

A REFORMA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Índice

- 1) A opção pelas reformas pontuais.
- 2) A linha mestra (desejada) dos projetos.
- 3) Os pontos de modificação.
- 4) A reforma é politicamente sustentável?

1. A opção pelas reformas pontuais

A constituição brasileira de 1988 reformulou por completo o cenário processual penal brasileiro. O código de processo penal em vigor desde 1942, de clara inspiração fascista, dificilmente se coaduna com os primados constitucionais, quer pela ótica do texto constitucional em sentido estrito, quer pelas normas do pacto de São José da Costa Rica que, em seu artigo oitavo, prevê um rol exaustivo de normas aplicáveis à persecução penal.

Diante desta situação, o cenário acadêmico, assumindo uma suposta dificuldade de edificação de um completo código sistemicamente integrado, vem trabalhando com projetos pontuais de reforma do código de processo, buscando adequá-lo aos primados contemporâneos de um processo penal distante do denominado modelo inquisitivo de processo, e aproximando daquilo que hodiernamente tem se por sinônimo do estado democrático e de direito: o modelo acusatório.

Em texto anterior, e em inúmeras oportunidades, vimos debatendo a absoluta inconsistência destas reformas fragmentadas, quer pela dificuldade da compreensão global do modelo acusatório, quer pela natural quebra sistêmica que dela decorre, transformando o processo penal brasileiro numa verdadeira “colcha de retalhos”. Para além de uma mera crítica quanto à necessidade de um sistema coeso e integral, tem se alertado para o fato de que estas reformas fragmentadas não propiciam a formação de um arcabouço cultural condizente com os primados democráticos e, por conseguinte,



por Fauzi Hassan Choukr

dificultam a construção de uma sólida cultura jurídica acusatória, e respeitadora dos direitos fundamentais.

No entanto, para fins do presente texto, não nos cabe uma vez mais repassar todos os inconvenientes sumariamente acima descritos, cabendo nos focar os pontos pretendidos de reformas parciais numa tarefa meramente descritiva, deixando-se para texto mais alentado a tarefa de criticar a fundo os eventuais méritos, assim como as eventuais deficiências dos mencionados anteprojetos. Ao final, sem que se queira cair num exercício de futurologia, serão feitos alguns breves comentários quanto à viabilidade política de tais propostas.

2. A linha mestra (desejada) dos anteprojetos

As críticas feitas ao atual código de processo penal brasileiro partem de duas óticas distintas: por um lado, o seu descompasso com a constituição (esta sendo a face mais aguda do problema, mas, ao mesmo tempo, não tão decantada pela doutrina e muito menos pela jurisprudência); por outro lado, o reconhecido sucateamento técnico do código de processo penal em seus vários aspectos, desde a fase investigativa até o sistema de recursos. Este último aspecto é mais salientado pelos operadores do direito que, acostumados a uma análise restritamente infraconstitucional do processo penal consegue, na sua maioria, identificar os inúmeros problemas de direito positivo que já se manifestavam na redação original de 1942. É importante destacar, no entanto, dentro de uma

observância histórica, que o código em vigor não é ruim: ele serviu de forma lapidar ao poder político que o instituiu, e se transformou num dos mais vigorosos instrumentos da repressão política do período fascista, numa época que no direito e na história brasileira é a denominada de “o estado Novo”, com clara inspiração do modelo italiano então vigente, e que foi soberbamente trazida para o direito interno brasileiro. Neste contexto, faz sim muito sentido, a absoluta assimetria do sistema recursal, a fragilidade da posição da vítima, a instrumentalização do acusado (e então não entendido como sujeito de direito, mas como objeto do processo), e uma formal ou autonomia do ministério público para a propositura da ação penal e o controle do arquivamento da investigação, mas substancialmente esta última etapa dependente dos trabalhos de uma polícia judiciária que, na sua essência, está atrelada umbilicalmente com o poder judiciário, a quem serve como organismo auxiliar.

Todo este cenário, de clara inspiração inquisitiva e serviçal a um estado autoritário, não se compraz com a realidade política formalmente instaurada em 1988, e muito menos com a adesão brasileira ao pacto humanitário de 1969, cujos reflexos no direito interno ainda são dificilmente encontrados. Deve ser somado a isso, que o código de processo penal tipo para Ibero-América apresenta-se como uma fonte importante do ponto de vista dogmático, sobretudo pela participação decisiva de juristas brasileiros na sua concepção, mas não prevê, diferentemente de outros países da América Latina que passaram por processos de (re)construção da democracia a mesma influência para que se votasse por uma

reforma global do modelo Brasileiro, e mesmo nas reformas parciais sua inspiração parece não ter alcançado por completo os textos sugeridos de reforma.

Sem embargo, deseja-se que o Brasil adentre no cenário da modernidade processual, clamando-se por maior celeridade, informalidade, imediação e, sobretudo, oralidade na sua forma procedimental. Esse mesmo desejo, ao menos do ponto de vista dos inspiradores da reforma, deve-se projetar para o âmbito maior do denominado modelo acusatório. No entanto, quer por razões culturais, quer por forças corporativas cujos interesses ainda são proeminentes do pensamento processual penal, a essência acusatória, fica mais no plano do dever ser do que no plano do ser.

Compreendendo-se a acusatoriedade como a distinção dos papéis desempenhados pelas agências públicas (separação formal do julgador daquele desenvolvido pelo promotor da ação, assim como a assunção do réu a posição de um sujeito processual) e, contrapondo-se a este modelo aquele denominado inquisitivo, o qual as condições de julgar e investigar e promover a ação são aglutinadas numa única agência pública, tendo ou o suspeito o réu a condição de objeto do processo, os anteprojetos que serão seguidos apresentando caminhos, ao menos enquanto tendência, no sentido da democratização do processo penal. No entanto, quando se faz uma leitura muito mais minuciosa das suas disposições, pode-se encontrar traços marcantes de inquisitividade, que não foram de todo afastados em homenagem a uma cultura obsoleta, e por enfrentar não raras vezes forças corporativas muito mais fortes do que a cultura dos princípios constitucionais.

3. Os pontos de modificação

As propostas têm início com uma revisão da fase da investigação preliminar, que embora conheça em inúmeras variações no direito brasileiro, é normalmente identificada com o denominado inquérito policial. Pela ótica do código, a polícia judiciária tem um papel preponderante nesse momento da persecução penal, relacionando-se diretamente com o órgão do julgador, a quem deve, inclusive, sujeição correicional. O fruto da investigação é normalmente entregue ao Ministério Público, no caso da ação penal pública, que, analisando o acervo de informações produzido na fase policial, deverá manifestar-se pela propositura da ação ou pelo arquivamento da investigação. Embora o código preveja prazos de finalização da investigação, (30 e 10 dias) tal prazo pode ser renovado de maneira quase indefinida, motivo pelo qual esse controle temporal torna-se meramente formal. Mesmo para os casos em que a pessoa esteja preso, situação na qual o termo máximo é de dez dias, referido prazo pode ser superado uma vez colocadas à pessoa suspeita liberdade, recaindo-se uma vez mais na regra anterior. A investigação é na ótica do código tratada de forma burocrática, formalizada, e extremamente prolongada no tempo, causando sérios prejuízos à fidelidade das informações que, na maioria das vezes, serão apenas repetidas na fase processual, já que o Ministério Público, de regra, dificilmente em Nova com fatos ou argumentos em relação ao que anteriormente foi produzido pela polícia.

Visando alterar todo esse quadro (de resto conhecido à saciedade na América inquisitiva espanhola antes das reformas que ora trilharam seu rumo) o projeto brasileiro referente a investigação criminal, desejando aproximar-se do texto constitucional que dá ao ministério público o controle externo da atividade policial e a titularidade da ação penal pública, imagina uma investigação mais limitada no tempo, repetindo fundamentalmente o prazo já previsto no código de processo penal (30 dias para suspeito solto) mas possibilitando a renovação de tal prazo por igual período, desde que a investigação dada sua complexidade assim necessite. O artigo 10 do ante projeto específico, afirma que o prazo máximo para a conclusão das investigações é de 60 dias, mas não possui qualquer previsão concreta quanto a superação do prazo, a não ser uma tímida menção a um controle exercido pelo ofendido, que poderá representar o procurador-geral de justiça para que seja sanada a inércia do promotor oficiante .

Ainda no contexto da investigação, é de ser saudado -muito menos por virtudes do anteprojeto e muito mais por disposições constitucionais- o afastamento do juiz da investigação, que será chamado apenas nos casos de necessidade de interferência na esfera das liberdades individuais, como interceptações telefônicas ou buscas domiciliares, que por disposição constitucional somente podem ser efetivados por ordem judicial. No mesmo cenário está a disciplina da prisão cautelar, que somente poderá ser determinada judicialmente. Pode-se concluir desta forma que o Brasil possui uma figura denominada de “juiz de garantias”, que não poderá, inclusive, se valer dos elementos obtidos

na investigação para fundamentar as suas decisões na fase judicial. A crítica que pode ser feita é que, em várias oportunidades, esse mesmo juiz de “garantias” toma contato com a investigação na forma mencionada e, posteriormente, julgará o mérito da causa, numa clara quebra da sua imparcialidade objetiva.

O anteprojeto procurou diminuir a importância de uma a existente na investigação que no direito brasileiro recebe historicamente o nome de “o indiciamento” (similar ao fato de indagação do suspeito em outros modelos jurídicos), e que possui uma importância jurídica próxima a zero, mas se constitui numa verdadeira mácula social que dificilmente se apaga ao longo da vida da pessoa, mesmo que ela se quer que venha a ser processada judicialmente. No ato de indiciamento, procede-se ao interrogatório do suspeito, assim como são tomadas as suas características de identificação (sinais dactiloscópicos) e que ele é avisado dos seus direitos constitucionais. No entanto, diferentemente de outros modelos, tal fato não se reveste de um marco inicial ou final para o término das investigações e neste ponto muito pouco foi alterado em relação ao direito brasileiro vigente

O encerramento da investigação se dá com a propositura da ação ou com o arquivamento do material produzido. Uma vez determinando-se o arquivamento, esta decisão do ministério público será alvo de um controle interno e hierárquico, sendo que até o final da decisão do órgão superior do ministério público, tanto o ofendido quanto a vítima poderão apresentar razões para a manutenção ou modificação da

promoção de arquivamento. Caso o órgão superior entenda ser a hipótese de promover a ação penal, designar a outro promotor de justiça para que o faça. Mantendo-se o arquivamento não há qualquer possibilidade de recurso ao judiciário contra esta decisão.

No que tange ao procedimento, que no código de processo penal em vigor é marcadamente burocrático, escrito, e com baixa incidência do princípio da imediação, além de não possuir uma etapa intermediária de verificação de admissão da causa, buscou-se inovar na linha acusatória, criando um juízo de admissibilidade escrito, com a apresentação de razões prévias a decisão do juiz de receber da acusação ou não. Embora se constitua numa avanço, é tecer mencionado que em procedimentos especiais (lei 9099/95 e crimes cometidos por funcionários públicos) tal norma já existia, e na primeira lei extravagante mencionada a admissibilidade se dá num debate oral. No mais, procurando se pautar no modelo acusatório, o procedimento na sua forma “ordinária” (a bem da verdade cada vez mais residual do direito brasileiro, que optou numa das suas reformas parciais, pela linha das denominadas soluções alternativas, e que se constituem hoje em verdadeira regra na persecução penal pátrio) buscam solucionar o conflito num ato concentrado de audiência, onde as partes são ouvidas, as provas produzidas e os debates realizados, proferido se a sentença. De fato, esse procedimento denominado “ordinário” em muito se assemelha ao antigo “sumário” que já previa a concentração de atos processuais. Buscando o “Graal” da celeridade, impõe-se um prazo de trinta dias para finalização deste

procedimento. Não se contempla, entretanto, qualquer sanção para a superação de sobredito prazo.

Outro procedimento que se buscou alterar foi do júri, dividido em duas fases no direito brasileiro, sendo a primeira delas transcorrido perante um juiz togado, que sem qualquer participação popular esta fase, denominada de “ordinária, mantém-se longo do tempo e extremamente burocratizados na sua forma de ser, propiciando a si um lado distanciamento temporal entre ocorrência do fato e o julgamento pela corte popular, quando o caso de sê-lo. O anteprojeto, em que pese não ser totalmente engajado com uma efetiva participação popular, prevê uma etapa mais curta anterior ao conhecimento da causa pelo conselho de sentença, propiciando assim, ao menos no que tange ao quesito celeridade, uma maior otimização.

No que tange às medidas cautelares, os anteprojeto os buscaram dar a prisão preventiva uma face de exceção, buscando empregar outras medidas alternativas antes da constrição da liberdade. Correto no seu princípio, o anteprojeto possui redação que pode levar a manutenção do sistema atual, no qual a prisão cautelar ainda é “a prima-dona” das medidas cautelares. Sem o que, a fundamentação da denominada prisão preventiva manteve-se na sua essência idêntica a redação atual, que é combatida à exaustão pela doutrina mais esclarecida e pela jurisprudência. No entanto, é de ser saudado, que se tenha pensado na criação de medidas não restritivas da liberdade como medidas de caráter cautelar. Como ponto crítico pode ser ressaltado, de plano,

a disciplina da fiança (que é mantida na sua forma basicamente atual) cuja estrutura tornou a obsoleta no direito brasileiro. Pode-se agregar a fragilidade das medidas cautelares patrimoniais, berrar o emprego na prática processual brasileira, mesmo naqueles casos que envolvam o chamados “crimes de colarinho branco” ou de criminalidade organizada.

No sistema recurso tal busca-se dar um pouco mais de racionalidade ao “sistema” brasileiro, hoje fechado por recursos que se sobrepõe, o que simplesmente não contempla a possibilidade de recursos para certas decisões centrais do processo penal (por exemplo, da decisão que não admite o assistente da acusação). Busca-se evidentemente uma aproximação com o sistema recurso ao do processo civil, de resto saudado pela doutrina como bem organizado e racional, instituindo se apenas a distinção entre o recurso de apelação e o recurso de agravo, ao lado dos quais mantém se o tradicional habeas-corpus e mandado de segurança. Para acessar a Corte constitucional e está prevista a figura do recurso extraordinário, cuja previsão Nasce na constituição. Ao lado deste, o denominado recurso especial, que leva o julgamento da causa ao segundo órgão da hierarquia judicial brasileira toda vez que ocorrer violações que não sejam contrárias à constituição.

No tratamento das provas, optou-se claramente pela é inadmissibilidade das denominada as provas ilícitas e façam derivada provas ilícitas, desde que estas últimas não pudessem ser obtidas no processo fora de uma relação de causalidade com as primeiras.

Festa, por fim, uma menção a figura do acusado na fase judicial, cujo interrogatório agora se dá no fim do procedimento como desejada manifestação de um direito de defesa e por estar, desta forma, mais consentânea com o modelo acusatório. Tenta-se possibilitar, da mesma maneira a intervenção das partes já que no modelo vigente (em profundo descompasso com a constituição) o interrogatório do réu é ato privativo do juiz, nele não interferido nem a defesa nem a acusação. Muito embora se queira aproximar o modelo brasileiro sobretudo daquele norte-americano, as disposições na redação sugerida levam a crer que ainda na existência de um papel residual da defesa e do ministério público no ato de interrogatório que, por seu turno, ainda continua sendo uma ato obrigatório do processo. Mantém-se, em obediência ao texto constitucional, o direito ao silêncio, cujo exercício, pela ótica do código, implicaria em desfavor do acusado.





4. A reforma é politicamente sustentável?

Do ponto de vista político, tratando-se de uma reforma que nasce no seio do poder executivo a ser encaminhada ao poder legislativo, é de se suspeitar como sempre no cenário brasileiro, que a modificação do atual ministro da justiça leve a um emperramento da marcha dos anteprojetos analisados. É de se indagar qual será a motivação política do próximo eventual titular da pasta em patrocinar estes anteprojetos, que contaram com a participação de alguns nomes expressivos do mundo acadêmico brasileiro e que, de certa forma, foi discutida pela sociedade, ao menos no âmbito jurídico. Nesse tópico é necessário frisar positivamente que os anteprojetos foram colocados à discussão, e muitas das sugestões inicialmente propostas foram modificadas em virtude do debate havido com os mais diversos operadores do direito. No entanto, pode-se frisar que caso a proposta tivesse nascido no seio do poder legislativo, as condições políticas de sustentação seriam maiores, até pela própria duração estável dos mandatos dos parlamentares.

Do ponto de vista dogmático há avanços, embora tímidos, em inúmeros aspectos. Ainda que se critique, por exemplo, a forma pela qual o interrogatório do réu acabou sendo disciplinada na nova legislação sugerida, ela é um avanço em relação ao que se possui hoje, de resto marcadamente autoritário. O mesmo se diga do que se quer fazer com o tribunal do júri, burocratizado ao extremo na atual sistemática procedimental, que poderia ter ido muito mais longe na efetiva participação popular . no entanto,

a simples existência da consciência de uma maior aproximação temporal entre fato e o seu julgamento, já é um ponto a ser o elogiado.

Com efeito, no que tange ao aspecto dogmático, maior preocupação diz respeito a sedimentação de uma cultura inquisitiva em pleno cenário acusatório. Alguma coisa não funcionará bem nesse aspecto. Não é possível a um operador do direito acostumado a uma cultura marcadamente autoritária, desprender-se com facilidade dos apelos que o exercício arbitrário do poder trás. Tratamento do acusado como sujeito de direitos é algo, que por exemplo, demorará a ser esculpido na prática processual penal, nada menos porque o material acadêmico empregado, assim como a jurisprudência, ainda se mostram avessas - quando não há absolutamente contrárias - aos primados básicos a da acusatoriedade introduzidas pelo texto constitucional. Este problema, não é de fácil solução, e é resolvido apenas em parte por processos de capacitação jurídica. Tais processos, no entanto, mostram apenas a face formal de um processo penal democrático; o respeito à dignidade humana, verdadeira essência de um estado de direito, somente se constrói como com a convicção duradoura de que é o único meio de se viver em paz.
