

PARECER

01/2011

TEMA

REDAÇÃO FINAL DO
PROJETO DE LEI DO SENADO
Nº 156, DE 2009, ENCAMINHADA À
CÂMARA DOS DEPUTADOS

MAURO FONSECA ANDRADE
ASSESSOR ESPECIAL CRIMINAL
AMPRGS

Senhor Presidente:

CONSIDERANDO que o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, foi submetido à análise e aprovação por parte daquela Casa Legislativa;

CONSIDERANDO que o referido projeto é fruto do Requerimento nº 227, de 2008, apresentado pelo então Senador Renato Casagrande, e teve, como justificativa, “tornar o processo penal mais ágil, célere, eficaz e justo”, em razão de viver-se “um momento de violência amplamente disseminada em nossa sociedade, o que coloca em relevo a necessidade de eficácia punitiva penal”;

CONSIDERANDO que os Ministérios Públicos Estaduais não foram consultados anteriormente à apresentação do Anteprojeto que redundou no Projeto de Lei do Senado nº 156/2009;

CONSIDERANDO a necessária submissão do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 às garantias e princípios previstos na Constituição Federal;

CONSIDERANDO a necessária paridade de tratamento entre institutos processuais com idêntica aplicação e significado nos processos penal e civil, evitando-se distorções entre os projetos de Código de Processo Penal e de Código de Processo Civil, ambos em curso no Congresso Nacional;

A Assessoria Especial Criminal vem, respeitosamente, dirigir-se a V. Exa. para manifestar sua posição sobre o aludido projeto.

1. Em seu artigo 3º, o projeto estabelece que “Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais”.

Ao fazer menção exclusivamente à figura do defensor, tal dispositivo passa a falsa ideia de os princípios do contraditório e da ampla defesa somente devem ser assegurados ao sujeito passivo da relação processual. Contudo, tal como amplamente assentado no direito processual civil, referidos princípios se destinam às partes, abrangendo, portanto, também a figura do acusador, seja ele estatal ou não.

De igual sorte, ao estabelecer “fases procedimentais”, dúvida poderia surgir quanto ao significado de tais fases, eis que aparentemente desvinculadas da parte inicial do artigo, que trata de “Todo processo penal”. Assim, para que o futuro não proporcione a criação de *interpretações desviantes* da intenção do legislador, de bom tom que haja o vínculo das fases procedimentais ao processo penal. De igual modo, também se faz

necessária a previsão de afastamento do contraditório quando o provimento judicial disser respeito a medida de urgência ou com o fim de evitar o perecimento do direito.

Desta feita, essa parte final mereceria contar com a seguinte redação: “garantida a efetiva manifestação das partes em todas as suas fases, e respeitada a excepcionalidade das medidas cautelares”.

2. Como consequência da garantia do contraditório e ampla defesa às partes, faz-se necessária a inserção da vedação, como diretriz reitora do futuro Código de Processo Penal, de “o juiz decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”, tal como bem lembrado no artigo 10 do Projeto de Código de Processo Civil. Evitar-se-á, com isso, que as partes sejam pegas de surpresa com decisões tomadas de ofício, e que versarem sobre temas que jamais foram por elas abordados ao longo do processo, seja em que grau de jurisdição este se encontre.

Com tal inserção, seguir-se-á o exemplo já constante no inciso IX do artigo 409 do projeto, e tornará necessária a adequação de outros dispositivos presentes no projeto, tais como, entre outros, o artigo 51, *caput*, e seu parágrafo único.

3. Como reitor do futuro Código de Processo Penal, faz-se necessária a inserção do direito a um processo em prazo razoável, tal como lembrado nos artigos 4º e 7º do Projeto de Código de Processo Civil, de modo a não se manter a ideia de que o processo penal compactua com incidentes desnecessários e procrastinatórios destinados à obtenção da prescrição. E, uma vez havendo paridade de tratamento entre as partes do processo penal com as do processo civil, igualmente se faz necessário disciplinar as consequências que a procrastinação do processo terá em relação a cada um dos sujeitos processuais envolvidos.

Atualmente, o projeto prevê, a título de sanção pela dilação indevida do processo, a pena de nulidade dos atos que forem praticados sem a observância dos prazos estabelecidos (inciso I do artigo 158). Entretanto, tal previsão somente afeta os entes estatais, especificamente, Ministério Público e Poder Judiciário. Mister se faz, portanto, a criação de iguais mecanismos de responsabilização processual ao acusado/investigado, tais como, a perda do prazo prescricional ao réu que atuar com má-fé, e a perda do efeito suspensivo do recurso interposto, em relação aos embargos declaratórios.

4. Como reitor do futuro Código de Processo Penal, faz-se necessária a inserção do direito à paridade de armas entre as partes, como bem lembrado no artigo 7º do Projeto de Código de Processo Civil, evitando-se, assim, que a concessão de direitos ou faculdades, com caráter exclusivo a uma das partes, venha a provocar o reconhecimento de futuras inconstitucionalidades quando da aprovação do projeto.

Em vista disso, a fim de evitar cerceamento de acusação, faz-se necessária a possibilidade de o acusador arrolar o mesmo número de testemunhas que a defesa, bem como, oferecer outras provas, na hipótese do § 3º do artigo 103.

5. Em seu artigo 4º, o projeto supre uma importante lacuna em nossa legislação, ao expressamente adotar o sistema acusatório como regente de nosso processo penal. E, ao estabelecer limitações à atuação judicial, proíbe, nesse mesmo dispositivo, “a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Em outros termos, há a proibição de o juiz determinar a produção, *ex officio*, de provas que sejam favoráveis à acusação, mas liberando-o para produzir prova de ofício somente a favor da defesa.

Esse modelo de juiz conflita com o sistema proposto pelo projeto – qual seja, o sistema acusatório –, visto que tal perfil de magistrado jamais existiu ao longo de sua história. Ao contrário, esse modelo de juiz, denominado *juiz-defensor*, somente se fez presente no sistema inquisitivo, em especial na Inquisição Espanhola, que autorizava o juiz a produzir prova de ofício unicamente se fosse para beneficiar o réu. Em síntese, a proposição contida na parte final do artigo 4º do projeto trata de um juiz tendencioso e parcial a favor da defesa. Ou, então, como *assistente* do acusado – como o definem os próprios autores que defendem sua criação –, e que vê o acusador como um inimigo a ser superado.

Sensível ao equívoco presente na parte final desse artigo, o Senado Federal efetuou importante correção no texto original do projeto, relativa à postura a ser assumida pelo juiz na fase probatória. Conforme prevê o atual parágrafo único do artigo 165, ao magistrado agora é permitida a produção de prova de ofício, seja a favor da acusação, seja a favor da defesa, desde que essa atividade probatória *ex officio judicis* se preste “a esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes”.

Assim, merece ser retirada, do texto do presente projeto, a parte final do artigo 4º (quando trata da vedação à “substituição da atuação probatória do órgão da acusação”), em virtude: a) de seu flagrante conflito com o sistema de processo penal proposto ao país; b) de sua flagrante inconstitucionalidade, ao criar um juiz parcial; e c) da superação de tal modelo, pelo próprio Senado Federal, ao permitir a atividade probatória *ex officio judicis* independentemente de quem seja o seu beneficiário. Igual retirada necessita ocorrer junto ao art. 317, § 2º, do projeto.

6. Em seu artigo 13, o projeto cria a *investigação da defesa*, a exemplo do que já existe no direito italiano. Ao assim prever, o Senado Federal dá um importante passo ao reconhecer que a investigação criminal não só não é uma atividade exclusiva da polícia judiciária, mas que também poderá ser realizada por quem futuramente figure como parte no processo penal de natureza condenatória.

Contudo, tal proposição carece de melhor regulamentação por parte do projeto, já que qualquer pessoa, desde que se considere *investigada*, poderá instaurar tal investigação defensiva, mesmo que juridicamente não ostente essa condição. Logo, necessária seria a criação de um controle judicial prévio para sua instauração, de modo que o magistrado juridicamente considere o postulante à instauração dessa investigação como *investigado*, segundo os parâmetros constantes no artigo 9º do projeto.

De igual modo, ao contrário das investigações criminais conduzidas por autoridades públicas, não há a indicação de limite temporal para a realização da aludida investigação defensiva, somente havendo a indicação de que o material produzido “poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial” (artigo 13, § 5º).

Por fim, não há a delimitação do objeto dessa *investigação defensiva*, ou seja, se ela se presta a investigar a própria infração penal que já vem sendo apurada por um órgão estatal (leia-se, polícia judiciária, Ministério Público ou Comissões Parlamentares de Inquérito), ou, ao contrário, qualquer outro fato que o investigado considere relevante para o exercício do que entenda estar inserido em seu direito de defesa. Neste último caso, corre-se o risco de a *investigação defensiva* ser utilizada com o único propósito de atingir a honra da autoridade pública que conduza a investigação criminal estatal – como se verdadeira *devassa* fosse sobre sua vida privada –, podendo ser utilizada, até mesmo, como substrato para requerimento de interceptação telefônica pela defesa, conforme autoriza o artigo 249 do presente projeto.

7. Em seus artigos 14 a 17, o projeto cria a figura do *juiz das garantias*, sob o fundamento, segundo sua Exposição de Motivos, da “otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional”, e manutenção do “distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação”.

Em relação à otimização da atuação jurisdicional criminal, ninguém menos que o próprio Conselho Nacional de Justiça, em sua Nota Técnica nº 10/2010, deixou patente que 40% das varas estaduais do país são constituídas por um único magistrado. Logo, a regra de impedimento, proposta ao juiz das garantias, irá provocar um efeito contrário à intenção de otimização e agilização da persecução penal, pois outro juiz, de uma comarca distante, deverá ser provocado para atuar em lugar do juiz que se dará por impedido. O principal ente atingido não é o Poder Judiciário, senão a própria polícia judiciária, tão carente de recursos, e a quem o projeto não se ocupou, em momento algum, de melhorar suas conhecidas e precárias condições de trabalho, com falta de viaturas e até mesmo combustível para *procurar* o juiz competente para a análise de seus pedidos de ordem cautelar.

Por outro lado, embora a figura do juiz das garantias esteja presente em vários países, há que se deixar claro que isso só ocorre porque, nesses países, os requisitos para o magistrado determinar a quebra de direitos fundamentais são diversos daqueles presentes em nossa legislação. Enquanto no Brasil a regra seja a exigência de indícios de autoria e prova da materialidade para a quebra de todo e qualquer direito fundamental (prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão domiciliar, quebra de sigilos telefônico, informático, entre outros), no direito estrangeiro se exige, além disso, o exame da culpabilidade do investigado. Exemplo disso é o artigo 275 do CPP italiano. É por isso que, quando não há o exame da culpabilidade do investigado, mesmo nesses países se admite que o juiz da fase de investigação seja o mesmo da fase processual – tal como ocorre no Brasil –, como já deixaram patentes as seguintes decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a) Caso Sainte-Marie *versus* França, julgado em 16-12-1992; b) Caso Padovani *versus* Itália, julgado em 26-02-1993; c) Caso Nortier *versus* Países Baixos, julgado em 24-08-1993; e d) Caso Saraiva de Carvalho *versus* Portugal, julgado em 22-04-1994. Aliás, ninguém menos que o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, já rechaçou a tese de perda da imparcialidade do juiz que atua nas fases de investigação e processual (HC 92.893/ES, julgado em 02 de outubro de 2008, DJE 12/12/2008), o que demonstra que a proposta do juiz das garantias vai em sentido contrário ao que já decidido, em sede plenária, por ninguém menos que nossa própria Corte Constitucional.

Por fim, nem mesmo o projeto crê na perda da imparcialidade do magistrado que atua na fase de investigação.

A um, ao prever, em seu artigo 748, que “O impedimento previsto no art. 16 não se aplicará: I – às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas 1 (um) juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre a criação de cargo ou formas de substituição; II – aos processos em andamento no início da vigência deste Código”. Em outros termos, no que diz respeito ao inciso I, a criação do juiz das garantias continuará dependendo de a comarca comportar, como mínimo, dois juízes, o que ficará no âmbito da discricionariedade do Poder Judiciário Estadual. Mais que isso, corre-se o risco de, em diversas comarcas do país, o juiz de garantias jamais ser criado.

Isso porque a lei de organização judiciária, à vista dos óbvios prejuízos à celeridade processual, poderá aguardar a necessidade de criação de um segundo juiz junto às comarcas que atualmente contam com somente um único magistrado, afastando, assim, a outra opção dada pelo legislador, que é a de estabelecer escalas de substituição. Por outro lado, o orçamento dos Tribunais de Justiça Estaduais não comporta a criação de um cargo a mais de juiz nas diversas comarcas hoje cobertas por um único juiz. Lembremos que elas são 40% no país, o que inviabiliza *ad eternum* tal implementação.

Quanto às formas de substituição, estas já existem, o que torna desnecessária sua referência no projeto. Contudo, tais escalas de substituição não resolvem o problema de comarcas – principalmente do norte do país – cujo acesso leva mais vinte e quatro horas. Ou seja, em termos práticos, todo e qualquer auto de prisão em flagrante fatalmente não será homologado por superar o prazo legal de vinte e quatro horas previsto no próprio projeto (inc. II do art. 25), e corre-se o risco de os pedidos de natureza cautelar, apresentados pela polícia judiciária, já perderem seu objeto quando chegarem às mãos do juiz das garantias para sua análise.

Por fim, no que diz respeito ao inciso II, se o fundamento para a criação do juiz das garantias é a suposta perda de imparcialidade do magistrado que atua na fase de investigação, então, por natural, essa garantia do réu deveria ser implementada de forma imediata. Do contrário, ao fazer diferenciação entre processos já iniciados e processos não-iniciados, o projeto cria dois critérios distintos para se auferir a imparcialidade do julgador, além de contrariar a regra aposta no artigo 7º dele próprio, ao prever que “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, ressalvada a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

A dois, essa realidade fica patente quando o projeto autoriza que um mesmo magistrado possa atuar na fase de investigação e atuar como julgador na fase processual, tal como se verifica nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 15) e nas ações penais de competência originária (art. 309). No que diz respeito às infrações de menor potencial ofensivo, o próprio projeto prevê a possibilidade de haver prisão em flagrante em tais casos, desde que o autor do fato não seja encaminhado imediatamente a juízo ou não assuma o compromisso de a ele comparecer (art. 296, § único). Já, no que diz respeito às ações penais originárias, o impedimento que atingirá o juiz das garantias dirá respeito unicamente a não poder figurar como relator do processo, e não sua completa exclusão do feito, tal como ocorre junto aos juízes de primeiro grau (art. 314, inc. I). Criam-se, com as exceções apontadas, dois critérios distintos para se auferir a imparcialidade do julgador no processo: um, para os crimes aparentemente comuns, e outro, para os crimes de menor potencial ofensivo e para aqueles de competência originária dos tribunais.

Em vista disso, inviável a criação do juiz das garantias no direito brasileiro.

8. Embora a investigação criminal do Ministério Público tenha recebido constantes reconhecimentos de constitucionalidade por parte do E. Supremo Tribunal Federal, e esteja regulada administrativamente pela Resolução nº 13/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, o projeto somente se encarregou de regulamentar o inquérito policial, deixando de lado a esperada regulamentação legal do procedimento investigatório criminal presidido pelo acusador público brasileiro.

Como argumento para sua não-inserção no presente projeto, o Senado Federal invocou a necessidade de manifestação plenária do Supremo Tribunal Federal em torno da matéria. Contudo, nada menos que seis Ministros daquela Corte já proferiram votos favoráveis à investigação do Ministério Público, reconhecendo sua constitucionalidade frente às disposições de nossa Carta Maior. São eles os Ministros Ellen Gracie (RE 535478/SC), Joaquim Barbosa (INQ 1968/DF), Carlos Ayres Britto (INQ 1968/DF), Cármen Lúcia (HC 89.398/SP), Celso de Mello (HC nº 89.837) e Gilmar Mendes (HC 93.930/RJ). Portanto, em realidade a matéria já se encontra decida, não havendo qualquer justificativa prática ou jurídica para que o legislador se abstenha de inseri-la no corpo do presente projeto, evitando que o futuro Código de Processo Penal nasça já com a necessidade de ser reformado.

Não fosse isso suficiente, o próprio projeto se encarregou de afastar a exclusividade investigatória da Polícia Judiciária, ao prever a já referida investigação criminal defensiva (artigo 13), bem como, a investigação criminal realizada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, quando do exercício de seu poder de polícia (artigo 753).

Assim, espera-se tal providência por parte do legislador federal, pondo fim a eventuais questionamentos sobre os procedimentos adotados no curso da investigação criminal realizada pelo Ministério Público.

9. Segundo o artigo 35 do projeto, dentre as condutas a serem tomadas pelo Ministério Público, quando do recebimento do inquérito policial concluído, estão taxativamente elencadas: I – oferecer a denúncia; II – requisitar, fundamentadamente, a realização de diligências complementares, consideradas indispensáveis ao oferecimento da denúncia; III – determinar o encaminhamento dos autos a outro órgão do Ministério Público, por falta de atribuição para a causa; e IV – requerer o arquivamento da investigação.

Em sendo assim, inviável, por falta de previsão legal, a “devolução do inquérito policial ao delegado de polícia”, a que alude o *caput* do artigo 50 do projeto, quando trata da reabertura do prazo, ao Ministério Público, para o oferecimento da acusação. Por consequência, na hipótese de necessidade de complementação da investigação policial, o prazo para o oferecimento da inicial acusatória deverá ter seu início a partir da remessa, das “diligências complementares consideradas indispensáveis ao oferecimento da denúncia”, que forem requisitadas pelo Ministério Público, seja diretamente à autoridade policial, seja a outro destinatário, tal como hoje prevê o artigo 47 do Código de Processo Penal em vigor.

Com tal medida, primar-se-á pela celeridade proposta pelo projeto, evitando que uma mera requisição de documentos seja obrigatoriamente endereçada à autoridade

policial, para que, aí então, ela se encarregue de obtê-los e remetê-los ao Ministério Público.

10. Quando da indicação dos casos de suspeição do juiz, o projeto faz referência, no inciso I do § 1º do artigo 55, à manutenção de simples relação de amizade do magistrado com qualquer das partes. Ao assim proceder, o projeto procura criar um juiz alheio ao meio social onde vive, em especial nas pequenas cidades do interior do país, onde seu contato franco e aberto com os mais variados segmentos da sociedade se traduzem em verdadeiro patrimônio pessoal para bem julgar os jurisdicionados.

Para evitar esse alheamento do juiz junto ao meio social em que vive, mas também evitando que relações de amizade mais profunda venham a interferir em sua atividade-fim, mister se faz que somente a *amizade íntima* venha a configurar causa de suspeição, seguindo-se, assim, a acertada linha adotada pelo projeto de Código de Processo Civil, em seu artigo 115. Com isso, adequar-se-ão ambas as legislações adjetivas em torno de um mesmo critério determinante de suspeição.

11. O artigo 61, *caput*, do projeto prevê que “O defensor poderá ingressar no processo ou atuar na fase de investigação ainda que sem instrumento de mandato, caso em que atuará sob a responsabilidade de seu grau”.

Data maxima venia, o referido dispositivo trará uma profunda insegurança sobre a pessoa que, de direito, virá a exercer a defesa do investigado/acusado, permitindo que qualquer advogado se apresente indevidamente como defensor daquele. Mais que isso, a responsabilização prevista no dispositivo pouco ou nada diz, em termos de trazer segurança para o bom e célere andamento da investigação ou do processo, estando mais voltado à impunidade de quem ingressar no processo imbuído de má-fé.

12. Dentre os direitos da vítima, faz-se necessário o acréscimo de sua comunicação sobre a prisão ou soltura do sujeito já condenado, ao invés de somente assim se proceder em relação ao “suposto autor do crime”, tal como prevê a letra “a” do inciso V do artigo 91 do projeto.

13. De acordo com o artigo 137 do projeto, “A sentença ou acórdão que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido, ressalvadas as hipóteses de insuficiência econômica demonstradas na forma da lei”. Em termos práticos, tal dispositivo determinará a condenação do Ministério Público ao pagamento das custas, nas hipóteses que elenca.

Contudo, a atuação do acusador público está pautada pelos princípios da legalidade e do *in dubio pro societate*, que tornam obrigatório o oferecimento da ação penal pelo representante do Estado, quando presentes os requisitos mínimos previstos em lei. Em termos simples, ao Ministério Público é imposto o dever de sempre agir, ainda que os elementos colhidos ao longo da investigação não lhe deem a certeza e segurança de um futuro provimento judicial condenatório. Portanto, não pode o Ministério Público ser condenado pelo eventual insucesso de uma ação a que, pelas próprias disposições do projeto, esteve obrigado a ajuizar.

14. É recomendável que a redação do artigo 363 do atual Código de Processo Penal (“O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”) também esteja presente no presente projeto, de modo a dirimir qualquer dúvida quanto aos efeitos produzidos pela citação válida.

15. O projeto prevê, em seus artigos 148, 272, § 2º, e 315, § 2º, que a ocultação do acusado, para não ser citado, determinará sua citação por edital. Entretanto, tal dispositivo manifesta um claro retrocesso em relação à legislação hoje vigente, pois somente vem a cancelar a conduta de má-fé do acusado, já que inegavelmente se encontra ele em endereço certo e sabido.

Logo, a manutenção da citação por hora certa é medida mais que necessária para se evitar a má-fé processual do acusado, preocupação já manifestada pelo legislador quando da reforma parcial do Código de Processo Penal ocorrida em 2008. Ademais, manter-se-á a paridade de tratamento entre as esferas cível e criminal, uma vez que a citação por hora certa se encontra prevista no artigo 209 do projeto de Código de Processo Civil.

16. De modo a implementar a garantia constitucional a um processo com prazo razoável, há que se estabelecer, nas cartas precatórias citatórias, o prazo para seu cumprimento por parte do juízo deprecado, a exemplo do que ocorre com a oitiva de testemunha por precatória (artigo 188, *caput*).

17. O § 3º do artigo 158 do projeto prevê que “O juiz não declarará a nulidade quando puder julgar o mérito em favor da defesa”. Como se observa, a atual redação não faz qualquer distinção quanto ao tipo de nulidade que permitirá o juiz julgar o feito em favor da defesa, especificamente se se trata de nulidade absoluta ou relativa.

A prosperar a atual redação do dispositivo, poderá o réu ser absolvido, a título de exemplo, nas seguintes hipóteses: a) sem que haja acusação formalmente apresentada pelo Ministério Público (o que levaria à nulidade do processo por ausência de acusação); b) em processo criminal de ação penal pública, mas erroneamente iniciado por ação penal privada subsidiária, sem que o Ministério Público tenha tomado ciência de sua existência; e c) em processo criminal iniciado por ação penal privada subsidiária, mas sem a necessária intervenção do Ministério Público, conforme prevê o próprio projeto, até para averiguar se é caso de aditamento da peça inicial ou oferecimento de denúncia substitutiva (§ 1º do artigo 48).

Assim, mister se faz a revisão desse dispositivo, para permitir tal julgamento somente em relação às nulidades consideradas relativas.

18. Não havendo motivos justificáveis para que haja uma regulamentação diversa sobre a atuação do juiz criminal na fase probatória – se comparada àquela

prevista para o juiz civil nessa mesma fase –, mister se faz rever o disposto no § 1º do artigo 179 do projeto de Código de Processo Penal.

Com isso, manter-se-á a paridade de comportamentos judiciais nos processos civil e penal, possibilitando que a inquirição de testemunhas e vítima, por parte do juiz, ocorra tanto antes como depois da inquirição das partes, tal como prevê o § 1º do artigo 438 do projeto de Código de Processo Civil.

19. O parágrafo único do artigo 184 do projeto prevê que “A parte que arrolou a testemunha poderá desistir do depoimento, independentemente de anuência da parte contrária”. Ao assim proceder, o projeto deixa patente que a testemunha é da parte que a arrolou, e não do processo. Contudo, um dos princípios basilares, em matéria probatória, é o da comunhão das provas, segundo o qual, uma vez trazida aos autos, a prova já não pertence a quem a produziu, mas sim ao processo, autorizando, com isso, sua utilização por qualquer um dos sujeitos processuais para justificar sua opinião/posição sobre determinado tema.

Em vista disso, necessária se faz a revisão de tal dispositivo, para o fim de se exigir a concordância não só da parte contrária, senão também do juízo, em relação à desistência da oitiva de testemunha arrolada pela parte.

20. Prevê o artigo 199 do projeto que “A acareação será admitida entre testemunhas, entre testemunha e vítima e entre vítimas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes”.

Como se pode observar, o dispositivo exclui a possibilidade de o acusado figurar entre aqueles que podem ser submetidos à acareação, fazendo-o a partir do pressuposto de que ele poderá invocar o direito ao silêncio, e, com isso, nada teria a contribuir em tal procedimento. Entretanto, a seguir-se tal lógica, sequer haveria necessidade de regulamentar o interrogatório do acusado, já que também nele poderá ser invocado o direito ao silêncio.

Assim, a impossibilidade de o acusado ser submetido à acareação se constitui em flagrante cerceamento de acusação, visto que a acareação da vítima com testemunhas da defesa é plenamente aceitável por tal dispositivo. Ademais, a impossibilidade de acareação do acusado poderá vir em seu próprio prejuízo, como ocorre nas hipóteses em que a acareação é requerida pela própria defesa, a fim de que ele possa confrontar eventual testemunha que compareça ao processo para faltar com seu dever de dizer a verdade.

21. Segundo o artigo 249 do projeto, além do requerimento do acusador público, a interceptação telefônica também poderá ser pleiteada pela defesa e pela autoridade policial, sendo esta última hipótese a única em que está autorizada a oitiva prévia do Ministério Público.

A exclusão da oitiva prévia do Ministério Público, em relação ao pedido de interceptação telefônica realizado pela defesa, prende-se ao argumento de que aquele se constitui em um adversário do investigado/acusado, razão pela qual não poderia tomar

conhecimento da produção dessa prova. Contudo, profundamente equivocado tal argumento.

A um, para que a interceptação telefônica seja deferida pelo juízo competente, o fato que será objeto de sua atenção deve constituir-se *crime*, segundo prevê o inciso II do artigo 249 do projeto. Em sendo assim, a titularidade da ação penal, relativa ao crime investigado pela defesa, jamais poderá afastar o Ministério Público do acompanhamento de sua apuração, sob pena de causar sério prejuízo à efetividade e ajuizamento da futura ação penal decorrente da interceptação telefônica realizada a pedido do investigado/acusado. Aliás, esse é justamente o argumento que autoriza a oitiva prévia do Ministério Público em grande parte dos requerimentos encaminhados pela polícia judiciária, e que também serviu de fundamento para que fosse a ele reconhecido o controle externo daquela.

A dois, a exclusão do Ministério Público, no que diz respeito ao acompanhamento da interceptação telefônica requerida pela defesa, também parte do pressuposto de que o acusador público agiria com interesse subjetivo na persecução penal, ou seja, com o ânimo puro e simples de alcançar a condenação do investigado/acusado. Entretanto, a conduta do Ministério Público, ao longo da persecução penal, está pautada pelo interesse objetivo, que corresponde à atuação centrada nos princípios da legalidade e impessoalidade. Não por outro motivo, o Ministério Público poderá requerer a absolvição do acusado, e recorrer, em todas as instâncias, em seu benefício, caso esteja convencido de sua inocência. Por outro lado, caso se verifique que o órgão do Ministério Público esteja atuando com interesse subjetivo ao longo da persecução penal, o próprio projeto já prevê mecanismos para corrigir tal anomalia, como, p. ex., a exceção de suspeição, que determinará a exclusão daquele órgão, mas nunca da instituição do Ministério Público.

Em suma, necessário se faz revisar o conteúdo do dispositivo citado, a fim de que o Ministério Público possa intervir em todo e qualquer pedido de interceptação telefônica.

22. Ao disciplinar a suspensão condicional do processo, o projeto constitui o Ministério Público como legitimado a oferecer as condições elencadas nos quatro incisos do § 1º do artigo 266. Entretanto, concede ao juiz a faculdade de “especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, vedada a imposição de pena criminal”.

S.m.j., não merece prosperar tal faculdade ao juiz criminal, uma vez que a proposta de suspensão está vinculada à titularidade da ação penal, que, em sendo pública, legitima o Ministério Público como seu único proponente. Logo, estaria o juiz interferindo na condução da ação penal, o que lhe é vedado pelo sistema acusatório estabelecido pelo projeto em seu artigo 4º. Ademais, a avaliação das “outras condições” de igual modo pode ser efetuada pelo Ministério Público, afastando-se, dessa forma, a nefasta intervenção do magistrado na condução da ação penal. Por fim, sequer há que se falar em algum tipo de omissão do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo, razão pela qual incompreensível a linha seguida pelo projeto, ao criar uma legitimação judicial para o oferecimento de tal proposta, sob a invocação de “outras condições” para seu cumprimento.

23. O projeto, em seu artigo 269, § 2º, mantém o procedimento especial aplicável a determinados ritos previstos em leis especiais. Assim, há um claro retrocesso no plano idealizado no projeto original, que foi o de extinguir os procedimentos especiais, com exceção do Tribunal do Júri e dos processos de competência originária dos tribunais.

A extinção dos procedimentos diferenciados previstos em leis especiais se impõe – como, de resto, prega a doutrina internacional –, para que neles se evite a concessão de diferentes oportunidades de defesa para situações que exigiriam um tratamento igualitário em processos regidos pelo procedimento comum. Mais que isso, o grande número de ritos especiais hoje existentes – e que serão mantidos pelo projeto – somente vem se prestando, ao longo de toda a existência do atual Código de Processo Penal, a somente duas consequências: criar privilégios e proporcionar a ocorrência de nulidades. Em suma, ambas vão contra o ideal motivador da proposição de criação de um novo Código de Processo Penal.

Portanto, a preservação do princípio constitucional da igualdade exige que o procedimento criminal esteja dividido unicamente em comum e especial, onde aquele comportaria as divisões previstas no próprio projeto, e este comportaria unicamente as exceções previstas no *caput* do artigo 269, quais sejam, os ritos do Tribunal do Júri e os processos de competência dos tribunais.

24. O artigo 270, *caput*, do projeto indica os requisitos que deverão estar presentes na ação penal pública. Dentre eles, faz referência à “exposição dos fatos imputados”. E, quando faz referência ao rol de testemunhas, o § 1º desse mesmo artigo refere que “Poderão ser arroladas até 8 (oito) testemunhas”.

O mesmo número de testemunhas se faz presente na denúncia atinente aos crimes de competência do Tribunal do Júri (§ 2º do artigo 321 do projeto). Já, na denúncia do procedimento comum sumariíssimo (atinente a infrações de menor potencial ofensivo), o número de testemunhas para a denúncia é reduzido para cinco (§ 1º do artigo 305 do projeto), mesmo número possível de ser arrolado pelo Ministério Público para oitiva na fase plenária do julgamento dos processos de competência do Tribunal do Júri (artigo 335 do projeto).

A impressão que tem, em uma primeira leitura, é de que a denúncia poderá conter mais de um fato típico (“exposição dos fatos imputados”), mas seu rol somente comportará o número indicado de testemunhas (oito ou cinco), independentemente do número de fatos imputados ao acusado. Quebra-se, assim, o entendimento atual, de que, para cada fato, poderão as partes arrolar até oito testemunhas, e não como literalmente consta no projeto. Do contrário, em uma denúncia contendo cerca de dez fatos, corre-se o risco de algum(ns) deles sequer poder contar com testemunhas para corroborar a pretensão acusatória do Ministério Público.

Em vista disso, faz-se necessário o devido ajuste nos dispositivos em comento, para o fim de esclarecer que o número de oito ou cinco testemunhas está relacionado a cada fato individualmente descrito na peça inicial acusatória.

De igual modo, a regra presente no § 3º do artigo 321, aplicável ao processo de competência do Tribunal do Júri (“Se a denúncia for oferecida contra mais de uma pessoa, a acusação poderá arrolar até 8 [oito] testemunhas para cada réu, se necessário à apuração da conduta individual dos denunciados”), merece ser ampliada a todos os

demais procedimentos, visto que não há motivos justificáveis ou técnicos que impeçam tal extensão.

25. Ao disciplinar o procedimento sumário, o projeto estabelece, no § 9º do artigo 283, que o acordo firmado pelo Ministério Público e o acusado poderá, “por qualquer motivo” não ser homologado pelo juízo. A previsão de tal discricionariedade judicial, ao não se estabelecer taxativamente os motivos pelos quais o magistrado entenderia por não homologar o acordo firmado entre as partes, claramente põe em risco a efetividade do procedimento criado pelo projeto. Mais que isso, permite que questões ideológicas do magistrado sejam determinantes para referida não-homologação.

Em vista disso, ao invés de se conceder esse poder discricionário ao juiz, recomendado é que se preveja audiência para ratificação do acordo formalizado entre as partes, onde estaria o magistrado autorizado a não homologá-lo unicamente se se deparasse com eventual vício de vontade por parte do acusado. De igual modo, que referida audiência seja gravada e/ou filmada, de modo a coibir que o magistrado se erija à condição de defensor do acusado, e o oriente a não aceitar o acordo anteriormente entabulado.

26. A atuação dos conciliadores, prevista no procedimento comum sumariíssimo (abrangente das infrações de menor potencial ofensivo), deverá ser restringida à fase de conciliação entre o autor do fato e a vítima, e não também à proposta de transação feita pelo Ministério Público.

Isso porque a proposta de transação, pela celeridade própria do referido procedimento, deve ser analisada, aceita e homologada em um mesmo ato e mesma audiência. E, como tem o magistrado poderes para reduzir pela metade a pena de multa proposta pelo Ministério Público, necessária se faz sua presença física naquele ato, presidindo-o.

27. Quando do julgamento, em segundo grau, da apelação interposta junto aos Juizados Especiais Criminais, o projeto prevê, no § 4º do artigo 309, que “As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa”. Contudo, mesmo em segundo grau de jurisdição, o Ministério Público não perde sua condição de parte no processo penal, tal como já restou assentado, e de forma unânime, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC nº 87.926-8, julgado em 20 de fevereiro de 2008.

Em vista disso, há que se fazer a ressalva de que o Ministério Público, em tal oportunidade, será intimado pessoalmente, tal como já expressa o § 5º do artigo 154 do próprio projeto.

28. No procedimento de competência do Tribunal do Júri, faz-se necessária a inserção da possibilidade de substituição dos debates orais por memoriais, nos casos em que se verifique a complexidade do caso ou assim o exija o número elevado de

acusados, tal como já previsto no § 5º do artigo 278 do procedimento comum ordinário regulado pelo projeto.

29. O artigo 368, *caput*, do projeto prevê, em relação à sessão de julgamento dos processos de competência do Tribunal do Júri, que “Se o Ministério Público não comparecer, o juiz presidente adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, cientificadas as partes”. E, em seu parágrafo único, dispõe que “Se a ausência não for justificada, o fato será imediatamente comunicado à chefia da instituição, assim como a data designada para a nova sessão”.

Tais providências se fazem necessárias também aos processos que tramitem sob procedimento diverso daquele do Tribunal do Júri (procedimento comum e aplicável aos tribunais), eis que a presença do membro do Ministério Público em audiência constitui-se em fator imprescindível para a perfectibilização do sistema acusatório previsto no artigo 4º do projeto, sob pena de o magistrado ver-se na condição de acumular as funções de julgador e acusador.

Assim, para os processos submetidos ao rito comum e aos de competência originária dos tribunais, aplicar-se-á igualmente a previsão contida no § 1º do artigo 370 do projeto – com a devida adaptação de sua redação ao procedimento específico –, quando diz que “Os pedidos de adiamento e as justificações de não comparecimento, salvo motivo de força maior, deverão ser previamente submetidos à apreciação do juiz presidente do Tribunal do Júri”.

30. Segundo prevê o artigo 391 do projeto, “Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – aos fundamentos da decisão de pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e aos motivos determinantes do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado”. Entretanto, tais decisões dizem mais respeito a temas de interesse da acusação, e não à defesa, pois tratam de apontar os elementos pelos quais o acusado foi levado a julgamento popular, após indicarem a “materialidade do fato imputado” e “existência de indícios suficientes de autoria ou de participação” (§ 1º do artigo 327 do projeto). Logo, as vedações impostas atingem, na verdade, única e exclusivamente a parte acusadora.

Em vista disso, para que não haja quebra do princípio da igualdade de armas, com o conseqüente cerceamento de acusação, necessária se faz a inclusão de proibição à defesa também fazer referência, durante os debates no Tribunal do Júri, aos fundamentos das decisões de impronúncia, desclassificação e absolvição sumária.

31. Em razão de os jurados decidirem por íntima convicção, não se justifica a vedação de a eles serem lidos os depoimentos prestados na fase de investigação, conforme previsto no projeto. Não por outro motivo, o juramento dos jurados envolve a promessa de julgar de acordo com a prova *dos autos*, e o artigo 480, § 1º, inciso IV, trata da apelação quando a decisão for contrária à prova igualmente *dos autos*, sendo este compreendido, como se sabe, tanto pelo material produzido na fase processual, como também produzido na fase de investigação.

32. A quebra da incomunicabilidade dos jurados, tal como proposto no artigo 398, *caput*, do projeto, traduz-se em inovação indesejada para o direito nacional, eis que a convicção de um jurado poderá ser formada pela influência ou soma de opiniões de outros jurados, ao invés dos argumentos apresentados pelas partes.

33. Prevê o artigo 426 do projeto que “A intimação da sentença será feita: I – ao réu e ao seu defensor no processo, pessoalmente”. Ao que se observa, portanto, tal dispositivo exige a intimação pessoal do defensor particular, abrindo exceção à regra geral para as intimações, prevista no § 4º do artigo 154 do projeto, que somente exige a intimação pessoal do Ministério Público, do Defensor Público e do defensor nomeado.

S.m.j., tal exceção conduzirá a perigosa dilação do processo, indo de encontro ao propósito de criação do presente projeto, pois, ao contrário do que ocorre com os Defensores Públicos e defensores nomeados pelo juízo, nem sempre os defensores particulares residem na própria comarca onde tramita o processo. Em vista dessa realidade, naqueles feitos em que o defensor particular residir em outra comarca ou mesmo em outro Estado da federação, sua intimação pessoal se dará mediante carta precatória, cujo cumprimento, em uma expectativa positiva, poderá levar não menos de dois meses. Enquanto isso, o processo dormitará no cartório, aguardando uma providência que hoje é tomada em poucos dias, com a intimação do defensor particular mediante publicação junto aos veículos de imprensa oficial do Estado.

Assim, necessário se faz revisar tal inciso, para que se mantenha a regra já estampada no § 4º do artigo 154 do projeto, permanecendo o defensor particular a ser intimado, de toda e qualquer decisão, por meio dos órgãos incumbidos da publicidade dos atos oficiais da comarca.

34. Prevê o artigo 458 do projeto que “A toda pessoa acusada da prática de uma infração penal é garantido o direito de recorrer a outro juiz ou tribunal de decisão que lhe seja desfavorável, observados os prazos e condições fixados neste Título”.

Segundo sua literalidade, o dispositivo reproduzido reconhece o direito a recurso somente ao acusado, e não também ao acusador ou outros sujeitos processuais a quem o próprio projeto reconhece participação ativa no processo. Assim, verdadeira quebra do princípio de igualdade de armas se verifica na redação apresentada, o que a torna inconstitucional.

Não fosse isso suficiente, ninguém menos que o próprio projeto, agora em seu artigo 461, reconhece a impossibilidade de se excluir de ambas as partes, bem como, dos sujeitos processuais que elenca, o direito de manejarem os instrumentos recursais que o projeto lhes põe à disposição. Em termos concretos, diz o dispositivo citado: “O recurso poderá ser interposto pelas partes e, nas hipóteses previstas em lei, pela vítima, pelo assistente ou por terceiro juridicamente prejudicado”.

Em vista disso, necessário se faz revisar a redação do artigo 458 do projeto, unificando-a com a presente no artigo 461, para assim dispor: “Às partes é garantido o direito de recorrer a outro juiz ou tribunal de decisão que lhe seja desfavorável, observados os prazos e condições fixados neste Título. Parágrafo único. Igual direito é

reconhecido à vítima, ao assistente e ao terceiro juridicamente prejudicado, nas hipóteses previstas em lei”.

35. Prevê o inciso III do artigo 460 do projeto que, dentre os recursos cabíveis, encontram-se os embargos infringentes. E, segundo a redação do artigo subsequente (artigo 461), todos os recursos arrolados no artigo antecedente poderão ser interpostos “pelas partes”, sem estipular qualquer exceção à possibilidade de acusador e acusado manejarem os recursos arrolados nos incisos do artigo 461 do projeto.

Em que pese isso, o artigo 492 do projeto, ao disciplinar o recurso de embargos infringentes, restringe seu cabimento unicamente quando em benefício do réu, ou seja, excluindo a possibilidade de o acusador – público ou não – fazer uso de igual recurso. Além do conflito verificado entre os dispositivos citados, há clara afronta ao princípio da igualdade de armas no processo penal, visto que o acusado disporá de recurso que o acusador não poderá dispor para exercer, em sua plenitude, o direito de ação que a Constituição Federal e o próprio projeto lhe reconhecem.

Não fosse isso suficiente, bem se sabe que, dentre os princípios vigentes no direito processual penal, encontra-se o *favor rei*, que consiste na concessão de mais e melhores armas ao acusado, a fim de que reste preservado seu *status libertatis*. Entretanto, referido princípio se encontra em franca decadência junto ao direito processual penal contemporâneo, em especial naqueles países que adotaram o sistema acusatório – como ocorrerá com o Brasil, segundo a proposição contida no artigo 4º do projeto –, por ele buscar, cada vez mais, a preservação do tratamento paritário entre as partes. Em âmbito nacional, recente exemplo pode ser encontrado na revogação do recurso *protesto por novo júri*, que também era de manejo exclusivo do acusado, extinguindo-se, assim, odioso privilégio ao sujeito passivo da relação processual penal.

Por fim, necessário também referir que o recurso de embargos infringentes se encontra em franca decadência junto ao direito nacional, como bem demonstra o projeto de Código de Processo Civil, que tratou de retirá-lo desse ramo do direito adjetivo, por reconhecer que sua existência provoca a dilação indevida do processo civil. Conforme textualmente consta na Exposição de Motivos do aludido projeto, “Uma das grandes alterações havidas no sistema recursal foi a supressão dos embargos infringentes. Há muito, doutrina da melhor qualidade vem propugnando pela necessidade de que sejam extintos”.

Em vista disso, necessário que tal recurso seja extinto do processo penal, ou que seu cabimento seja ampliado igualmente à figura do acusador.

36. Prevê o parágrafo único do artigo 466 do projeto que, “No caso de falecimento do defensor, o prazo será restituído integralmente, cabendo ao acusado, após intimação pessoal, indicar o novo defensor no prazo de 5 (cinco) dias, assegurada a assistência jurídica pela Defensoria Pública”. Entretanto, igual infortúnio poderá vir a alcançar o querelante e o assistente, razão pela qual necessária se faz a correção dessa desigualdade de tratamento, de modo a não ferir o princípio constitucional da igualdade de partes.

37. Prevê o parágrafo 1º do artigo 471 do projeto que, “Declarada a nulidade da decisão recorrida, a situação jurídica do acusado não poderá ser agravada no novo julgamento”.

Tal dispositivo se apresenta por demais abrangente, razão pela qual merece ser revisado, por descon siderar situações que poderão levar à nulidade absoluta da decisão recorrida, como ocorre, a título de exemplo, com o reconhecimento da incompetência absoluta do juízo que a proferiu.

38. De modo a preservar a boa-fé processual das partes, bem como, melhor regulamentar o direito a um processo no prazo razoável, necessário se faz que as *Disposições Gerais do Título V* do projeto, que tratam *Dos Recursos em Geral*, estabeleçam o dever de o juízo determinar a perda do prazo prescricional sempre que houver o reconhecimento de que o recurso defensivo foi interposto de má-fé, com caráter meramente protelatório.

39. Prevê o parágrafo 2º do artigo 461 do projeto que, “O recurso da defesa devolve integralmente o conhecimento da matéria ao tribunal”. Ainda, prevê o parágrafo 2º do artigo 471 do projeto que, “No recurso exclusivo da acusação, poderá o tribunal conhecer de matéria que, de qualquer modo, favoreça o acusado”. Em ambos os dispositivos, o que pretende o projeto, de forma clara, é disciplinar a possibilidade da *reformatio in melius*.

De modo a preservar o princípio constitucional do contraditório, necessário se faz que, quando houver a possibilidade de *reformatio in melius*, o magistrado que preside o julgamento deva suspender os trabalhos, e abrir vista ao Ministério Público, a fim de que, se assim o entender, previamente se manifeste sobre os termos invocados para que *ex officio* haja a reforma da decisão.

Com isso, evitar-se-á manifesta hipótese de cerceamento de acusação, tal como o fez o legislador francês em maio de 2008, ao alterar o artigo 1015 do Código de Processo Civil do país galo, que disciplinou, em relação ao seu Tribunal de Cassação, que “Le président de la formation doit aviser les parties des moyens susceptibles d’être relevés d’office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu’il fixe. Il en est de même lorsqu’il envisage de rejeter un moyen par substitution d’un motif de pur droit relevé d’office à un motif erroné”.

40. Prevê o artigo 473 do projeto que “Caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, da decisão que: I – receber, no todo ou em parte, a denúncia, a queixa subsidiária e respectivos aditamentos”.

A previsão de interposição de agravo, na situação reproduzida, constitui-se em hipótese recursal que inevitavelmente provocará não só a dilação do processo, senão também a sobrecarga dos tribunais recursais. É possível afirmar, portanto, que, em razão de cada processo instaurado, haverá um recurso de agravo interposto perante o juízo *ad quem*, indo frontalmente contra a decisão do legislador de tornar o processo penal brasileiro mais ágil.

Não fosse isso suficiente, o projeto não cria qualquer impedimento para o acusado vir a fazer uso da ação impugnativa de *habeas corpus*, tal como igualmente autorizado pelo Código de Processo Penal em vigor, razão pela qual não restará desassistido em caso de vir a “sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, ressalvados os casos de punições disciplinares militares” (artigo 663 do projeto).

41. Em virtude de o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal pacificar o entendimento de que o Ministério Público, junto ao segundo grau de jurisdição, constitui-se em verdadeira parte (STF, HC nº 87.926-8, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, unânime, j. em 20-02-2008), as contrarrazões ao agravo interposto pela defesa poderão ser arrazoados por seu representante vinculado à Câmara Criminal para onde foi distribuído tal recurso. Como o agravo deverá ser interposto diretamente junto ao tribunal, seguir-se-á a mesma lógica já existente nos demais recursos interpostos diretamente em segundo grau, onde a resposta à inconformidade apresentada pela defesa do acusado é efetuada pelo representante do Ministério Público naquele grau de jurisdição.

Enfim, evitar-se-á que o instrumento do agravo seja remetido à comarca de origem do recurso, proporcionando a celeridade pretendida pelo projeto, que foi erigida à condição de garantia pela própria Constituição Federal, ao evitar dilação indevida nessa fase da persecução penal.

42. Prevê o artigo 487 do projeto que, “No julgamento das apelações, o tribunal, câmara, turma ou outro órgão fracionário competente poderá, mediante requerimento do apelante, proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar novas diligências”. Entretanto, não há qualquer motivo plausível para não se prever que o julgador *ad quem* não possa, mediante requerimento do apelante, reinquirir a vítima, acréscimo que se faz necessário ocorrer no dispositivo em comento.

43. Prevê o artigo 495 do projeto, em relação ao processamento dos embargos infringentes, que, “Do sorteio do novo relator será excluído aquele que exerceu tal função no julgamento da apelação”. Em caminho similar vai o artigo 659, *caput*, do projeto, que, ao tratar da revisão criminal, estabelece que “A petição inicial será distribuída a um relator e a um revisor, devendo funcionar como relator o magistrado que não tenha proferido decisão em qualquer fase do processo”. Contudo, a seguir-se a mesma teleologia constante no inciso III do artigo 53 do projeto, todos os magistrados envolvidos no julgamento da apelação deverão ser considerados impedidos, uma vez que já atuaram em outra instância, ainda que dentro do mesmo tribunal, “pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão”.

Logo, também aos julgadores que participaram do julgamento da apelação deverão ser considerados impedidos, ao invés de simplesmente afastar-se da relatoria aquele magistrado que anteriormente já a exerceu quando do julgamento do apelo. Do contrário, além de atualmente – e de forma equivocada – constituírem-se os embargos infringentes unicamente em um recurso defensivo, novo prejuízo processual atingirá o Ministério Público, quando de seu julgamento. Basta lembrar que, a manter-se o modelo

atual, com a participação integral dos magistrados que proferiram a decisão em grau de apelação, o acusado já iniciará o julgamento dos embargos infringentes com um voto de vantagem em relação ao acusador, qual seja, justamente aquele que autorizou o recorrente a opor os embargos infringentes.

44. Independentemente do rito aplicável ao processo, quando for o caso de improvimento dos embargos declaratórios, o julgador, *a quo* ou *ad quem*, deverá fazer a análise do comportamento processual da parte que o opôs. Caso se constate que o recurso foi oposto com caráter meramente protelatório, necessário se faz prever a perda do efeito interruptivo do prazo de interposição de recurso para a parte que o opôs, disciplinando, assim, uma das consequências da violação da garantia constitucional a um processo com prazo razoável que a outra parte tem direito.

45. Prevê o artigo 515 do projeto que “Os recursos de competência dos tribunais serão julgados de acordo com as normas de organização judiciária e de seus regimentos internos”. No entanto, verifica-se a necessidade de padronização na ordem de manifestação do Ministério Público junto ao segundo grau de jurisdição – hoje inexistente em muitas normas de organização judiciária e de regimentos internos dos tribunais recursais –, para que, nos recursos da acusação, a defesa possa se manifestar posteriormente a ele, conforme já deixou patente a recente decisão unânime proferida pela composição plenária do E. Supremo Tribunal Federal (HC nº 87.926-8, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, unânime, j. em 20-02-2008).

46. Prevê o artigo 522 do projeto que “O recorrente poderá sustentar oralmente suas razões, cabendo ao recorrido se manifestar no mesmo prazo. No caso de recurso da defesa, poderá ela se manifestar novamente, após o Ministério Público”.

Como se pode observar, o projeto cria a possibilidade de a defesa voltar a se manifestar, em sede de sustentação oral, após o Ministério Público, quando o recurso for por ela interposto. Cria-se, assim, a figura da *réplica da defesa*, sempre que o recurso for por ela interposto, mas sem a possibilidade de o acusador público exercer o direito constitucional ao contraditório, em razão dessa nova manifestação defensiva.

Poder-se-ia argumentar que a criação dessa réplica seria derivada do direito do acusado “falar por último”. Contudo, necessário recordar que tal direito se traduz em uma derivação do princípio do contraditório, partindo-se, portanto, do pressuposto de que o acusador “falou primeiro”.

Por fim, de bom tom lembrar que tal dispositivo incide no mesmo problema de constitucionalidade já apontado pelo E. Supremo Tribunal Federal (HC nº 87.926-8, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, unânime, j. em 20-02-2008), em processo em o Ministério Público se manifestou por último em recurso da acusação, ocasião em que se reconheceu violado o direito ao contraditório.

47. No Livro III, que trata *Das Medidas Cautelares*, prevê o parágrafo único do artigo 525 do projeto que, “Durante a fase de investigação, a decretação depende de

requerimento do Ministério Público ou de representação do delegado de polícia, salvo se a medida substituir a prisão ou cautelar anteriormente imposta, podendo, neste caso, ser aplicada de ofício pelo juiz”. Especificamente, portanto, a segunda parte do dispositivo reproduzido autoriza que o juiz atue de ofício na fase de investigação.

Tal previsão vai de encontro com o artigo 4º do próprio projeto, que considera o juiz do sistema acusatório como inerte na fase de investigação, proibindo, terminantemente, sua atuação de ofício nessa fase da persecução criminal.

Em vista disso, de modo a manter-se a coerência do projeto, necessária se faz a retirada da parte final do artigo 525 já reproduzido.

48. Ainda no Livro III, que trata *Das Medidas Cautelares*, prevê o artigo 526 do projeto que “As medidas cautelares dependem de expressa previsão legal e somente serão admitidas como meio absolutamente indispensável para os fins de persecução criminal e de reparação civil, ficando a respectiva duração condicionada à subsistência dos motivos que justificaram a sua aplicação”. Tem-se, assim, a extinção das cautelares inominadas e do poder geral de cautela do juiz criminal. Nesse sentido, aliás, é clara a Exposição de Motivos do projeto, quando diz que “Consciente da ampliação do espectro das medidas cautelares, estabeleceu-se a vinculação do princípio da legalidade, vedando as conhecidas cautelares inominadas”.

Entretanto, o que fez o projeto foi, contraditoriamente, justamente reconhecer a necessidade do poder geral de cautela atualmente exercido pelos juízes criminais (e ratificado pelos Tribunais Superiores, em nome do princípio da proporcionalidade), incorporando ao texto do projeto hipóteses de cautelares inominadas, como, p. ex., a determinação da entrega do passaporte do réu, a fim de impedi-lo de afastar-se do país (§ 1º do artigo 600). Ou seja, em um primeiro momento, o projeto reconheceu que a dinâmica da vida em sociedade exigia uma atualização das medidas cautelares previstas na legislação adjetiva atualmente vigente; mas, em um segundo momento, e de forma contraditória, ninguém menos que o próprio projeto impede que essa atualização venha a ocorrer no futuro, através da mesma atuação judicial que hoje supre as omissões legislativas do atual Código de Processo Penal. Em síntese, houve o reconhecimento e valorização da importância das cautelares inominadas hoje existentes, mas a proibição de que outras venham a ser reconhecidas no futuro.

Ademais, a vedação prevista no artigo 524 do projeto se chocará frontalmente com o poder geral de cautela previsto na Lei nº 11.340/2006, quando ela deixa claro que as medidas protetivas, a favor da vítima, são de caráter meramente exemplificativo. Conforme prevê o artigo 22 da referida lei, “Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, as seguintes medidas protetivas de urgência, *entre outras*: (...)” (grifo nosso).

De bom tom lembrar que o atual projeto somente se encarrega de extinguir os distintos procedimentos da fase processual hoje aplicáveis às leis especiais, mas nada refere às medidas a serem tomadas ainda na fase anterior ao início do processo, tal como ocorre com as medidas protetivas, previstas na Lei nº 11.340/2006, encaminhadas pela Polícia Judiciária, Ministério Público ou vítima.

Por fim, o projeto não impede situações corriqueiras que o poder geral de cautela, na atualidade, facilmente resolve, seja em benefício da vítima, seja em benefício do próprio acusado. Em benefício da vítima, encontramos a proibição, imposta pelo juízo, de o investigado/acusado enviar, por intermédio de endereço

eletrônico alheio, e-mails a terceiros (colegas de trabalho e vizinhos, a título de exemplo), que venham a comprometer a honra daquela, em casos de assédio sexual ou represália nas relações laborais. Já, em benefício do investigado, quando haja a necessidade de sua internação compulsória por estar em surto provocado por uso de droga ou álcool, embora não apresente qualquer problema mental.

Por isso, merece ser retirada a parte inicial do artigo 524 do projeto.

49. Ainda no Livro III, que trata *Das Medidas Cautelares*, prevê o artigo 527 do projeto que “É vedada a aplicação de medida cautelar que seja mais grave do que a pena decorrente de eventual condenação”. Note-se, aqui, que se trata de *condenação*, e não de *pena prevista em lei*.

Com isso, faz-se desaparecer a possibilidade de prisão preventiva em caso de descumprimento de medida protetiva, nos casos de violência doméstica, tal como hoje autorizado pelo inciso IV do artigo 313 do Código de Processo Penal, que diz “Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: IV – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. Incidir-se-á, com isso, flagrante retrocesso legislativo, fragilizando, por consequência, a proteção às vítimas de violência de gênero.

O mesmo ocorre em relação ao artigo 534 do projeto, quando prevê que “As medidas cautelares pessoais previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for cominada pena privativa de liberdade, quer isolada, quer cumulativamente ou alternativamente a outras espécies de pena”.

50. Em razão de o juiz estar impedido de atuar de ofício na fase de investigação, faz-se necessário estabelecer a obrigatoriedade de oitiva prévia do Ministério Público em todo e qualquer procedimento de natureza cautelar que não tenha o acusador público dado início (*i.e.*, auto de prisão em flagrante, pedidos de prisão preventiva, pedidos de liberdade encaminhados pelo investigado/acusado, pedidos de busca e apreensão, indisponibilidade de bens, sequestro de bens etc.), prática já adotada largamente na atualidade como decorrência de sua titularidade da ação penal pública.

51. Prevê o artigo 552 do projeto que, “Excetuada a hipótese de infração de menor ofensivo, quando será observado o procedimento previsto nos arts. 285 e seguintes, apresentado o preso ao delegado de polícia, este ouvirá o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando-lhe cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, o delegado de polícia procederá à oitiva das testemunhas que acompanharam o condutor e ao interrogatório do preso sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada inquirição, suas respectivas assinaturas, e lavrando, afinal, o auto”.

Ao que se observa, o dispositivo reproduzido repete, em síntese, o texto hoje presente no Código de Processo Penal em vigor. Contudo, igualmente repete o equívoco de não se determinar à autoridade policial a oitiva obrigatória da vítima – se esta oitiva

for possível –, pois há situações em que somente ela poderá detalhar a ação delitativa e reconhecer o conduzido, se for o caso.

Em vista disso, mister se faz acrescentar a vítima ao rol de pessoas a serem inquiridas pela autoridade policial, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante.

52. Prevê o artigo 1º do projeto que “O processo penal rege-se-á, em todo território nacional, por este Código, bem com pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil”. E, dentre as convenções firmadas pelo país, encontramos o Pacto de San José de Costa Rica, que, em seu artigo 7º, 5, diz que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais ...”. Logo, é *direito do preso*, nos casos de flagrância, ser apresentado ao juiz ou outra autoridade apontada pela lei, ao invés de ser essa apresentação tratada como uma *faculdade do juiz*, como prevê o projeto.

Atualmente, tal direito já é reconhecido aos adolescentes infratores, que são apresentados imediatamente ao Ministério Público, logo após a confecção do boletim de ocorrência circunstanciado ou auto de apreensão em flagrante, por haver essa instituição sido considerada, nos termos do pacto mencionado, “outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais ...”. Portanto, seguindo-se, em caráter similar, o regramento já existente no Estatuto da Criança e do Adolescente, o projeto poderá determinar que, antes de o juiz analisar o auto de prisão em flagrante, não só o próprio auto, mas também o conduzido seja apresentado ao Ministério Público, a fim de que, nas hipóteses abrangidas pelo procedimento comum sumário, de pronto seja analisada a possibilidade de formalização do requerimento de aplicação imediata da pena, evitando-se, com isso, a instauração desnecessária de futuro inquérito policial.

53. Prevê o artigo 555 do projeto que, “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, deverá: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter, fundamentadamente, a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes seus pressupostos legais; ou III – arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso; ou IV – conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação”.

Como se pode observar, não há possibilidade de o juiz do flagrante, embora presentes os requisitos legais, vir a decretar a prisão *temporária* do conduzido. A seguir-se a lógica presente no projeto – e, de resto, na legislação hoje existente –, faz-se necessário que o conduzido seja posto em liberdade, por ausência de algum requisito para o decreto da prisão preventiva para, só após, ser decretada sua prisão temporária.

Tal situação, claramente esdrúxula, mostra-se corriqueira nos autos de prisão em flagrante onde a vítima comunica o furto ou roubo do automóvel de sua propriedade, e, minutos depois, o conduzido é preso na posse do aludido veículo. Ao ser ouvido pela autoridade policial, ele informa que, minutos antes de sua prisão, adquirira tal veículo de um terceiro que não sabe informar o nome, ou, então, que encontrou o veículo abandonado em via pública, e resolveu pegá-lo para dar uma volta, ao final sendo abordado por uma guarnição policial. Não raramente, a vítima não é localizada, de

imediate, para poder efetuar o reconhecimento do conduzido, como sendo o autor da subtração de seu veículo, o que leva à inexistência de “indício suficiente de autoria”, tal como prevê o artigo 556, *caput*, do projeto, para que seja decretada sua prisão preventiva pelo juiz que analisará o auto de prisão em flagrante.

Em vista disso, necessário se faz corrigir essa omissão presente na legislação atual, para autorizar que o juiz, ao analisar o auto de prisão em flagrante, também possa decretar a prisão temporária do conduzido.

54. Ainda como corolário do artigo 555, e em razão de o artigo 4º do projeto vedar a iniciativa de ofício do juiz na fase de investigação, bem como, o artigo 14, inciso II do mesmo projeto deixar claro que o juiz das garantias somente poderá *decidir* sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar, faz-se necessário estabelecer a proibição de o juiz decretar, de ofício, a prisão preventiva do conduzido, estipulando que só poderá fazê-lo, portanto, mediante provocação da autoridade policial ou do Ministério Público.

55. Prevê o artigo 557 do projeto que “Não cabe prisão preventiva: II – nos crimes dolosos cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou inferior a 3 (três) anos, exceto se cometidos com violência ou grave ameaça”.

Contudo, tal dispositivo significa um grave retrocesso em relação ao combate à violência de gênero, em especial na autorização, hoje existente no inciso IV do artigo 313 do Código de Processo Penal (já reproduzido acima), de prisão preventiva do suposto agressor que descumpra medida protetiva determinada judicialmente, em benefício da mulher-vítima, pondo em risco a vida desta, ainda que inexistam, no momento do descumprimento daquela medida, qualquer violência ou grave ameaça a ela.

56. Prevê o artigo 558 do projeto que, “Quanto ao período máximo de duração da prisão preventiva, observar-se-ão, obrigatoriamente, os seguintes prazos”. E, segundo o § 1º do artigo 559, “Se, após o início da execução, o custodiado fugir, os prazos interrompem-se e, após a recaptura, serão contados em dobro”.

Em que pese o projeto haver se ocupado, neste último dispositivo, de combater a atuação de má-fé por parte do acusado, necessário igualmente se faz combater a dilação indevida do processo por parte deste, não só quando sua atuação de má-fé resultante de fuga, senão também de utilização de expedientes protelatórios ao longo da tramitação do processo. A título de atuações temerárias, pode-se citar o não-oferecimento de resposta escrita ou memoriais no prazo fixado, bem como, o investigado/acusado dificultar sua localização para os fins de ser intimado da prática de algum ato investigatório/processual.

Assim, verificando o juízo a má-fé processual por parte do investigado/acusado, determinar-se-á a exclusão dos dias decorrentes de dilação indevida provocada por ele, em relação ao cômputo geral dos dias de prisão preventiva a que está submetido.

57. Prevê o artigo 563 do projeto que, “Fora das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, o juiz, no curso da investigação, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, poderá decretar prisão temporária, quando não houver outro meio para garantir a realização de ato essencial à apuração do crime, tendo em vista indícios precisos e objetivos de que o investigado obstruirá o andamento da investigação nos seguintes crimes”.

Ao que se observa, haverá um claro retrocesso na disciplina da prisão temporária, em relação à forma como atualmente se vê regulamentada pelo artigo 1º da Lei 7.960/89. Em realidade, os requisitos exigidos pelo projeto tornam a prisão temporária uma verdadeira prisão preventiva para garantir a instrução da investigação, e, ainda assim, dependendo de atividade futura do investigado (“... *obstruirá* o andamento da investigação ...”). Não há resposta, portanto, por parte do projeto, à questão acima já relatada, especificamente quando a vítima não é prontamente encontrada, em caso de flagrância, para reconhecer o indivíduo que estava na posse de seu veículo como o autor do crime de roubo e, com isso, permitir, se for o caso, o decreto de prisão preventiva deste.

À vista dessa realidade, melhor se afigura manter a possibilidade de prisão temporária do sujeito investigado sempre “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” (inciso I do artigo da Lei nº 7.960/89).

58. O instituto da fiança encontra-se francamente em descompasso com o nosso direito processual penal, tendo sido criada ao tempo em que se traduzia na única forma de liberdade possível no curso da investigação ou do processo, sempre que o sujeito fosse preso em flagrante. Ninguém menos que a própria Exposição de Motivos do então Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal reconheceu o caráter vetusto da fiança, ao afirmar que “cuidou de revitalizar o instituto da fiança”. E, no corpo do próprio projeto, vê-se seu caráter totalmente prescindível, tal como deixa clara a redação do artigo 587, ao prever que “Arbitrada ou não a fiança, o juiz poderá aplicar, de forma isolada ou cumulada, as medidas cautelares pessoais previstas neste Capítulo”.

Entretanto, não conseguiu corrigir seu principal defeito, qual seja, de a fiança se prestar a fazer uma odiosa diferenciação entre as classes econômicas mais favorecidas e aquelas que não detêm recursos financeiros para satisfazê-la, mantendo-se a visão popular de que *cadeia é coisa para pobre*.

Em razão disso, pautado, que já se encontra o projeto, por instrumentos que auxiliam na tramitação mais célere do auto de prisão em flagrante, e de instrumentos de controle sobre a situação prisional do sujeito passivo da persecução criminal – seja em nível de investigação, seja em nível processual –, totalmente desnecessária a manutenção da fiança no direito brasileiro, merecendo ser totalmente retirada do projeto.

59. Prevê o artigo 590 do projeto que “Se o investigado ou acusado não possuir residência própria, nem outra para indicar, o juiz poderá fixar outro local para o cumprimento da medida, como abrigos públicos ou entidades assistenciais”.

O dispositivo reproduzido se presta a ser letra morta em nosso futuro código – caso essa redação seja aprovada –, eis que sabidamente não existem abrigos públicos ou entidades assistenciais que atendam a indivíduos ainda investigados ou processados. Os

que existem dizem respeito aos indivíduos que se encontram cumprindo pena em regime aberto ou semiaberto, o que torna reprovável e desaconselhável a mistura entre essas duas classes de sujeitos.

À vista disso, necessária se faz a exclusão desse dispositivo.

60. Prevê o artigo 595 do projeto que “Atendidas as finalidades cautelares e existindo conexão com o fato apurado, o juiz poderá suspender o exercício de função pública, profissão ou atividade econômica desempenhada pelo investigado ou acusado ao tempo dos fatos”. Todavia, embora as medidas indicadas se mostrem necessárias, por vezes outras, de caráter menos rigoroso, fazem-se igualmente exigidas, tais como o mero afastamento da atividade em que se encontra desempenhando, ou, então, em se tratando de funcionário público, sua transferência para outra unidade do serviço público a que está vinculado.

Não se impedirá, com isso, que o investigado/acusado continue a exercer sua atividade laboral, mas se alcançará os objetivos pretendidos com a medida cautelar em questão, quais sejam, que aquele não interfira na instrução criminal ou continue a praticar a conduta ilícita imputada a ele em sede de investigação ou processual.

61. Prevê o artigo 604 do projeto que “Se o crime for praticado contra a integridade física, bens ou interesses do filho menor de idade, o juiz poderá suspender, total ou parcialmente, o exercício do poder familiar que compete aos pais, na hipótese em que o limite máximo da pena cominada seja superior a 4 (quatro) anos”.

No caso presente, não se mostra recomendável que haja a fixação de um limite máximo de pena que autorize o juiz a determinar a suspensão, ainda que parcial, do exercício do poder familiar sobre os filhos menores de idade. Mais indicado seria que o juiz, à vista do caso em concreto, analisasse sobre a necessidade, ou não, da presente hipótese de medida cautelar, para melhor tutelar os interesses dos infantes ou adolescentes.

62. Prevê o artigo 609 do projeto que, “Em caso de descumprimento injustificado de uma das medidas cautelares previstas neste Capítulo, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, ouvida a defesa, avaliará a necessidade de decreto da prisão preventiva ou de substituição da medida anteriormente imposta por outra cautelar, interrompendo-se os prazos previstos no art. 606”.

Inicialmente, em razão de o artigo 4º do projeto vedar a iniciativa de ofício do juiz na fase de investigação, bem como, o artigo 14, inciso II, do mesmo projeto deixar claro que o juiz das garantias somente poderá *decidir* sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar, inviável que o juiz possa atuar de ofício em caso de “descumprimento injustificado de uma das medidas cautelares” anteriormente impostas.

Ainda, em razão de o descumprimento das cautelares poder ocorrer ainda na fase de investigação, há que se reconhecer legitimidade para que também a autoridade policial postule as providências contidas no dispositivo acima reproduzido.

Por fim, a concessão de contraditório ao investigado/acusado, em relação ao pedido de prisão preventiva formulado ao juiz, traduz-se em procedimento que

claramente colocará em risco a efetividade da medida postulada, caso seja deferida judicialmente. Necessário seguir-se, portanto, a mesma sistemática adotada para o decreto das medidas cautelares restritivas de liberdade.

63. Prevê o artigo 659, *caput*, do projeto, ao tratar da revisão criminal, que “A petição inicial será distribuída a um relator e a um revisor, devendo funcionar como relator o magistrado que não tenha proferido decisão em qualquer fase do processo”.

Novamente incide, aqui, a necessidade de se afastar do processo aqueles magistrados que, de acordo com a regra aposta no inciso III do artigo 53 do projeto, pronunciaram-se, “de fato ou de direito, sobre a questão”. Por consequência, tal regra abrangerá não só os julgadores de primeiro grau, senão também os de segundo grau.

Do contrário, em verdadeira situação esdrúxula se encontrará o projeto, ao afastar da composição do órgão julgador da revisão criminal – sob o argumento de já estar com seu juízo previa formado –, somente aquele primeiro magistrado prolator da sentença, e não aqueles que igualmente analisaram o mérito do processo, mas em sede recursal, mantendo ou reformando aquela decisão.

64. Ao disciplinar o procedimento da ação impugnativa *habeas corpus*, o projeto alija, por completo, o Ministério Público da participação de seu trâmite, quando impetrado em primeiro grau.

Assim ocorre ao prever, em seu artigo 668, *caput*, que, “Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, não sendo o caso de concessão de cautela liminar e estando preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar, se entender imprescindível ao julgamento do processo”. Entretanto, embora o objeto da ação impugnativa possa dizer respeito a fato discutido em processo condenatório do qual seja seu autor, ou ainda alvo de investigação por parte da autoridade competente, não há qualquer previsão de participação do Ministério Público em tal ato processual que, indubitavelmente, prestar-se-á a formar o convencimento judicial.

Na mesma linha de exclusão seguem os demais dispositivos, ao não preverem a manifestação do Ministério Público de primeiro grau, ao contrário do que ocorre quando se o julgamento daquela ação impetração for de competência originária dos tribunais.

Assim, faz-se necessária a inserção da participação do Ministério Público, quando do julgamento dessa ação impugnativa pelo juízo de primeiro grau.

65. Ao disciplinar o procedimento da ação impugnativa *mandado de segurança*, o projeto alija, por completo, o Ministério Público da participação de seu trâmite, quando impetrado em primeiro grau. Igual deslize não ocorre quando o julgamento daquela ação for de competência originária dos tribunais, conforme deixa claro o artigo 690, *caput*, do projeto.

Assim, na mesma linha já traçada em sede de *habeas corpus*, faz-se necessária a inserção da participação do Ministério Público, quando do julgamento, pelo juízo de primeiro grau, da ação impugnativa de *mandado de segurança*.

É o parecer, s.m.j

Porto Alegre, 04 de janeiro de 2011.

Mauro Fonseca Andrade
Promotor de Justiça/RS
Assessor Criminal Especial/AMPRGS