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena (HC 90.464/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04/05/2007). O princípio constitucional da não-culpabilidade se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares, por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada

²¹ HC 126.895/AC, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 16.4.2009, DJe 8.6.2009.

em julgado (HC 89501/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16/03/2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5º, inciso XV, da Carta Magna) deve ter base empírica e concreta (HC 91.729/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11/10/2007). Assim, a prisão preventiva se justifica desde que demonstrada a sua real necessidade (HC 90.862/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27/04/2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC 92.069/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09/11/2007). Não se exige, contudo fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto constritivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva (RHC 89.972/GO, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, DJU de 29/06/2007).

II - Assim, a Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito (HC 90.858/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007); na periculosidade presumida do agente (HC 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007) ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC 86.748/RJ, Segunda

Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007).

III - No caso, a análise da r. sentença evidencia que o juízo de 1º grau não demonstrou a necessidade de manutenção da custódia cautelar do paciente, conforme exige a nova redação do art. 387, parágrafo único, do CPP, alterado pela Lei nº 11.719/2008. Carece, portanto, o referido *decisum*, de fundamentação.

Ordem concedida.”

O dispositivo em questão, valorizado pelo Superior Tribunal de Justiça, enfoca, como não poderia deixar de ser, a prisão cautelar como fenômeno extraordinário, em que a permanência dos pressupostos e requisitos deve ser frequentemente fiscalizada.²²

²² Neste sentido, confira-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *Habeas corpus*. CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO. ART. 121, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO QUE JUSTIFIQUE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFIGURAÇÃO. INSTRUÇÃO CRIMINAL FINDA. ANDAMENTO PROCESSUAL REGULAR. AUSÊNCIA DE CONTURBAÇÃO DO AMBIENTE PRISIONAL. AMEAÇA DE TESTEMUNHAS. INOCORRÊNCIA. CO-RÉUS QUE, ADEMAIS, FORAM LIBERTADOS PARA RESPONDEREM AO PROCESSO EM LIBERDADE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PACIENTE SEM CONDENAÇÃO CRIMINAL ANTERIOR. I - A prisão preventiva deve ser reavaliada de tempos em tempos, tendo em vista que se modifica a condição do réu ou do indiciado no transcurso da *persecutio criminis*. II - Inadmissível que a finalidade da custódia cautelar seja desvirtuada a ponto de configurar antecipação de pena. A gravidade do delito e a existência de prova de autoria não são suficientes para justificar a prisão preventiva. III - No caso, a instrução criminal findou-se, e o paciente foi pronunciado juntamente com outros co-réus na mesma ação e que respondem em liberdade à acusação a eles imputada. Manutenção da custódia do paciente representaria ofensa ao princípio da igualdade. IV - Paciente que, ademais, não ameaçou testemunhas nem conturbou a instrução criminal, além de não ter sido condenado em processo-crime anterior. V - Ordem concedida.

(HC 90464, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 10/04/2007, DJe-008 DIVULG 03-05-2007 PUBLIC 04-05-2007 DJ

Em boa hora a reforma prestigiou as garantias constitucionais, proscrevendo a concepção de que se o réu permaneceu preso durante o curso do processo, *ipso facto, ipso iuris*, deveria ele ser alijado do direito de recorrer em liberdade. Agora, ao magistrado incumbe, por força do comando legal em comento, atendendo ao art. 93, IX, da Lei Maior, motivadamente justificar a permanência (ou decretação) da prisão provisória, quando da sentença condenatória.

3. Conclusão

As significativas alterações havidas no Código de Processo Penal em 2008 não esgotam a tão imaginada reforma.

Partindo-se do ideário da Comissão criada em 2000, ainda restam três Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional, cuja aprovação se faz imprescindível para dar corpo e sentido à reforma já levada a efeito.

De outra sorte, o Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009 traz em seu bojo inúmeras propostas inovadoras²³, algumas das

quais, inclusive, incorporam e modificam o texto já reformado, merecendo, pois, amplo debate no seio da comunidade jurídica.

Sob qualquer ângulo que se enxergue, forçoso será reconhecer que o processo penal brasileiro passa por período de transição, e, como toda mudança, vive momento de ajuste àquilo que é novo.

No campo processual penal, já se viveu semelhante quadra quando da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, situação essa de todo aplicável à reforma do Código de Processo Penal já aprovada. Confira-se:

“O legislador soube romper os esquemas clássicos do direito criminal e do processo penal, adotando corajosamente soluções profundamente inovadoras.

Cabe agora aos operadores do direito conscientizar-se do significado e da importância da nova lei, aplicando-a com mentalidade renovada.

O juiz, em primeiro lugar, deverá compenetrar-se de suas novas funções, adequando-a a elas. O Ministério Público aderirá à justiça consensual, agindo dentro da lei e apresentando, sempre que possível, suas propostas de transação penal, disposto a discuti-las com o juiz, os conciliadores e a parte contrária.

(...)

Nesse papel de renovação de mentalidades, muito terão a fazer as Escolas da Magistratura, do Ministério Público, da Advocacia. Muito se deverá fazer, no seio das instituições de ensino superior, para a preparação dos novos operadores jurídicos. E muito ainda restará a fazer em termos de informação e conscientização da população com relação a uma justiça

e o mandado de segurança estão previstos, respectivamente, nos arts. 627 a 634; 635 a 652 e 653 a 663 do Projeto). Sobre o tema, cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, Breve notícia sobre o projeto de lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal, *Boletim do IBCCrim*, ano 17, n. 200, julho de 2009.

04-05-2007 PP-00038 EMENT VOL-02274-01 PP-00102 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 455-462, destacamos).

²³ Tais como a criação do chamado “juiz das garantias” na fase de investigação, responsável “pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais” (Cf. item III da Exposição de Motivos. O Juiz das Garantias está disciplinado nos arts. 15 a 18 do Projeto); o término da ação penal exclusivamente privada (art. 45 do Projeto); a possibilidade de aplicação da chamada justiça restaurativa, ao instituir a possibilidade de composição civil dos danos, com efeitos de extinção da punibilidade no curso do processo, relativamente às infrações de menor potencial ofensivo e aos crimes contra o patrimônio praticados sem violência ou grave ameaça, tornando estes últimos, aliás, dependentes de representação (art. 46, § 2º do Projeto); a possibilidade de ingresso da vítima como parte civil, nos autos (art. 79 a 82 do Projeto); nova disciplina do *habeas corpus*, que passa a ter sua aplicação restringida aos casos de prisão e de iminência de prisão ilegais, uma vez que, das decisões interlocutórias, inclusive o recebimento da denúncia, o recurso cabível será apenas o agravo. O projeto regulamenta, ainda, o mandado de segurança em matéria penal e amplia a legitimidade na ação de revisão criminal (a revisão criminal, o *habeas corpus*

penal consensual mais rápida, mais efetiva, mais democrática, mais pacificadora.

Somente assim, devidamente aplicada em seus generosos propósitos, a Lei 9.099/95 poderá representar um verdadeiro marco na modernização da justiça penal, sem correr o risco de transformar-se em mais uma decepção para o povo brasileiro e em uma indesejável perda para o Poder Judiciário.” (GRINOVER et al, 1995, p. 22-23)

Todos os atores do processo penal devem contribuir para que essa nova – e decisiva – etapa de consolidação democrática seja implementada a contento. É importante que sejam rompidos os grilhões de velhas concepções, abrindo-se as mentes: o mais importante não é simplesmente cumprir o procedimento com rapidez, mas com racionalidade; não basta simplesmente entregar a prestação jurisdicional, mas, antes, deve-se buscar a pacificação social, com o maior grau possível de respeito às *peessoas* envolvidas no conflito, que devem ser tratadas, à luz dos cânones constitucionais, como a *ratio essendi* do sistema, não como meros partícipes ou símbolos do mal.

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do júri: Lei 11.689, de 09 de junho de 2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- BARRETO, Tobias. *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*. 2 ed. correcta e augmentada. Appendice da obra Menores e Loucos em Direito Criminal. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. Coleção debates. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690 de 09 de junho de 2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio et al. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da lei de trânsito*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- _____. *Recursos no processo penal*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- LOUVEIRA, Leopoldo Stefano. Comentários ao HC 121.216/DF. Jurisprudência Anotada. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009, p. 1274.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breve notícia sobre o projeto de lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal. *Boletim do IBCCRim*. São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009.
- SILVA JR., Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TUCCLI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- VILLARES, Fernanda Regina. Comentários ao HC 121.216/DF. Jurisprudência Anotada. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009, p. 1274-1275.
- ZAFFARONI, Raúl E; BATISTA, Nilo, et al. *Direito penal brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.