

Algumas Conclusões Práticas sobre a Reforma do Código de Processo Penal¹

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho²

I. Brevíssima Introdução

Desde a Constituição de 1988, a doutrina tem apontado a insustentabilidade do Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, e a não recepção de diversos de seus dispositivos legais. Apesar de decorridos vinte e um anos da vigência da Carta, a jurisprudência, ao contrário, tem sido lenta e conservadora na sua missão de interpretar o Código sob a luz da Constituição.

A formação extremamente positivista dos aplicadores da lei não tem permitido que os avanços constitucionais se concretizem no âmbito processual penal, vindo a calhar, então, uma reforma legislativa para implementar, mais aceleradamente, o que a interpretação constitucional já indicava.

A reforma legislativa a que se procedeu em 2008 e em 2009, teve o mérito de aproximar o Código à ideologia democrática da Constituição e, ao fazê-lo, modelou de forma mais adequada o funcionamento dos três sujeitos processuais: juiz, acusador e defesa.

Foram apenas reformas pontuais, de modo que permanecem inúmeras incoerências acerca do sistema adotado, se acusatório, ou inquisitivo, bem como acerca da não-recepção de outros tantos dispositivos legais.

Vamos examinar, também pontualmente, apenas alguns tópicos reformados, sem qualquer preocupação doutrinária mais aprofundada e sem pretensão de esgotar todos os temas e as discussões que estão suscitando. Trata-se, apenas, de uma singela e brevíssima contribuição de cunho eminentemente prático.

II. Alguns Tópicos Reformados

a) Momento do recebimento da demanda.

¹ Conclusões de palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil – RJ em 27/8/2009.

² Juiz de Direito, Doutor pela UERJ, Mestre pela PUC-RJ e Professor e Coordenador Acadêmico do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Estácio de Sá.

A redação confusa de dois dispositivos vieram estabelecer certa confusão quanto ao momento em que se deva considerar recebida a demanda: CPP 396 ou CPP 399.

Prevalece o segundo momento (CPP 399). Isso porque a reforma veio aproximar o CPP do perfil democrático da Constituição e de seus princípios, especialmente a ampla defesa e o contraditório. Consulta ao perfil democrático da Constituição que o acusado se manifeste antes do recebimento da denúncia ou da queixa. Em um regime democrático, salvo exceções devidamente justificadas, as restrições de direitos seguem-se à manifestação defensiva. Responder a um processo, por si só, já é uma restrição de direitos e o réu deve ter o direito de manifestar-se antes de ser investido nessa condição.

Além disso, o CPP 387, quando se refere à possibilidade de rejeição por absolvição sumária, remete ao CPP 396-A, que ocorre necessariamente após o momento do CPP 396.

b) Interrogatório por precatória.

A colheita de prova por precatória se refere, exclusivamente, à prova testemunhal, nos termos do CPP 222, que está, inclusive, no capítulo VI, referente às testemunhas. No capítulo do interrogatório, não há qualquer referência à interrogatório.

O réu só pode ser citado por precatória para comparecer na sede do juízo, mas não pode ser interrogado por precatória (CPP 353). Esse entendimento fica reforçado na medida em que o interrogatório passou a ser o último ato da audiência.

Isso não impede que a defesa o requeira e só assim o juiz pode deferir-lo.

c) Interrogatório por videoconferência.

A nova redação do CPP 185 estabelece que o interrogatório do réu preso deve ser feito, por regra, no estabelecimento prisional onde se encontre e, excepcionalmente, por videoconferência.

Impõe-se o exame da constitucionalidade da alteração. É preciso, antes, assinalar em que medida a Constituição interfere em sua realização. Em primeiro lugar, lembre-se que a oportunidade do interrogatório deve ser dada sempre, como forma de assegurar o acesso à justiça, e não uma vez apenas, mas quantas vezes o réu o requeira. Por outro lado, a garantia do silêncio deve ser, também, conferida. Por fim, o direito de entrevista,

sigilosa, e o tempo necessário para a instrução do réu, pelo patrono, integram as garantias constitucionais referentes ao interrogatório.

Quanto à realização do interrogatório no estabelecimento prisional não há qualquer inconstitucionalidade desde que obedecidas as garantias acima enumeradas. A maior dificuldade é que a reforma do Código (Lei nº 11.719/2008) concentrou os atos processuais numa só audiência, prevendo o interrogatório como último ato. De modo que será difícil o juiz atender a dois senhores ao mesmo tempo: colher os depoimentos todos na audiência concentrada, transmitindo-a ao réu por videoconferência (Lei nº 11.719/2008 e Lei nº 11.900/2009 que alterou o artigo 185, 4º) e realizar o seu interrogatório no estabelecimento prisional (Lei nº 11.900/2009, que alterou o artigo 185, § 1º). A solução prática que se poderia alvitrar – embora não se esteja preconizando isso – seria a realização também do interrogatório por videoconferência. Ocorre que essa possibilidade é excepcional, nos termos da nova redação do artigo 185, § 2º, com redação desta última Lei, e só será possível se houver decisão fundamentada acerca da presença de uma das hipóteses autorizadoras (questões de ordem pública, segurança, preservação das testemunhas, enfermidade ou outra circunstância pessoal do réu). Tudo indica que, diante das dificuldades, especialmente a técnica por falta de equipamentos, a tendência será continuar tudo como dantes: requisitando-se o réu para assistir a audiência e nela ser interrogado, sob o argumento de falta de segurança dos estabelecimentos prisionais, como permite o CPP 185, § 1º e 7º, com redação da Lei nº 11.900/2009.

No que toca ao interrogatório por videoconferência, em si, a Lei referida não é inconstitucional, pois ressaltou aqueles requisitos constitucionais acima referidos: a entrevista prévia e reservada do preso e seu defensor, dois defensores (um no estabelecimento e outro na sede do juízo) e canais de comunicação reservados entre o preso e o defensor que com ele estiver no estabelecimento prisional, e o defensor que estiver na sede do juízo. Assim, a lei não pode ser argüida de inconstitucional. O grande problema é tudo isso funcionar adequadamente, sem prejuízo dos requisitos constitucionais: será factível dois defensores? e quando o réu estiver assistido por apenas um advogado particular? como será o diálogo entre os dois defensores por telefone (um falará da própria mesa de audiência, na presença do juiz e do promotor, ou o telefone ficará em outra sala)? Enfim, essas novidades precisam ser avaliadas com o tempo e caso a caso. Em princípio, a lei é constitucional.

d) Fixação de valor mínimo para a reparação do dano.

As novas redações do CPP 63 e 387, IV, suscitaram a questão: o valor mínimo para a reparação do dano pode ser fixado de ofício ou depende de pedido expresso? Parece que a melhor resposta é aquela que admite que o juiz possa fazê-lo de ofício, pois o juiz já pode estabelecer a pena restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária em favor da vítima (CP 45, § 1º). Seria, tão somente, um desdobramento do que já é permitido.

O argumento de que tal possibilidade pode surpreender a defesa não tem sentido uma vez que tem previsão legal expressa, do que a defesa tem, obviamente, ciência. A defesa é que deverá ficar alerta e, desde o início, fornecer indicações de razoabilidade do valor a título de indenização.

e) Processo suspenso por citação por edital frustrada.

Pode haver nova citação e, desta feita, com hora certa? Sim. Cabe ao juiz prover a regularidade do processo e determinar a realização do ato citatório, frustrado, tantas vezes for necessário (CPP 362).

f) Inacessibilidade do local de residência do citando

A antiga redação do CPP 363 permitia a citação por edital em caso de inacessibilidade. A nova redação revogou a permissão. É possível recorrer à analogia com o CPC 231 quando lei nova revoga expressamente o conteúdo normativo que se pretende recuperar pela analogia? Teoricamente, sim, desde que o ordenamento jurídico, como um todo, permita ou não vede a norma que se pretende recuperar. Mas, no caso, a melhor interpretação é aquela afinada com o parâmetro constitucional: como assegurar a ampla defesa se o réu é processado sem ser devidamente cientificado?

A solução é promover a citação por edital e, em seguida, suspender o processo nos termos do CPP 366.

Além disso, o CPP 363, § 1º, só permite a citação por edital ao acusado que não for encontrado e, para ser encontrado, precisa ser procurado. Se não foi procurado, porque inacessível o endereço, descabe o recurso à analogia.

g) Procedimento: crimes conexos que se submetem a ritos diferentes (ordinário e sumário; ordinário e especial).

Aplica-se o procedimento ordinário interpretando-se extensivamente o CPP 394, § 5º. A exceção fica por conta do procedimento do Júri.

h) Procedimento: crimes conexos que se submetem ao mesmo rito sumário.

As penas devem ser somadas para verificar a incidência do rito ordinário? Não. A pena de cada crime, abstratamente cominada, é o parâmetro para a determinação do procedimento a ser seguido.

i) Ônus e gestão da prova

Examinemos as novas disposições do CPP 156 e sua repercussão primeiramente no aspecto subjetivo do ônus da prova, ou seja, como repartição de encargos entre as partes. Ora, se a Constituição presume uma das partes inocente, é intuitivo que tenha atribuído todo o encargo probatório à outra. Não teria qualquer sentido que a parte constitucionalmente declarada presumidamente inocente tivesse que demonstrar o que a Constituição proclama com todas as letras. Além dessa interpretação literal, pode-se concluir que esse entendimento é da essência do regime democrático, cabendo àquele que acusa comprovar cabalmente a acusação. Assim, não pode subsistir qualquer dúvida de que o ônus da prova é da acusação, merecendo, o *caput* do CPP 156 uma leitura constitucional: como, no processo penal, a alegação é feita pela parte acusadora, a ela incumbe a prova do que alegar.

Passemos, agora, ao aspecto objetivo do ônus da prova, como regra de julgamento. Não tendo, a parte autora, se desincumbido adequadamente de seu ônus de demonstrar, o Código de Processo Penal estabelece uma regra de julgamento, dirigida ao juiz: o CPP 386, VII (com redação da Lei nº 11.690/2008), determina que o juiz absolva o réu quando não existir prova suficiente para a condenação.

Entendidos os dois aspectos do ônus da prova, resta indagar qual papel cabe ao juiz no tocante à instrução probatória. O sistema constitucional brasileiro destinou duas instituições para obter a prova necessária para desconstituir a presunção constitucional de inocência: o Ministério Público e a Polícia Civil. São estas agências estatais que têm

a função constitucional de fazê-lo para, se for o caso, levar o juiz a prolatar uma sentença condenatória. O Estado não precisa e não deve ter mais uma instituição – na verdade, um poder do Estado: o Judiciário – com a mesma função de buscar provas para desconstituir a presunção constitucional. Se o fizesse, estar-se-ia vulnerando algo caro e precioso ao Judiciário, que é a imparcialidade. Por isso, o juiz não pode ter poderes instrutórios no processo penal.

Ressalte-se o grande retrocesso ao permitir-se que o juiz determine, de ofício, a produção antecipada de provas antes mesmo de iniciada a ação penal (CPP 156, II).

i) Justa causa

A nova redação do CPP 395, III, veio consolidar o que já se fazia na prática quando se rejeitava a demanda penal por ausência de justa causa, entendida como suporte probatório mínimo. Além disso, a jurisprudência do STF tem entendido que falta justa causa quando ainda não se constituiu definitivamente o crédito tributário.

Esses dois conteúdos da justa causa não parecem ser suficientes para uma adequada leitura constitucional. É preciso pôr o tema em discussão juntamente com o atual significado do princípio da legalidade: princípio que, inicialmente, desde a lei augustina (Áustria, 1787), se apresentava como garantista da liberdade, passa a servir de legitimação dos atos destinados a suprimir essa liberdade, permitindo que o legislador penal criminalize condutas que bem entender e sem a menor gravidade.

Por isso, propõe-se que, para além do texto da reforma, se compreenda a justa causa como uma cláusula de encerramento, que concretiza, no âmbito processual penal, os preceitos constitucionais da dignidade e da proporcionalidade, que governam todo o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Dar-se-á ausência de justa causa quando, embora típico, o fato não represente o desvalor necessário para justificar a demanda penal, considerando-se o princípio da proporcionalidade a ser deduzido na relação custo-benefício traduzida no binômio: constrangimento em submeter-se alguém ao processo penal; e proveito social na propositura da ação penal e na imposição de sanção penal. Só assim o dispositivo terá o papel democrático de controle da demanda penal que a ordem constitucional espera.

k) Absolvição sumária

A nova redação do CPP 397 elenca quatro hipóteses para a absolvição sumária: causa excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito); causa excludente de culpabilidade (erro sobre os elementos do tipo e sobre a ilicitude do fato, obediência hierárquica e coação); evidente atipicidade; e causa extintiva da punibilidade. A novidade é positiva.

Advirta-se que a evidente atipicidade, que, algumas vezes, era compreendida como falta de justa causa, agora deve ser vista como causa de absolvição sumária.

Quanto à extinção de punibilidade, parece que houve equívoco do legislador, porque não tem a natureza de sentença absolutória. Isso se reforça quando se verifica que o CPP 386, que trata da sentença absolutória (que não seja sumária) não menciona a extinção de punibilidade entre suas hipóteses autorizadoras.

Fica a questão: é possível absolvição sumária, no decorrer da audiência de instrução e julgamento, logo após a oitiva das testemunhas de acusação, mas antes de seu encerramento, com fundamento nas hipóteses do CPP 386, I, II, III, IV, V e VII? Plenamente possível, integrando-se os dois dispositivos (CPP 397 e 386).

l) Emendatio e mutatio libelli

A nova redação do CPP 383 não representa grande novidade, apenas acrescenta dois parágrafos em que se permite o oferecimento da suspensão condicional do processo e a remessa ao juízo competente se a nova capitulação do fato o reclamar. Permanece, assim, a *emendatio*, não comunicada previamente à defesa, que não é ouvida antes da prolação da sentença. Não é esta a melhor solução.

A nova redação do CPP 384 traz alteração mais significativa. Em primeiro lugar, afasta a iniciativa do Juiz em instar o Ministério Público, ou proceder, ele próprio, à nova classificação. Nesse particular, a crítica foi ouvida e afastou-se o Juiz da *mutatio libelli*. Diante da nova regra, os parágrafos seguintes estabeleceram o controle jurisdicional quanto ao aditamento, ou não aditamento, permitindo-se, ao Juiz: remeter os autos ao Procurador-Geral da Justiça, não receber o aditamento ou recebê-lo, caso em que ficará adstrito à nova capitulação e liberado da originária.

É essencial que o Ministério Público adite a denúncia, qualquer que seja a consequência do aditamento: seja para agravar ou não a pena, não podendo, o

magistrado, fazê-lo ou instar o órgão acusador. O aditamento deve se referir a fatos novos, tanto que o artigo em comento assim principia “Encerrada a instrução probatória (...)”, por lógico, é no andar da instrução probatória que poderá advir fato inédito e suficiente – leia-se, importante –, apto a interferir na capitulação originária.

A antiga redação, dificultosa, trazia “circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente”. O novo dispositivo apenas disse “elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação”. A compreensão das duas expressões é a mesma da apontada pela doutrina: não só uma entidade jurídica diversa da capitulada na peça acusatória, mas também a transformação do tipo fundamental em modalidade especial.

A reforma, porém, reincidiu na aplicação do CPP 28, inconstitucional desde 1988, porque o Poder Judiciário não pode ter a função de fiscalizar a acusação: sua função é, tão só, julgar.

m) Júri. Absolvição sumária.

Cabe a absolvição sumária do rito comum (CPP 397) na fase de recebimento do CPP 406? Sim, até porque o CPP 415 abarca as mesmas hipóteses de absolvição sumária, acrescentando mais uma (estar provada a inexistência do fato). O juiz do Júri integra o Tribunal do Júri, por isso não há usurpação da competência constitucional.

h) Júri. Desmembramento por multiplicidade de defesa.

Basta uma defesa aceitar o jurado e a outra recusar para ocorrer o desmembramento? Não. A redação do CPP 469, § 1º, indica que o desmembramento somente ocorrerá se não houver quorum. Assim, se a primeira defesa recusar, dispensa-se o jurado, sem necessidade de consultar a segunda defesa, e passa-se ao sorteio dos próximos jurados até quando o quorum permitir.

n) Júri. Debate e apartes.

Aumentou-se o poder de regulação do juiz presidente durante o debate em plenário, tanto quanto a perguntas formuladas ao orador, quanto aos apartes, que importam em acrescer tempo na fala do orador aparteado (CPP 480 e 497, XII).

o) Direito de ser julgado.

A reforma criou um direito de o réu ser julgado, embora circunscrito, inicialmente, aos casos de Júri, o direito pode ser invocado em todos os procedimentos (CPP 428, § 2º). Essa é uma grande inovação que vem afirmar o direito de o réu desembaraçar-se do processo, bem como vem dar cumprimento ao princípio constitucional da celeridade.

III. Conclusão

Não há dúvida que a reforma é bem vinda, mas não foi suficiente para dotar, o Brasil, de um processo penal democrático.

Seu grande mérito é a tentativa de melhorar a atuação dos três sujeitos processuais, procurando atenuar a confusão ainda existente entre as funções de acusar e de julgar, que tantas vezes permitiu uma convivência institucional promíscua entre o órgão de acusação e o órgão judicial. Essa preocupação se revela ao atribuir-se às partes a faculdade de formulação de perguntas diretamente às testemunhas, com o que se poupou o juiz da indevida função de obtenção da prova; bem como com a proibição de qualquer iniciativa judicial quanto à *mutatio libelli*.

No entanto, houve recaídas, do que é exemplo a manutenção e a ampliação de poderes instrutórios do juiz.

Louvável, também, a preocupação quanto à efetividade e à celeridade do processo, o que importa outros tantos comentários que não se justificam aqui.

Em termos de um processo penal democrático, temos muito ainda a aprender.

Fonte: Revista de Direito nº 80 - 2009

Disponibilizado no Banco do Conhecimento em 29 de junho de 2010.