

"Anteprojeto de lei com vistas ao tratamento dispensado ao acusado preso". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 34, Ano 9, pp. 327-333, abril/junho de 2001.

ANTEPROJETO DE LEI COM VISTAS AO TRATAMENTO DISPENSADO AO ACUSADO PRESO

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Os artigos 185, 186, 187, 217, 226 [1], 283, 301, 303, 304, 322 e 465 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a contar com as seguintes alterações:

"Art. 185.

§1º. O acusado preso, seja qual for a gravidade da acusação, permanecerá sem algemas durante o seu interrogatório, sob pena de nulidade do ato.

§2º. A utilização de algemas só será admitida caso o acusado tenha provocado, efetivamente, incidente durante a audiência que afete a segurança desta, reduzindo-se tudo a termo."

"Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz indagará ao acusado se possui advogado constituído, advertindo-o do seu direito ao silêncio [2]...

§1º. Caso o acusado não tenha advogado constituído, o juiz lhe nomeará defensor, garantindo ao mesmo o tempo necessário para se inteirar do processo e orientar o acusado.

§2º. Na hipótese do parágrafo anterior, é facultado ao defensor requerer o adiamento do interrogatório."

"Art. 187. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará ao defensor do acusado se existem outras perguntas necessárias à sua defesa, as quais, se deferidas pelo magistrado, serão feitas ao acusado.

§1º. Caso haja o indeferimento de alguma pergunta do defensor, o juiz a consignará no termo do interrogatório, bem como os motivos de sua decisão."

"Art. 217. Durante a inquirição da vítima e das testemunhas, o acusado preso permanecerá na sala de audiência sem algemas, podendo comunicar-se verbalmente ou por escrito com seu defensor, seja qual for à gravidade da acusação.

§1º. A utilização de algemas só será admitida caso o acusado tenha provocado, efetivamente, incidente anterior, ou durante a audiência, que afete a segurança desta, do que tudo se reduzirá a termo.

§2º. Se o juiz verificar que a presença do acusado, em função do comportamento comissivo referido no §1º deste artigo, poderá influir no ânimo da vítima ou da testemunha, fará retirá-lo, prosseguindo a inquirição com a presença de seu defensor, devendo constar do termo a ocorrência e os motivos que determinaram a decisão.

§3º. A gravidade da imputação, bem como a sua natureza, por si sós, não autorizam a retirada do acusado da sala de audiências.

§4º. Havendo necessidade de se proceder a reconhecimento pessoal, este será feito momentos antes de instalada a audiência para oitiva da vítima e testemunhas, aplicando-se, à fase judicial, o disposto nos arts. "226 a 228" [3].

"Art. 226.

Parágrafo único. "O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação em sessão plenária do Tribunal do Júri" [4].

"Art.283.

Parágrafo único. As autoridades policiais, ao cumprirem mandado de prisão, atuarão da maneira que menos prejudique o preso em sua pessoa, família, reputação e patrimônio."

"Art.301.

§1º. As autoridades policiais, no momento da prisão em flagrante, deverão atuar da forma que menos prejudique o preso em sua pessoa, família, reputação e patrimônio.

§2º. As autoridades policiais e seus agentes informarão o preso em flagrante, no local e no exato momento de sua prisão, do seu direito ao silêncio, de assistência de advogado e da família, garantindo-se, o quanto antes, a possibilidade de telefonar.

§3º. Eventuais declarações do acusado preso em flagrante aos policiais que o prenderam, obtidas entre o momento de sua prisão e a lavratura do auto de prisão em flagrante de que trata o art. 304, em desrespeito ao parágrafo anterior, não serão admitidas como prova."

"Art.303.

Parágrafo único. Se não houver perigo iminente à vida ou à saúde de alguém, bem como possibilidade de cessação imediata da permanência ou desaparecimento de vestígios, as autoridades farão guardar todas as saídas, tornando a casa incommunicável, e, logo que amanheça, arrombarão as portas caso haja recusa do morador em colaborar, efetuando a prisão."

"Art.304.

§4º. O preso não será interrogado sem prévia consulta com seu defensor, devendo a autoridade policial aguardar, por duas horas, a sua chegada.

§5º. Na hipótese do defensor não chegar, em respeito às testemunhas e aos condutores, lavrar-se-á o auto de prisão em flagrante, resguardado o direito ao preso de ser interrogado, posteriormente e ainda no curso do inquérito policial, caso não opte pelo exercício do direito ao silêncio."

"Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.

§1º. Nos demais caso, a autoridade policial, após a lavratura do auto de prisão em flagrante, conduzirá o preso à presença do juiz competente no prazo de 24 horas, para que este decida, fundamentadamente, na presença do acusado e de seu defensor, sobre a possibilidade de conceder-lhe liberdade provisória com fiança (art. 323 e 324) ou, quando incabível esta, a concessão da liberdade provisória sem fiança (art. 310, parágrafo único), ouvindo-se, nesta última hipótese, o Ministério Público (art. 333).

§2º. No ato referido pelo §1º, o acusado será ouvido pela autoridade judiciária, a qual lhe indagará acerca das condições carcerárias em que se encontra, bem como sobre o tratamento que lhe foi dispensado no momento de sua prisão, no seu transporte e na lavratura do auto de prisão em flagrante, aferindo, em consonância com o art. 5º, LXV, da Constituição da República, o efetivo cumprimento das garantias insculpidas nos incisos X, XLIV, LXI, LXIII e LXIV do seu art. 5º.

§3º. Se o acusado ainda não tiver defensor constituído, o juiz lhe nomeará defensor *ad hoc*, garantindo-lhe entrevista pessoal e privada com o advogado.

§4º. Tratando-se de final de semana ou feriado, o preso será apresentado ao juiz do plantão judiciário, onde houver, e, na falta deste, no primeiro dia útil após a prisão.

§5º. O desrespeito ao prazo estabelecido nos §§ 1º e 4º deste artigo ensejará a imediata soltura do acusado, não se admitindo excusas como o excesso de trabalho e a falta de viaturas ou escolta.

§6º. Os prazos referidos nos §§ 1º e 4º deste artigo não alteram o prazo previsto no art. 10 deste Código."

"Art. 465.

§1º. Após proceder ao interrogatório, o juiz presidente indagará ao defensor do acusado se existem outras perguntas necessárias à sua defesa, as quais, se deferidas pelo magistrado, serão feitas ao acusado; caso haja indeferimento de alguma pergunta, o juiz presidente consignará a indagação indeferida, bem como os motivos de sua decisão.

§2º. O acusado preso, assim como o solto, será interrogado sentado, permanecendo, aquele [5], sem algemas durante o interrogatório e por toda a sessão do Tribunal do Júri, ao lado do seu defensor, caso o deseje.

§3º. A utilização de algemas só será admitida caso o acusado tenha provocado, efetivamente, incidente anterior ou durante a sessão, do que tudo se reduzirá a termo."

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília,.....

[1] Alteração incluída em 26 de julho de 2000.

[2] *Idem*.

[3] §4º acrescentado a este anteprojeto em 26 de julho de 2000.

[4] Alteração igualmente acrescentada a este anteprojeto em 26 de julho de 2000.

[5] Artigo alterado em 26/7/2000.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Neste anteprojeto são propostas alterações aos arts. 185, 186, 187, 217, 226 [6], 283, 301, 303, 304, 322 e 465 do Código de Processo Penal, que tocam ao tratamento dispensado ao acusado preso durante a instrução criminal.

Essas modificações tratam de questões concernentes à prisão em flagrante, ao uso de algemas durante a instrução criminal – matéria que até os dias de hoje não encontra regulamentação em nossa sistemática processual penal –, da tutela da dignidade e da imagem de quem é preso, da sua retirada da sala de audiências e da garantia do amplo exercício da defesa, que acaba muitas vezes prejudicada em função da sua prisão provisória.

Quanto ao indevido uso de algemas, comuns são os interrogatórios e até as longas sessões do Tribunal do Júri, em que os acusados permanecem algemados, sob verdadeira violência moral e psicológica [7], tendo o increpado, como se não bastasse, que assinar o termo de interrogatório nesta condição,

Afora a necessidade de adequação constitucional, a vinculação entre o exercício do direito ao silêncio e a presença do defensor, tratada nos propostos §§2º e 3º do art. 301 e §§4º e 5º do art. 304 do Código de Processo Penal, se justifica, ainda, porque até a opção ou não pelo silêncio só pode ser tomada após efetiva consulta com o defensor (cf. ROBERTO DELMANTO, "O testemunho exclusivo de policiais e a violação do direito ao silêncio nos casos de tóxicos", *Revista do Advogado* – Associação dos Advogados de S. Paulo, AASP, número 53, outubro de 1998, pags. 23 a 29).

Todavia, como é do conhecimento de todos, isto quase não é observado por nossas polícias, que até pela televisão se fazem acompanhar.

Acerca da imprensa, ela na maioria das vezes, infelizmente, acompanha as atividades policiais não pelo nobre motivo de resguardar a integridade física do preso e de inibir o uso da violência, mas, sim, com o exclusivo e único intuito de

de maneira gratuitamente huminante.

A propósito, **ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO** lembra, também, como prática incompatível com o direito à presunção de inocência e o conseqüente *tratamento respeitoso ao acusado*, a inadmissível exigência de que ele fique em pé durante o seu interrogatório:

"Sob outro aspecto, o princípio da presunção de inocência, visto como garantia do *status* do cidadão, impõe às autoridades e ao pessoal administrativo em geral, que intervêm nas atividades processuais, *tratamento respeitoso à pessoa do acusado, o que não se revela apenas no plano formal e abstrato, mas sobretudo nas pequenas práticas em que seja possível sua assimilação com a condição de culpado*; assim, o uso de algemas deve ser restrito aos casos de absoluta necessidade, do mesmo modo que certas praxes, como a de realizar o interrogatório com o réu em pé, merecem ser revistas, em face da regra constitucional etc" **[8]**.

Mesmo quando o acusado esteja presente para assistir aos depoimentos das testemunhas e vítima, a referida manutenção das algemas constitui violência desnecessária e abusiva, mormente diante da própria escolta armada que acompanha o acusado.

Por outro lado, enquanto um acusado sem algemas pode se comunicar por escrito com o seu defensor, ajudando-o em sua defesa, aquele que está algemado fica impossibilitado de assim atuar, configurando-se, aí, tratamento desigual e, portanto iníquo, em face do pleno exercício da defesa de um acusado solto, de um lado, e do preso, de outro.

Por esses motivos, através das alterações propostas aos artigos. 185, 217, 304 e 465 do Código de Processo Penal, visam-se **regrar a utilização de algemas** durante a instrução e julgamento, só se admitindo o seu emprego em casos de incidentes causados antes ou durante a audiência, pelo acusado, como tentativa de fuga, inutilização de papéis ou emprego de gestos ameaçadores ou obscenos.

Vale lembrar, aqui, o art. 284 do Código de Processo Penal, onde consta que "não será permitido o emprego de força física, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso", aplicando-se analogicamente esse dispositivo ao uso de algemas na sala de audiências, bem como a advertência de **SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO**, para quem o uso abusivo de algemas "se constitui em prática atroz, bestial ou aviltante, podendo chegar à tortura" (*Inquérito Policial - Novas Tendências*, Belém, CEJUP, 1986, p. 69).

No que concerne à **retirada do acusado preso da sala de audiências**, objeto também das alterações propostas ao art. 217 do Código de Processo Penal, em seus §§ 2º e 3º, ela se justifica diante da freqüente retirada do acusado, que goza do direito à presunção de inocência, da sala de audiências sem que ele tenha se comportado inconvenientemente.

Aliás, atualmente é praxe entre a grande maioria dos juízes, perguntarem às testemunhas ou vítimas se "a presença do acusado as constrange" e se elas "ficariam mais à vontade se o réu fosse retirado da sala de audiências". Sendo a resposta "sim" um tanto quanto comum, são usuais os processos em que o acusado mal chega a ouvir a colheita dos depoimentos, restando o advogado impossibilitado de serem alertadas, pelo seu cliente, acerca de eventuais lapsos, impropriedades ou até mentiras.

Se o atual art. 217 do Código de Processo Penal não vem sendo devidamente observado, após as alterações aqui propostas, essa não observância será, acreditamos, revertida. Aliás, a atual prática fere o direito à ampla defesa (CR/88, art. 5º, LV), que se subdivide na defesa técnica e na autodefesa, englobando, esta última, não só o *direito de audiência*, ou seja, de ser ouvido, mas também o *direito de presença*, isto é, de estar presente aos atos do seu julgamento **[9]**.

É de se frisar, também acerca do direito do acusado estar presente a todos os atos processuais, que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, recepcionado por nossa *Magna Carta* (art. 5º, §2º), é expresso em garantir ao acusado o direito de "estar presente no julgamento e defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor" (art. 14, 3, d).

Este anteprojeto propõe, ainda, a alteração dos **artigos 283, 301, 303 e 304 do Código de Processo Penal**, que tratam, entre outros temas, da **prisão em flagrante** e da lavratura do respectivo auto.

As modificações propostas se fazem necessárias em respeito ao efetivo cumprimento da garantia do direito ao silêncio do acusado no momento da prisão em flagrante, bem como do respeito ao direito de ser assistido por advogado, insculpido no art. 5º, LXIII, da Constituição da República.

Com fulcro no art. 5º, X, da *Magna Carta*, propõe-se, outrossim, a inclusão de um **parágrafo único ao art. 283**, bem como de um **parágrafo 1º ao art. 301 do Código de Processo Penal**, os quais visam tutelar a pessoa que está sendo presa em sua imagem e reputação, com reflexos, por vezes, em sua família e patrimônio.

Com efeito, é pertinente a lembrança de **SARA ARAGONESES MARTÍNEZ** **[10]**, no sentido de que a prisão deve ser efetuada da maneira que **menos prejudique a reputação e o patrimônio** da pessoa custodiada.

E é nesse sentido, aliás, que está redigido o art. 520, 1, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola que, nesse aspecto, é exemplar:

"1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio..."

Portanto, ao invés de cumprir mandados de prisão quando o acusado encontra-se, por exemplo, em um restaurante cheio de pessoas, as autoridades policiais deverão, salvo perigo de fuga, prendê-lo discretamente, na sua saída desse estabelecimento. O mesmo se aplica a prisões em clubes e no horário comercial do prédio de escritórios onde o acusado trabalha.

Assim, os direitos à preservação da honra e da imagem, intimamente atrelados ao direito à presunção de inocência, impõem que a polícia seja discreta ao efetuar a captura e a conseqüente prisão.

explorar a imagem daquelas pessoas que são abordadas pelos mais variados motivos, patenteando-se, em muitos casos, verdadeiras violações à lei à Constituição, por parte de maus policiais.

Quanto à prisão em flagrante, buscou-se também, com as modificações ao **art. 303 do Código de Processo Penal**, regrar a questão da prisão em flagrante em hipóteses de crimes permanentes onde não haja perigo iminente para a vida ou a saúde de alguém, bem como cessação do estado de flagrância, determinando-se que a autoridade policial deverá guardar todas as saídas, tornando a casa incommunicável, e, logo que amanheça, efetuar a prisão, isto tudo em consonância com a exegese do art. 5º, XI, da *Magna Carta*.

Essa alteração se justifica em função de manifestos abusos das autoridades policiais em violar domicílios, à noite ou de madrugada, impondo constrangimentos absolutamente desnecessários a todos os seus moradores (não só ao eventual delinqüente, mas à sua esposa, filhos etc.), algumas vezes até acompanhados da imprensa televisiva, alegando, por exemplo, que algum informante lhes teria comunicado que lá se encontrariam entorpecentes para a prática de tráfico (art. 12 da Lei nº 6.368/76) ou armamento de uso proibido ou permitido mas sem autorização (art. 10, §2º, e *caput*, da Lei nº 9.437/97), modalidades de *crime permanente*.

Sem dúvida, a exceção constitucional à inviolabilidade domiciliar, inclusive em horário noturno e sem determinação judicial, nos casos de flagrante delito, que é disposta *ao lado* das hipóteses de desastre ou prestação de socorro (art. 5º, XI, 1º parte), há que ser interpretada sistematicamente, restando patente a intenção do legislador em exigir a configuração de uma verdadeira **emergência** para que se admita a violação domiciliar, sem determinação judicial,

principalmente quando noturna. Seriam hipóteses, por exemplo, de flagrante de crimes como a extorsão mediante seqüestro, em que há necessidade de prestar-se socorro à vítima, que corre perigo de vida etc., o que não se verificará em casos de crimes permanentes como a posse de entorpecente ou de armas ilegais.

Não havendo esse caráter **emergencial**, de perigo iminente a um bem jurídico como a vida ou a integridade física, bem como ao desaparecimento de vestígios, a autoridade deverá, como referido, guardar todas as saídas e esperar que amanheça para efetuar a prisão.

Acerca ainda da prisão em flagrante, outra modificação sugerida busca adequar o atual **art. 322 do Código de Processo Penal** ao art. 9º, 3, 1ª parte, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e ao art. 7º, 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que dispõem, respectivamente:

"**Art. 9º. 3.** Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser **conduzida, sem demora, à presença do juiz** ou outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. ...".

"**Art. 7º. 5.** 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 e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo..."

Com a apresentação do preso em flagrante a um juiz, que é muito mais do que uma simples formalidade, há o propósito de impedir a prática da tortura e de maus tratos àqueles que são presos em flagrante, em consonância com os pactos internacionais referidos, recepcionados pela Constituição da República (art. 5º, §2º), bem como com a preocupação manifestada pelo Legislador em reprimir a tortura (Constituição da República, art. 5º, III e XLIII; Lei nº 9.455, de 7.4.97).

Acerca do interrogatório judicial, propõe-se, ainda, alterações aos **artigos 186, 187 e 465 do Código de Processo Penal**.

As alterações ao art. 186 se justificam em virtude do fato de muitos acusados presos, na prática pobres e sem defensor, serem requisitados para interrogatório judicial, passando o magistrado a interrogá-los sem prévia assistência técnica, nomeando-lhes defensor somente após efetuado o interrogatório ou, então, poucos minutos antes, o que é incompatível com o nosso ordenamento constitucional (cf. **ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANEC FERNANDES, As Nulidades no Processo Penal**, 5ª ed., Malheiros, p. 77, *in fine*). Além disso, diante do direito constitucional ao silêncio, a atual advertência do art. 186 de que "o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa" tornou-se inaplicável.

Por fim, as mudanças aos arts. 187 e 465 se fundamentam no entendimento de que o interrogatório é, sobretudo, um *meio de defesa* e não um meio de prova, podendo eventualmente até transformar-se em uma fonte de prova, dependendo do acusado silenciar ou não, inexistindo, portanto, qualquer justificativa para que ao defensor não seja dada a oportunidade de reperguntar acerca de algum aspecto que o acusado tenha se esquecido de falar ou o magistrado deixado de indagar.

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito é elementar que se tutele e se garanta, da forma mais ampla possível, a defesa do acusado, não havendo qualquer motivo para assim não se proceder, principalmente considerando-se que o *interrogatório é o único momento em que o acusado, pessoalmente, pode se expressar e se comunicar com o magistrado, assumindo por isso relevância primordial*. Aliás, alguns magistrados, na prática, já têm dado a palavra ao defensor para suprir eventual falta de alguma indagação que tenha importância à defesa ou ao esclarecimento dos fatos.

São esses, enfim, os motivos que nos levaram a elaborar a presente proposta, na certeza de estar buscando adequar o processo penal brasileiro à Constituição da República de 1988, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, bem como torná-lo mais justo.

São Paulo, janeiro de 2000 **[11]**.

Roberto Delmanto Junior

[6] Alteração ao art. 226 do CPP incluída neste anteprojeto em julho de 2000.

[7] Cf. **ROBERTO DELMANTO JUNIOR, As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**, ed. Renovar, 1998, p. 101.

[8] Presunção de Inocência e Prisão Cautelar, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 45.

[9] **ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANEC FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO** anotam: "Com relação à autodefesa, cumpre salientar

que se compoe eia de dois aspectos, a serem **escrupulosamente observados**: o direito de audiencia e o direito de presenca. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas", observando, em seguida, que "a 1ª Turma do STF firmou posição no sentido do direito do acusado de comparecer, assistir e presenciar os atos processuais, especialmente os realizados na fase instrutória: HC 67.755-0-SP, DJU 11.9.92, p. 14.714" (As Nulidades no Processo Penal, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 72).

[10] Derecho Procesal Penal, Madrid, Editorial Centro de estudios Ramon Areces, 2ª tiragem, 1994, p. 389.

[11] Após essa data, o presente anteprojeto sofreu algumas pequenas alterações, as quais já constam do presente texto.

(O autor é advogado criminalista).

Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 34, Ano 9, pp. 327-333, abril/junho de 2001.

Delmanto Advocacia Criminal

Rua Bento de Andrade, 549 - Jd. Paulista - São Paulo - SP
Telefone e fax (11) 3887-6251 (11) 3051-2902 (11) 3051-6382
e-mail: delmanto@delmanto.com - site: www.delmanto.com