

A reforma do Processo Penal Brasileiro*

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

Procurador de Justiça — SP

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Procurador de Justiça — SP

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os princípios básicos do processo penal na Constituição Federal brasileira de 1988; 3. Orientações gerais sobre a prisão processual; 4. Participação popular na administração da Justiça, no processo ou pelo processo; 5. Direito a procedimentos adequados; 6. Obrigatoriedade, oportunidade ou discricionariedade regulada; 7. Preocupação com a vítima.

1. Introdução

Duas preocupações, até certo ponto contraditórias, têm orientado as mais recentes alterações havidas na disciplina do processo penal brasileiro: de um lado, aquela relacionada com a maior ênfase às garantias individuais, resultante da superação do modelo político autoritário instaurado no país a partir do movimento militar de 1964; de outro, a decorrente da necessidade de uma maior eficiência na repressão da criminalidade, cujos índices alarmantes intranquilizam a população e exigem pronta resposta por parte do Estado.

A simples enunciação desse duplice enfoque permite vislumbrar, desde logo, as dificuldades que se apresentam para qualquer tentativa de sistematização e, mais do que isso, traduz o sentido ambíguo e fragmentário da reforma.

De qualquer forma, o que nos parece primordial aos objetivos deste trabalho, antes do que a identificação de uma determinada "orientação" da reforma, é a discussão de certos pontos básicos que possam servir à formulação de propostas concretas para a transformação das instituições processuais-penais de nossos povos, dando seguimento ao debate em torno da elaboração de um Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América.

2. Os princípios básicos do processo penal na Constituição Federal brasileira de 1988

Naquilo que se refere ao processo penal como instrumento de garantia do cidadão nos confrontos com o poder punitivo estatal, grandes e significativas inovações foram introduzidas no ordenamento brasileiro pela Constituição Federal de 1988, não somente no plano dos princípios éticos que devem orientar a atividade repressiva, mas também através da introdução no texto constitucional de diversas disposições que normalmente poderiam ser relegadas à legislação ordinária.

Tratou-se, sobretudo, de enfatizar o completo repúdio da nova ordem institucional àquelas práticas relacionadas ao processo penal que atentam contra a integridade e a dignidade da pessoa humana; exemplos disso são a elevação da tortura à categoria de "crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia" (art. 5.º, inc. XLIII, da CF) e a minuciosa regulamentação da prisão processual, cujas linhas gerais serão analisadas adiante.

Com relação aos princípios fundamentais da justiça penal, a Carta de 1988 proclamou, de forma expressa, que "ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5.º, inc. LV) e, ainda, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5.º, inc. LVII); embora essas idéias fossem tradicionalmente aceitas no plano doutrinário como regras implícitas do ordenamento anterior, a enunciação clara e destacada feita pelos constituintes traduz a concepção básica de que a imposição das sanções punitivas deve ser necessariamente precedida de um processo e, mais do que isso, de um processo "justo", no qual o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito de liberdade do imputado seja feito em termos de equilíbrio, assegurando-se uma efetiva "igualdade de armas".

Nessa mesma linha, foram ainda explicitadas pelo novo texto outras regras indispensáveis ao exercício legítimo da função jurisdicional em matéria penal assim, ampliou-se a garantia do juiz natural para assegurar-se, ao lado da proibição dos tribunais de exceção, que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5.º, inc. LIII); assentou-se, também, a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, inc. LVI), embora a própria Constituição, por outro lado, ao tratar da inviolabilidade da correspondência e das comunicações, tenha ressaltado expressamente a possibilidade de interceptações telefônicas "por ordem judicial, nas hipóteses que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (art. 5.º, XII); renovaram-se, finalmente, as garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, inc. LV).

Outra importante novidade introduzida pela Carta de 1988 diz respeito à indenização por erro judiciário, cuja disciplina era limitada até então ao disposto pelo art. 630 do Código de Processo Penal, que previa a possibilidade de reparação apenas na hipótese de deferimento de revisão criminal; de fato, o novo texto estabeleceu que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença" (art. 5.º, inc. LXXV); a parte final desse mandamento constitucional, principalmente se interpretada em conjunto com o princípio da presunção de inocência (art. 5.º, inc. LVII), induz à conclusão de que também o tempo de prisão sofrida a título cautelar deve ser objeto de indenização, sempre que se chegar a uma absolvição no final do processo, e até mesmo nos casos de condenação, quando o prazo fixado na sentença for inferior àquele já descontado provisoriamente.

* Relatório apresentado às XII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual — Mérida, 7 a 11 de maio de 1990.

3. Orientações gerais sobre a prisão processual

Dentre todas as disposições inovadoras contidas na Constituição de 1988, destacam-se sobretudo aquelas referentes à prisão, pela minúcia no propósito garantístico, especialmente se confrontadas com as dos textos precedentes.

Com efeito, depois de estatuir que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (art. 5.º, inc. LXI), o texto constitucional prescreve ainda diversas formalidades que objetivam assegurar a excepcionalidade da restrição ao direito de liberdade, tais como a comunicação imediata ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5.º, LXII), a informação ao preso de seus direitos, “entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5.º, inc. LXII), o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5.º, inc. LXII), prevendo-se, outrossim, que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5.º, LXIV) e que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5.º, inc. LXVI).

Como se percebe, evidente foi a preocupação do constituinte com a disciplina da prisão processual, que deve assim estar sempre submetida à verificação concreta da necessidade cautelar, seja através de decisão prévia da autoridade judiciária, seja pelo exame *a posteriori* imediato nos casos de prisão em flagrante, em que são cabíveis o relaxamento, por ilegalidade, ou a concessão de liberdade provisória, nos casos de não ocorrência dos pressupostos da cautela.

Sem embargo disso, entretanto, a eficácia dos dispositivos constitucionais referidos não parece estar assegurada, especialmente em decorrência do quadro de criminalidade a que já nos referimos, porquanto das primeiras manifestações jurisprudenciais a respeito do alcance dos textos referidos denotam certo desapeço pelos novos valores introduzidos na disciplina do processo penal; percebe-se, na verdade, uma tendência à interpretação das regras da Constituição à luz de preceitos da legislação ordinária precedente, fenômeno que já fora notado com relação a Constituição italiana de 1948 (v. Illuminati, Giulio — *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 22, nota 9), de sorte que no plano prático poucas alterações são efetivamente sentidas.

Registre-se, por exemplo, que nas primeiras discussões travadas nos tribunais a respeito do alcance da norma que introduziu expressamente o princípio da presunção de inocência em especial com relação à disciplina da prisão de natureza cautelar, prevaleceu o entendimento pretoriano no sentido de que nenhuma influência deve ser atribuída ao novo preceito sobre as formas de prisão processual já existentes.

De outro lado, em 24 de novembro de 1989, o Poder Executivo, usando da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adotou medida provisória que instituiu a “prisão temporária” do simples suspeito da prática de certos delitos graves, quando “imprescindível para a investigação criminal” ou “quando o investigado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”, providência que dispensa, assim, qualquer indagação a respeito da concreta necessidade cautelar.

4. Participação popular na administração da justiça, no processo ou pelo processo

a — formas de participação popular na administração da justiça.

Antes de nos referirmos às formas de participação popular na administração da justiça no Brasil, convém recordar que no Projeto de Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América, discutido nas XI Jornadas (Rio de Janeiro, 1988), através de apêndice incluído no Livro Quarto dos procedimentos especiais, foi proposta regulamentação do julgamento por jurados, com previsão separada para as duas formas conhecidas: a — o sistema clássico, similar ao modelo anglo-saxão, que separa as funções do colégio de jurados e as dos juízes permanentes, dividindo-se a decisão em veredicto e sentença; b — o sistema do escabinado, que prevalece na Europa Continental.

No Brasil, tem sido admitida tradicionalmente a participação popular na administração da justiça através do Tribunal do Júri, em que há divisão de competências entre os juízes leigos e o juiz togado. Os juízes leigos, de maneira soberana, decidem sobre a acusação e as matérias de defesa: existência do crime, autoria, agravantes especiais e genéricas, atenuantes especiais e genéricas, circunstâncias agravantes e atenuantes. Cabem ao juiz togado a fixação e individualização da pena e a decisão sobre eventuais benefícios legais ao condenado, não podendo contrariar a decisão dos jurados.

A Constituição Federal de 1988 manteve a instituição do Júri (art. 5.º, inc. XXXVIII) e também sua competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida; reafirmou expressamente a soberania dos seus veredictos, o que na Constituição anterior, por não estar fixado de forma clara, havia gerado dúvidas a respeito; também de forma expressa, fala estar assegurada a plenitude da defesa e o sigilo das votações.

Com relação ao escabinado, restringe-se no Brasil aos órgãos colegiados de primeiro grau competentes para o julgamento dos crimes militares; na sua composição, a legislação prevê a participação de militares e juízes togados.

Essa situação foi mantida pela Constituição de 1988, que no art. 124, par. único, acentua que a lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

A crítica que normalmente se faz é ao fato de serem esses órgãos competentes para julgamento de militares em crimes que, na realidade, não têm essa natureza; assim, a hipótese mais freqüente é a de julgamento pela Justiça Militar Estadual de delitos cometidos com o uso de arma da corporação (art. 9.º, do Código Penal Militar), o que tem levado ao julgamento de militares por fatos comuns, podendo-se mencionar, por exemplo, casos em que o militar mata a própria esposa, na sua residência, com arma que recebera para exercício de sua atividade.

b — participação popular na conciliação em matéria penal.

Entendia-se no Brasil que não era possível a conciliação em matéria penal. Inovou nesse aspecto a Constituição de 1988, ao estatuir em seu art. 98, I, que “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I — juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de (...) infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Objetivando a regulamentação do texto constitucional, já foram elaborados três projetos de lei a respeito do juizado de pequenas causas penais: o de n.º 1.129, de 1988, de autoria do Deputado Jorge Arbage; n.º 1.480, de 1989, do Deputado Michel Temer, e n.º 1.708, do Deputado Manuel Moreira. O Projeto de lei n.º

1.480, do Deputado Michel Temer, é o que expressamente prevê a possibilidade de a conciliação ser feita por juízes leigos, na dependência do que for estatuído pelas leis estaduais. Esse projeto ainda abre espaço para que, em fase anterior à acusação, seja permitida a conciliação entre o suspeito da prática do crime e a vítima, na esfera civil.

c — ações penais populares.

Entre nós, a regra tem sido a previsão excepcional da ação popular em matéria penal.

Segundo Tourinho Filho, ela era prevista pela Lei n.º 1.079, de 10.4.1950, que tratava dos crimes de responsabilidade e regulava o respectivo processo e julgamento. Todavia, em face da Constituição de 1988, que no seu art. 129, I, fixou a regra de privatividade do Ministério Público na ação penal pública, esse mesmo autor reformulou seu pensamento, entendendo que nem mesmo nessa hipótese subsiste a ação popular (v. Tourinho Filho, "Processo Penal", 11.ª ed., São Paulo, 1989, v. 1, p. 414).

Ressalte-se que o **habeas corpus**, remédio destinado à defesa da liberdade de locomoção e, portanto, com ampla aplicação em matéria penal, pode ser pedido por qualquer pessoa do povo, apresentando o caráter de ação penal popular.

d — controles populares sobre o exercício da jurisdição.

A única forma de controle popular no Brasil seria o **habeas corpus**, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, a fim de garantir a liberdade de locomoção. Assim, eventuais abusos de poder no exercício da jurisdição poderão ser coibidos através desse instituto.

Há, entretanto, diversas formas de a própria vítima poder controlar o exercício da jurisdição. Na fase policial, pode ela, se o seu requerimento de instauração de inquérito policial é indeferido, recorrer dessa decisão ao superior hierárquico da autoridade policial (art. 5.º, par. 2.º). Se o Ministério Público deixa de oferecer denúncia no prazo legal pode também utilizar a ação penal subsidiária, prevista inclusive na própria Constituição Federal (art. 5.º, inc. LIX). Durante o processo, pode ainda figurar ao lado do Ministério Público como assistente da acusação. Finalmente, pode recorrer da decisão penal, proferida em processo iniciado pelo Ministério Público, caso este não o faça (art. 598 do CPP).

Ainda quanto aos controles populares, é de ser lembrado que a Lei de Execução Penal, de 1984, acentua que "o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança" (art. 4.º). A mesma lei, no art. 61, VII, inclui entre os órgãos da execução penal o "Conselho da Comunidade".

Esse conselho é tratado nos arts. 80 e 81, nos seguintes termos: "haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade, composto, no mínimo, por um representante de associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela seção da Ordem dos Advogados do Brasil e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais" (art. 80); "incumbe ao Conselho da Comunidade: I — visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca; II — entrevistar presos; III — apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário; IV — diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento" (art. 81).

Embora não se tenha notícia da implantação desses conselhos, a comunidade tem exercido, através de certas entidades, alguma fiscalização nos presídios, realizando visitas periódicas e denunciando publicamente as irregularidades encontradas.

5. Direito a procedimentos adequados

Todos os últimos projetos de Código de Processo Penal no Brasil têm manifestado preocupação em instituir um sistema de procedimentos mais adequados, levando-se em conta a gravidade do crime e a complexidade do caso. Admitem, normalmente, que o procedimento possa ser abreviado, encerrando-se logo no limiar do processo.

A Constituição de 1988, de forma expressa, asseverou que devem ser previstos procedimentos sumaríssimos e orais para as infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I).

Os projetos de lei sobre o juizado especial de pequenas causas penais, já referidos, prevêem forma de encerramento do processo mediante conciliação em uma audiência inicial. Admitem também um procedimento sumaríssimo para os casos em que não tenha havido acordo. O projeto Michel Temer não admite essa possibilidade quando o caso apresentar complexidade, exigindo maior investigação.

A título de ilustração, convém lembrar que o Projeto de CPP Tipo para Ibero-América também regula um procedimento denominado abreviado, em que se admite forma célere de julgamento (arts. 371-373). Prevê participação dos três sujeitos processuais. Havendo, no início do processo, conciliação entre o Ministério Público e o réu, assistido por defensor, poderá o juiz desde logo condenar e aplicar a pena, encerrando o processo. Só é permitido para imposição de pena privativa de liberdade não superior a dois anos, ou para pena não privativa de liberdade. O juiz poderá rejeitar o pedido de aplicação de pena, por entender que há necessidade de melhor investigação.

6. Obrigatoriedade, oportunidade ou discricionariedade regulada

No Brasil, tem-se entendido que impera a regra da obrigatoriedade da ação penal, não sendo prevista expressamente nenhuma hipótese de arquivamento por razões de oportunidade e conveniência. Na rotina forense, entretanto, há arquivamentos por tais razões em determinadas hipóteses. A mais comum é a de reconciliação do casal após a agressão de um cônjuge ao outro. Entende-se que nesse caso não se justifica mais o processo criminal, que só irá conturbar o relacionamento entre marido e mulher. Outra hipótese em que tem ocorrido solução semelhante é a de estar decorrido o prazo previsto para a prescrição retroativa, sem que haja qualquer elemento indicador de que a pena a ser possivelmente aplicada irá impedir a extinção da punibilidade. Nesses casos, na maioria das vezes, o Promotor de Justiça pede o arquivamento e o juiz concorda, não havendo mais possibilidade de reabertura das investigações, a não ser que surjam fatos novos referentes à ocorrência criminosa.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 abriu a possibilidade de transação em infrações de menor potencial ofensivo, possibilitando que a legislação penal e processual-penal venha a admitir expressamente casos de arquivamento por motivos de conveniência e oportunidade.

A tendência das propostas legislativas anteriormente mencionadas é no sentido de admitir alguma abertura no caminho procedimental, aceitando-se que, através de

acordo entre o Ministério Público e o réu, sempre assistido pelo defensor, devidamente homologado pelo juiz, possa o processo ser encerrado com aplicação imediata de pena de multa ou restritiva de direito. Segue-se, nesse aspecto, a tendência do novo Código de Processo Penal italiano, bem como do Projeto de CPP Tipo para Ibero-América.

No projeto Michel Temer, é prevista ainda a suspensão condicional do processo por acordo entre as partes e homologação judicial.

A necessidade de um melhor funcionamento da justiça criminal recomendaria, a nosso ver, a adoção regulada de critérios de oportunidade, tal como elencados pelo art. 230 do Projeto de Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América.

7. Preocupação com a vítima

No sistema brasileiro, de várias formas pode a vítima participar do processo criminal.

Admite-se que ela possa, em algumas hipóteses, oferecer queixa, dando início ao processo nos crimes de ação penal exclusivamente privada. Em outras hipóteses, condiciona-se a acusação pelo Ministério Público à manifestação prévia de vontade do ofendido. O ofendido tem também o direito de ação subsidiária nos crimes de ação pública, quando esta não for intentada pelo Ministério Público no prazo legal (art. 5.º, inc. LIX, da Constituição Federal, e art. 29 do Código de Processo Penal). Pode, finalmente, figurar como assistente do Ministério Público, com poder de realizar prova e recorrer da sentença, caso o Ministério Público não o faça no prazo legal. A lei não limita a participação do ofendido, como assistente, somente na defesa do interesse civil.

O sistema adotado no Brasil a respeito da ação civil em processo criminal é o da independência das jurisdições, de modo que a pretensão civil não pode ser cumulada com a pretensão penal (art. 64 do CPP). Admite-se somente que a sentença condenatória constitui título executivo judicial, tornando certa a obrigação de indenizar, mas havendo necessidade de fixação do **quantum** no civil (arts. 63 do CPP e 584, II, CPC).

No projeto de CPP Tipo para Ibero-América admite-se, de forma ampla, a participação da vítima no processo criminal para defender seus interesses civis. No art. 327, o Projeto propõe: "quando tenha sido exercida a ação civil e a pretensão se mantiver até a sentença, seja ela condenatória ou absolutória, resolverá expressamente sobre a questão, fixando, se for o caso, a forma de repor as coisas ao estado anterior ou a indenização correspondente".

O projeto n.º 1.480, do Deputado Michel Temer, a respeito das pequenas causas penais, apresenta um grande avanço. Passa-se a admitir que, na audiência preliminar, sejam tentadas a conciliação civil e penal. É dada, inclusive, relevância à conciliação civil, eis que, ocorrendo a composição dos danos causados, isso significa renúncia ao direito de queixa ou de representação. Os outros projetos nada consignam a respeito.

Ressalte-se, finalmente, que o Ministério Público tem titularidade para ajuizar ação civil ou promover a execução para a reparação do dano causado pelo crime, quando o titular do direito for pobre (art. 68 CPP).