

REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Leis nº 11.689, nº 11.690 e nº 11.719, de 2008

Walter Nunes

Experimenta-se amplo movimento de reforma do Direito Criminal, principalmente no que diz respeito às normas de ordem processual, cuja preocupação, sem perder de vista a maior eficácia e a celeridade na composição dos litígios, tem sido a construção de sistema com foco nos direitos fundamentais. Embora as reformas do processo penal na Europa, em certa medida, sejam uma consequência natural das profundas mudanças políticas de democratização ocorridas no sul e no leste daquele continente, elas têm origem igualmente em países como Alemanha, Inglaterra, Espanha, Itália, França e Portugal, devido à jurisprudência formada pela Corte de Estrasburgo e pela Corte de Justiça de Luxemburgo, fatores que geraram um movimento mundial sem precedentes na reforma do processo penal. Para Delmas-Marty¹, esse movimento revela como esse ramo do Direito [...] está ligado – mais ainda que o Direito Penal material que define os delitos e as penas – ao processo de democratização.

Conquanto seja certo que, no horizonte do conjunto das reformas dos códigos de processo penal europeus, estejam os preceitos da Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais bem como a jurisprudência do Tribunal europeu, há uma tendência em direção à adoção do sistema acusatório, em detrimento do inquisitório e mesmo do misto, com o qual se procura atribuir ao Ministério Público o papel de parte, reservando-se para o juiz a função de garantidor dos direitos fundamentais, especialmente na fase pré-processual. (TULKENS; SALAS, 2004, p. 9-16/ p. 27-29)

No final dos anos 1990 até os anos 2000, a reforma dos Códigos de Processo Penal foi inserida, também, no processo de democratização da América Latina, constituindo-se a Convenção Americana de Direitos Humanos e os direitos fundamentais catalogados nas Constituições de fomento para as alterações alvitradas.

Após intensos estudos, uma comissão formada pelos professores Jaime Bernal, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover e Júlio Mayer, apresentou, em 1988, o Código de Processo Penal para Ibero-América. Esse modelo, calcado na Convenção Americana de Direitos Humanos, tem sido fonte orientadora das recentes reformas processuais penais de países como Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai e as reformas parciais no Brasil (GRINOVER, 2000, p. 70/76). Na exposição de motivos da Comissão criada pelo Ministério Público para elaborar a proposta de reforma do Código de Processo Penal, a qual deu origem às Leis nº 10.792, de 2003, 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008, Ada Pellegrini, na qualidade de presidente, esclareceu que o Código modelo de Processo Penal para Ibero-América serviu de bússola para guiar os passos do grupo.

A espinha dorsal adotada pelos países da América Latina na reformulação de suas legislações processuais é a substituição do tradicional modelo inquisitivo, escrito, burocrático, pouco transparente e moroso, por um modelo do tipo acusatório, simplificado, transparente, oral, com o Ministério Público como parte, garantias do acusado, defesa efetiva, direito ao silêncio, presunção de não-culpabilidade, proibição de provas ilícitas e a imparcialidade do juiz, que não deve se substituir ao Ministério Público para assumir função mais própria a quem exerce o jus persequendi (AMBOS; CHOUKR, 2001).

Essa foi a linha de pensamento seguida pelo legislador na feitura das Leis nº. 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, que trouxeram profundas alterações na sistemática da produção e do exame da prova e nos ritos ordinário e sumário.

Em verdade, esse amplo movimento de reforma do processo penal tem como norte o resgate das suas origens, cujo pano de fundo é o Estado constitucional ou o neoconstitucionalismo. Com efeito, o exame acurado das origens da ciência criminal revela que o seu surgimento somente se deu a partir da segunda metade do século XVIII, sob a orientação do pensamento filosófico-liberal plasmado na obra *Dos delitos e das penas*, de autoria de Cesare Beccaria².

De fato, àquela época, o Estado era absoluto, e a persecução penal – mero ritual – era deduzida sem o conhecimento de regras ou limites, circunstância que dava guarida à prática de toda sorte de arbitrariedades, como julgamentos secretos, negativa do direito de defesa, aplicação da tortura e outras práticas inconcebíveis.

O que defendia Beccaria era a processualização do direito de punir como instrumento indispensável para limitar a persecução criminal, doutrina que influenciou a declaração de direitos fundamentais na Constituição americana, enxertados mediante as primeiras emendas que lhe foram incorporadas.

Como se vê, ao contrário do que, à primeira vista, se pode supor, o Direito Processual Penal não surgiu tendo como escopo armar o Estado no combate à criminalidade. A intenção efetiva era impor limites ao jus persequendi, por meio da edificação de regras indispensáveis à legitimação desse agir estatal, o que, posteriormente, foi desvirtuado pela Escola Positiva. Após a Segunda Guerra Mundial, os países, influenciados pela Escola Penal da Nova Defesa Social, difundida por Marc Ancel, e especialmente nas ondas do neoconstitucionalismo ou do estado constitucional, iniciaram o processo de recuperação do perfil democrático do processo penal, que deve ser visto e entendido sob a perspectiva dos direitos fundamentais, vazados em forma de princípios, que não apenas possuem força normativa como são considerados normas de hierarquia superior às regras jurídicas estampadas na legislação infraconstitucional, de modo que, além de deixarem de desempenhar mera função integrativa das eventuais lacunas do Direito, passaram a ocupar posição hegemônica, estruturante e interpretativa do sistema jurídico (STRECK, 2002).

Em compasso com esse pensamento, sob a perspectiva do Estado democrático-constitucional, segundo o qual toda a base teórica do ordenamento jurídico se sustenta nos direitos fundamentais, em vez de falar-se em teoria geral do processo penal, é mais apropriado falar-se em teoria constitucional do processo penal (SILVA JÚNIOR, 2008).

Arquitetado em consonância com a ideologia ditatorial da Constituição de 1937, o Código de Processo Penal em vigor, ao longo do tempo, vem sofrendo seguidas alterações pontuais. Em rigor, é fácil notar que, a cada nova Constituição editada no país, um conjunto de leis foram promulgadas, em linhas gerais, tentando adaptar o Código de Processo ao novo arcabouço jurídico.

Porém, foi com a edição da Constituição de 1988 que veio o maior número de alterações para o Código de Processo. A densidade principiológica da Constituição de 1988, notadamente em relação às declarações dos direitos fundamentais, que passaram a ser concebidos na qualidade de normas jurídicas elevadas à potência máxima, revogou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, ao tempo em que determinou uma (re)leitura e (re)interpretação de seus dispositivos com esteio nessa nova ordem jurídica, o que recomenda e exige uma modificação substancial da legislação infraconstitucional criminal, a fim de adequá-la ao paradigma do Estado constitucional, o qual possui como meio e fim os direitos fundamentais.

As diversas modificações pontuais, porém, não se prestaram, efetivamente, para eliminar os principais vícios estruturais do Código de Processo Penal, que se concentram nos seguintes pontos: perfil antidemocrático e policialesco, tendo sido elaborado sob a batuta da Constituição de 1937; forte influência do sistema inquisitivo; burocrático e moroso; sistema presidencial das audiências; necessidade de adaptação à Constituição de 1988.

O Código entrou em vigor há mais de meio século, está com mais de 67 anos e, a despeito disso, já foi concebido com idéias ultrapassadas que foram sufragadas pelo Código de Processo Penal italiano de índole fascista de 1930. O perfil antidemocrático e policialesco é revelado no esboço histórico da edição do Código de Processo Penal. O Código sofreu os influxos autoritários do Estado Novo, de modo que foi editado com o propósito claro de se transformar em um instrumento de força do regime ditatorial, sendo mais um estatuto repressivo do que um estatuto das liberdades ou de regras estabelecidas tendo como escopo reger o exercício do dever/poder de punir do Estado com base no enunciado de normas protetoras dos direitos essenciais da pessoa humana.

Conquanto adotado, como regra, o sistema acusatório, estão imanentes na parte estrutural do Código de Processo Penal as idéias do sistema misto, com forte sotaque inquisitorial, circunstância que confere ao juiz a prática de diversos atos processuais que não são compatíveis com a posição de julgador, ao passo que, em rigor, o Ministério Público não é tratado como parte.

A disciplina procedimental extremamente arcaica, especialmente para os processos de rito ordinário e para o tribunal do júri, tornava esses procedimentos excessivamente burocráticos e morosos. Nos processos de rito ordinário, em detrimento da orientação dos princípios da celeridade, economia, oralidade e concentração dos atos processuais, eram previstas nada menos do que três audiências distintas: o interrogatório; a inquirição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público; e a inquirição das testemunhas indicadas pela defesa. Nada obstante, o procedimento era eminentemente escrito, porquanto tudo que era tratado na audiência tinha de ser reduzido a termo, pela sistemática de ditado feito pelo juiz, adotando-se a oralidade, propriamente, apenas nas sessões do tribunal do júri, isso mesmo só em relação aos debates. Sem embargo disso, era o juiz

quem fazia todas as perguntas, não sendo permitido às partes fazê-las diretamente às testemunhas.

Diante desse estado de coisas, desde os anos setenta há a intenção de que seja feita uma reforma global do sistema processual penal, com a edição de um novo Código. No ano de 1975, diante das diversas alterações sofridas pelo Código de Processo Penal, o que comprometeu a sua estrutura sistêmica, com suporte em anteprojeto de autoria de José Frederico Marques, o Executivo encaminhou proposta de elaboração de um novo Código de Processo Penal, transformado no Projeto de Lei nº 633/75, o qual foi bastante modificado e findou não sendo aprovado. Em consequência, foi nomeada nova comissão integrada por Francisco de Assis Toledo (coordenador), José Frederico Marques, Jorge Alberto Romeiro e Rogério Lauria Tucci, que manteve as partes fundamentais da codificação anteriormente proposta por José Frederico Marques, e apresentou o trabalho ao Parlamento, sendo transformado no Projeto de Lei nº 1.655, de 1983, chegando, até mesmo, a ser aprovado pela Câmara Federal, em 26 de junho de 1984, mas não foi votado pelo Senado.

Se, mesmo antes da edição da Constituição de 1988, já se sentia a necessidade da edição de um novo Código de Processo Penal, após a sua promulgação, então, diante do novo paradigma com ela instaurado, essa necessidade passou a ser inadiável. Note-se que, na seara cível, com a reunificação do Direito Processual por obra da Constituição de 1946, editou-se o Código de Processo Civil de 1939, que, a despeito de todos os defeitos, ainda era considerado, em termos metodológicos e dogmáticos, mais avançado do que o Código de Processo Penal ainda hoje em vigor. O Código de Processo Penal, porém, ainda é aquele mesmo que surgiu logo após a reunificação, de sorte que ele é o segundo ordenamento processual penal da história normativa do país, época em que até mesmo o Processo Civil possuía uma posição subalterna em relação ao Direito Civil, e ainda se discutia a sua efetiva autonomia em relação ao Direito material.

Tais considerações demonstram que o ideal seria uma reforma global ou total do Código de Processo Penal. Isso foi reconhecido, até mesmo, por Ada Pellegrini Grinover, ao elaborar, na qualidade de Presidente da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, a exposição de motivos do trabalho. A escolha pela reforma tópica não foi técnica, mas pragmática, dentro da ótica da política do possível, que permeia, em regra, as grandes questões que são submetidas ao crivo do Parlamento. A inexecutabilidade operacional, diante da morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa do Parlamento, foram circunstâncias apontadas como preponderantes para se afastar a idéia de uma reforma global do Código de Processo Penal.

Assim, seguindo a mesma orientação adotada para a reforma do Código de Processo Civil, por pragmatismo, o Executivo resolveu adotar a sistemática de nomear uma comissão para, a despeito de pensar em uma reforma ampla do ordenamento processual, em vez de elaborar um novo código, com a apresentação de uma única proposta de projeto de lei, tratar da feitura, em conjunto, de uma série de projetos. A Comissão do Ministério da Justiça, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao proceder à revisão

das propostas de autoria da comissão anterior, apresentou diversos anteprojetos de lei, encaminhados, em 1994, para o Congresso Nacional.

O governo, porém, retirou os projetos para aperfeiçoá-los, ao tempo em que convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP para apresentar sugestões³. Após trabalho do IBDP, o Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, nomeou comissão para, no prazo de noventa dias da instalação, apresentar propostas de reforma do Código de Processo Penal. Essa comissão foi formada por juristas integrantes do IBDP, Ada Pellegrini Grinover (presidente), Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. Quando seis anteprojetos já haviam sido finalizados e apresentados ao Ministro José Carlos Dias, José Gregori assumiu o Ministério da Justiça. Houve a substituição de René Ariel Dotti por Rui Stoco e a comissão, então, entregou ao Ministro José Gregori mais cinco anteprojetos.

Depois de vários debates com os mais diversos segmentos da sociedade, como membros e entidades públicas e associações da polícia, da advocacia, do ministério público e da magistratura, que teve como ponto alto a III Jornada Brasileira de Direito Processual Penal, no período de 23 a 26 de agosto de 2000, em Brasília/DF, finalmente, em 6 de dezembro de 2000, a presidente, Ada Pellegrini Grinover e o secretário, Petrônio Calmon Filho, entregaram ao Ministro da Justiça, José Gregori, os textos finais de sete anteprojetos de lei.

Sem embargo de levar adiante a tarefa de produzir reformas tópicas, a comissão se preocupou em manter a unidade e homogeneidade sistêmica do ordenamento processual penal, tendo como linha de orientação alterações que tomassem por base institutos processuais inteiros, não apenas sobre alguns dispositivos, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros.

Um total de onze propostas foi agrupado em sete anteprojetos, a saber:

a) PL nº 4.203/2001, transformado na Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008 (tribunal do júri): vigente a partir de 10 de agosto de 2008.

b) PL nº 4.204/2001, transformado na Lei nº 10.792, de 2003 (interrogatório e defesa efetiva), em vigor a partir da data de publicação.

c) PL nº 4.205/2001, transformado na Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 (provas): vigente a partir de 10 de agosto de 2008.

d) PL nº 4.206/2001 (recursos e ações de impugnação).

e) PL nº 4.207/2001, transformado na Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 (suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos): vigente a partir de 23 de agosto de 2008.

f) PL nº 4.208/2001 (prisão, medidas cautelares, fiança e liberdade).

g) PL nº 4.209/2001 (investigação criminal).

Como se vê, a reforma do processo penal, apesar de tópica, é ampla, não apenas porque abrange todo o processo de conhecimento e cautelar, nas fases pré-processual (investigatória), postulatória, probatória, decisória e recursal, mas porque ela é, antes de tudo, substancial, na medida em que modifica a estrutura do Código de Processo Penal, a fim de adequá-lo à Constituição de 1988, a partir do modelo acusatório.

A idéia é reformar o Código de Processo Penal a fim de adequá-lo à Constituição de 1988, especialmente em relação aos direitos fundamentais, e à Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo como orientação, ainda, o Código modelo de Processo Penal para Ibero-América, levando-se em consideração as peculiaridades locais.

Embora sejam pertinentes várias críticas, a verdade é que as Leis nº. 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008, introduziram profunda e importante modificação no Código de Processo Penal, tendo como base o princípio acusatório e a simplificação do processo. Essas três leis conceberam um processo moderno, simplificado e racional, o qual, mercê de outras modificações, como a inquirição pelo sistema do cross examination e a documentação dos atos processuais por meio de gravação audiovisual, viabiliza a resposta judicial dentro de uma perspectiva real de duração razoável, uma das idéias centrais da reforma.

NOTAS:

1. Idem. Mireille salienta que os não-juristas parecem mais conscientes do que os juristas, quanto a essa estreita ligação entre democracia e processo penal. Cf. Silva Júnior (2008, p. 253-279).
2. O estudo acurado do excepcional livro do milanês revela que a sua maior e mais fundamental contribuição foi para o processo penal.
3. Aviso nº 1.141, de 29 de outubro de 1999, assinado pelo então Ministro da Justiça, José Carlos Dias.