

O Processo Sumário e a Constituição de 05-10-88*

ORIDES BOIATI

Promotor de Justiça e Prof. de Dir. Penal — SP.

SUMÁRIO: 1 — Processo sumário dos crimes culposos; 2 — O processo sumário das contravenções.

Introdução

Nos termos do artigo 29, inciso I, da nova Constituição Federal, compete, privativamente, ao Ministério Público promover a Ação Penal Pública.

Essa disposição expressa da lei maior revogou o chamado procedimento penal *ex officio* estabelecido no artigo 531 do Código de Processo Penal e na Lei n.º 4.611/65, no Código Florestal e no Código de Proteção à Fauna (Leis n.ºs 4.771/65 e 5.197/67).

A partir de 05 de outubro de 1988 o processo sumário das contravenções e dos crimes culposos só pode ser promovido mediante denúncia do Ministério Público.

O Ministério Público é órgão imparcial, titular da Ação Penal e melhor aparelhado para essa atividade.

A experiência da legislação anterior que conferia titularidade concorrente a Juízes, Delegados de Polícia e até oficiais da Polícia Florestal, para exercício da acusação evidencia que a função de acusar deve ficar concentrada em um único órgão, visto ser inadmissível a mesma autoridade acusar e julgar ao mesmo tempo. Inadmissível ainda que o órgão policial encarregado da investigação seja cometido também da função de acusar.

O legislador constitucional seguiu a trilha da maioria esmagadora dos doutrinadores brasileiros e estrangeiros que apontam o Ministério Público como titular exclusivo da Ação Penal Pública.

Como bem anotou o “Corpo Técnico Jurídico do CEPAM” — A nova Constituição de 1988 — Breves anotações a iniciativa da Ação Penal Pública com exclusividade pelo Ministério Público “representa uma garantia para o cidadão, pois o Processo Penal não deve iniciar-se, em princípio, senão por órgão público e imparcial de acusação. Todavia, essa regra de exclusividade não é absoluta: daí o texto prever que: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (artigo 5.º, inciso IX). É a Ação Penal Privada Subsidiária (página 110-Suplemento Especial do Diário Oficial do Estado de São Paulo).

A Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, através do AVISO n.º 170/88-PGJ, de 05-10-88, consignou que: 1 — Está revogado o procedimento penal *ex officio* (Contravenções Penais e hipóteses da Lei n.º 4.611/65).

2 — Em tais casos, doravante, somente se procederá mediante denúncia.

3 — Os processos contravencionais e sumários, em andamento nas Delegacias de Polícia, deverão ser remetidos a Juízo, para prosseguimento, assumindo o órgão do Ministério Público a promoção da ação penal.

Infere-se que os processos concluídos até 05-10-88 devem seguir o rito regular em Juízo (art. 536/538 do CPP). Se o processo contiver vícios formais deverá ser declarado nulo e reiniciado através de denúncia.

Se o processo foi iniciado na Delegacia e a instrução feita parcialmente deverá o Promotor aditar a inicial e requerer a produção das provas necessárias e pertinentes. Se necessitar de maiores esclarecimentos, tais como realização de perícias de locais, laudos e exames diversos, poderá requisitar a feitura dessas provas através de autos complementares.

Nos demais casos deverá iniciar o processo por denúncia.

1 — Processo Sumário dos Crimes Culposos

— (Homicídios culposos e lesões corporais culposas)

Até 05 de outubro de 1988 a autoridade policial tinha legitimidade para instaurar processo sumário na forma do artigo 531 do Código de Processo Penal, iniciando desde logo a acusação. Mas essa atividade anômala só era admissível quando conhecida a autoria do fato criminoso até o 15.º dia. Quando a autoria permanecia ignorada por mais de 15 dias a autoridade policial apurava o fato através de inquérito policial. Se a autoria era conhecida desde logo mas não havia elementos convincentes de culpabilidade ou faltavam provas periciais, a autoridade policial instaurava inquérito.

Assim, quando o fato era apurado através de inquérito policial a Ação Penal se iniciava em Juízo mediante denúncia do Ministério Público. Essa denúncia era chamada de substitutiva da portaria policial. A titularidade do Ministério Público era concorrente com a autoridade policial para o início do processo sumário.

Mas o processo sumário já estava em decadência nos meios policiais. O Delegado preferia a instauração do inquérito policial. O inquérito oferecia sempre maior oportunidade de coleta de informações do que o procedimento sumário. Dessa forma, no que pertine aos crimes culposos não haverá mudanças estruturais na apuração dos fatos. As dúvidas podem surgir mais com as contravenções.

Como o crime culposos é de ação pública incondicionada, a autoridade policial deve agir de ofício, ou seja, tomar a iniciativa da apuração. A autoridade policial é investida de função pública. No processo penal vigora o princípio da oficialidade.

* Artigo publicado em Notícias Forenses, n.º 95 — fevereiro/1989 — n.º 9.

Isso significa que com a ocorrência de infração penal de Ação Pública Incondicionada, a autoridade tem o dever de agir, independentemente de requerimento ou representação.

A simples **notitia criminis**, seja ela escrita, verbal e até anônima, implica no dever de agir da autoridade pública. O desleixo, a inação da autoridade pode configurar o crime de prevaricação previsto no artigo 319 do Código Penal.

A autoridade policial procede, portanto, à apuração do crime culposos através do inquérito policial.

O inquérito é peça meramente informativa e serve de base para a denúncia do Ministério Público.

O inquérito pode ser iniciado por portaria ou por auto de prisão em flagrante delito.

O inquérito iniciado por portaria deve ser concluído e remetido a Juízo no prazo de 30 dias, nos termos do artigo 10 do CPP. Quando o fato for de difícil elucidação e o indiciado estiver solto, o prazo pode ser prorrogado por mais 30 dias com a concordância do Promotor de Justiça (art. 10, § 3.º).

O inquérito iniciado por auto de prisão em flagrante deve ser concluído no prazo de dez dias. O mesmo prazo deve ser obedecido quando iniciado por portaria mas decretada a prisão preventiva do indiciado. Nesse caso o prazo de dez dias é improrrogável. O excesso de prazo configurará constrangimento ilegal passível de ser sanado através de **habeas corpus**.

1-1 Identificação Criminal

Na elaboração das peças do inquérito a autoridade policial deverá atentar para o Novo Texto Constitucional. O inciso LVIII do artigo 5.º dispõe que: "O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal salvo nas hipóteses previstas em lei".

O dispositivo deve ser analisado em duas partes. A primeira parte se refere ao infrator da lei penal civilmente identificado. Por civilmente identificado entende-se o agente que possui cédula de identidade, visto que todo portador desse documento está identificado pelo processo dactiloscópico.

O texto constitucional deixa evidente que o agente está sujeito à identificação criminal dactiloscópica todas as vezes que não possuir documento de identificação civil (cédula de identidade), ou quando portar documento rasurado ou falsificado. Nesses casos a identificação dactiloscópica não constitui constrangimento ilegal. Antes da nova Constituição a questão já estava sumulada pelo S.T.F. — Súmula n.º 568. A nosso ver a identificação continua sendo obrigatória quando for duvidosa a identidade do agente, como acima exposto.

Nesse caso a recusa pode configurar crime de desobediência.

A segunda parte do dispositivo depende de regulamentação. A lei ordinária deverá indicar as exceções ao texto Constitucional. Certamente o legislador reservará a obrigatoriedade da identificação criminal para os crimes de tráfico de tóxicos, prática de torturas, terrorismo, os chamados crimes hediondos (podendo se especificar aqui o homicídio qualificado, o latrocínio, o roubo a mão armada, a extorsão mediante seqüestro etc.), — visto que já os considera inafiançáveis (C. F. artigo 5.º, inciso XLIII).

Nos inquéritos instaurados para apurar crimes de homicídio culposos e lesões culposas, portanto, deve a autoridade policial proceder à qualificação do indiciado, colher todos os dados de sua vida pregressa e preencher as fichas de identifica-

ção, dispensando-se somente a identificação dactiloscópica quando for apresentado documento de identificação civil. Deverá ainda fazer juntar aos autos a folha de antecedentes do indiciado (conforme artigo 6.º, incisos VIII e IX do CPP).

No caso de prisão em flagrante deverá observar o disposto nos artigos 301/308 e 321 e seguintes do CPP, estes últimos que cuidam da liberdade provisória com ou sem fiança.

1-2 Prazo para oferecimento de denúncia

O inquérito concluído será remetido ao Promotor de Justiça. O prazo para manifestação é de 15 dias quando o réu se livra solto e 5 dias quando está preso. O excesso desse prazo constitui constrangimento ilegal ao indiciado e a soltura poderá ser ordenada mediante ordem de **habeas corpus**, voluntário ou de ofício.

Tratando-se de indiciado solto (o que ocorre na maioria dos casos) o Promotor dispõe do prazo de 15 dias para oferecer denúncia, requerer o arquivamento, suscitar conflito de atribuições ou de incompetência ou ainda requerer o retorno do inquérito à Delegacia para a realização de diligências imprescindíveis, conforme dispõe o artigo 16 do CPP.

Havendo nos autos prova do fato criminoso e indícios suficientes de autoria o Promotor de Justiça, titular da ação penal pública, oferecerá denúncia perante o Juízo competente. Se a denúncia for rejeitada cabe recurso em sentido estrito (artigo 581, I, do CPP).

1-3 Descrição do Fato

A denúncia que inaugura o processo sumário dos crimes culposos deve descrever corretamente o fato e mencionar expressamente a modalidade da culpa do agente e em que consiste essa culpa. Não basta dizer que o sujeito agiu com imperícia, negligência ou imprudência. A descrição correta do fato com todas as circunstâncias propicia ao acusado melhor oportunidade de defesa e constitui-se em formalidade essencial. A omissão gera nulidade da peça exordial. A denúncia será declarada inepta.

1-4 O artigo 539 do CPP

O processo iniciado por denúncia segue o rito do artigo 539 do Código de Processo Penal, a saber:

1 — Oferecimento de denúncia pelo Promotor (ou queixa subsidiária); no prazo de 15 dias (indiciado solto) ou 5 dias (indiciado preso) após a conclusão do inquérito;

2 — Recebimento da denúncia ou queixa e designação de data para interrogatório do réu, com citação e notificação. O Juiz manda notificar também o Promotor e assistente da acusação, se for o caso. Aplica-se o disposto no artigo 394 do CPP;

3 — É feita a citação do acusado, pessoalmente ou por edital, com observância do artigo 351 do CPP;

4 — O réu comparece e é interrogado. Se citado, deixar de comparecer e não justificar a ausência, o Juiz decretará sua revelia (artigo 396 do CPP); nomeando-lhe defensor dativo para a realização da defesa prévia, quando não houver defensor constituído;

5 — Segue-se a defesa prévia — prazo de três dias — momento para pedido de diligências, exceções de incompetência, arguição de nulidades e apresentação do rol de testemunhas, até o máximo de 5(cinco), artigo 539, § 1.º do CPP;

6 — Depois realiza-se a audiência para a oitiva das testemunhas da acusação, no máximo cinco;

7 — O Juiz profere despacho saneador, quando então corrige irregularidades e sana nulidades do processo, designando audiência de instrução (oitiva das testemunhas da defesa), debates das partes e julgamento, determinando a notificação das testemunhas arroladas na defesa prévia (artigo 538 do CPP);

8 — Na audiência de instrução, debates e julgamento serão ouvidas as testemunhas da defesa. Em seguida inicia-se o debate oral, falando primeiro a acusação (O Promotor e o assistente) e depois o advogado de defesa, pelo prazo de vinte minutos para cada parte, prorrogáveis por mais dez, a critério do Juiz, nos termos do artigo 538, § 2.º, do CPP. Em seguida o Juiz profere a sentença ou recebe os autos conclusos para decisão nos cinco dias seguintes (artigo 538, § 3.º CPP).

2 — O Processo Sumário das Contravenções

O processo Sumário das contravenções penais só pode ser iniciado por denúncia do Ministério Público.

Toda contravenção penal é infração de ação pública incondicionada. E, nos termos do artigo 129, I, da Nova Constituição Federal, a Ação Penal Pública é privativa do Ministério Público.

Não mais vigora o disposto no artigo 531 do Código de Processo Penal. A autoridade policial não pode mais instaurar processo sumário para processar autor de contravenção. A apuração deve ser feita em forma de inquérito policial — peça meramente informativa da ação penal.

A Nova Constituição nada mais fez do que consagrar princípios aceitos pela maioria dos doutrinadores e pela jurisprudência.

Em alguns casos a própria lei conferia legitimidade de parte do Ministério Público para oferecer denúncia. Nos termos do artigo 1.º da Lei n.º 1.508, de 1951, o processo das contravenções tipificadas no Decreto-lei n.º 6.259, de 1944, que dispõe sobre jogo-do-bicho e corrida de cavalo fora do hipódromo podia ser iniciado por denúncia do Ministério Público. Do mesmo modo o processo para apurar contravenções eleitorais. Nas chamadas contravenções florestais e de caça era discutida a legitimidade do Ministério Público para o início da ação penal. A propósito, em artigo que foi publicado na revista "Justitia" 112, páginas 37/40, sustentamos a legitimidade concorrente do Ministério Público já em 1979.

2-1 O Rito Processual

Como já exposto, a autoridade policial deve agir de ofício.

Se houver prisão em flagrante deve ser elaborado o auto respectivo com as formalidades legais (artigos 301 e seguintes do CPP). A autoridade policial não poderá perder de vista o instituto da fiança (artigos 321 e seguintes do CPP).

Na lavratura do auto de flagrante não é mais obrigatória a presença de defensor, respeitado o disposto nos incisos LXII, LXIII e LXIV, do artigo 5.º da Nova Constituição.

Se o indiciado for menor de 21 anos é obrigatória a nomeação de curador (artigo 15 do CPP).

O indiciado preso em flagrante e que for liberado na forma do artigo 321 do CPP — por se livrar solto, com ou sem fiança — deverá fazer declaração de domicílio para citação e intimações futuras.

2-2 Prazos

A comunicação do flagrante deve ser feita imediatamente após a sua lavratura. Se o indiciado permanecer preso os autos deverão ser remetidos a Juízo no prazo de dois dias. Creio que enquanto não houver lei dispendo de modo diverso prevalece o prazo indicado pelo artigo 535 do Código de Processo Penal.

As diligências complementares indicadas no § 1.º, do artigo 535 devem ser elaboradas em autos complementares e depois anexadas nos autos principais, a fim de se evitar constrangimento ilegal do preso por excesso de prazo.

Como se trata de inquérito policial e não mais processo judicialiforme, os autos remetidos a juízo serão enviados com vista diretamente ao Ministério Público.

Se o indiciado ainda permanecer preso a denúncia deverá ser ofertada no prazo de dois dias ex vi do artigo 536 do CPP. O interrogatório deverá ser realizado no prazo de cinco dias. Embora inexistia dispositivo expresso a esse respeito, creio que cinco dias é prazo razoável para prática dos autos que antecedem a audiência para ajuste do processo na pauta de julgamento.

Quando o inquérito for iniciado por portaria ou na hipótese em que o indiciado se livra solto, o prazo é de 30 dias e a denúncia deve ser oferecida em 15 dias. Têm aplicação os artigos 10 e 46 do CPP até que nova lei disponha de modo diverso.

Para citação editalícia aplica-se o § 1.º do artigo 533 — Prazo de cinco dias. No mais aplica-se o artigo 395 e seguintes do CPP.

A defesa prévia deverá ser feita na forma convencional, ou seja, em três dias, aplicando-se o artigo 395 do CPP. O Juiz deve oferecer a oportunidade para a defesa prévia. O réu pode oferecê-la ou não. Não me parece lógico somente abrir o prazo para a defesa prévia se o réu requerer o prazo, como consta no artigo 537 do CPP. Diante do princípio do Contraditório consagrado na Constituição, a abertura do prazo da defesa prévia é providência obrigatória, pena de nulidade. Assim preleciona Tourinho Filho, PP. Penal, Jalovi, 6.ª edição, pág. 270.

2-3 Número de Testemunhas

O número de testemunhas nos processos das contravenções, tradicionalmente, é no máximo três, exclusive as referidas e as informantes.

Com a derrogação do artigo 531 do CPP pelo artigo 129, I, da Nova Constituição, à primeira vista, pode parecer que tem aplicação somente o artigo 539 do Código de Processo Penal. De acordo com esse dispositivo, o número máximo de testemunhas é cinco. Creio que não foi essa a pretensão do legislador.

O dispositivo constitucional não alterou expressamente o rito processual e não entrou em minúcias. O que a Lei maior estabeleceu foi somente a forma de iniciativa da Ação Penal Pública e a sua titularidade. De modo que prevalecem em pleno vigor os dispositivos do Código de Processo Penal que não foram alterados.

Assim sendo, o número de testemunhas do processo das contravenções continua sendo três. A acusação e a defesa podem arrolar até três testemunhas (artigos 533 e 537 do CPP).

As contravenções são infrações menores — é o crime anão a que se refere Hungria. Três testemunhas é número mais do que suficiente para a apuração do fato. Ao contrário, para o crime de homicídio culposo e lesões culposas, que envolvem violação da vida da pessoa humana, reserva-se o número de cinco testemunhas.

Para as contravenções justifica-se a celeridade do procedimento e a simplificação das provas. Aliás, a Constituição prevê a criação de juizado de pequenas causas para

o julgamento de infrações penais de menor potencial, a fim de se abrir espaço no judiciário para o julgamento de crimes de maior interesse da coletividade. Entre as infrações de menor potencial ofensivo inclui-se as contravenções.

2-4 Audiência de Instrução e Julgamento

Aplica-se o artigo 538 do Código de Processo Penal.

Decorrido o tríduo da defesa prévia o Juiz profere despacho saneador e marca audiência de instrução, debates e julgamento. Ao contrário do rito sumário dos crimes apenados com detenção, a audiência de instrução, debates e julgamento será única. Numa só audiência serão inquiridas as testemunhas da acusação e da defesa. Assim, teremos uma audiência para interrogatório do réu e outra para prova de acusação, defesa, debates e julgamento. Procedimento diferenciado somente será possível quando a lei assim o dispuser, a exemplo da Lei n.º 1.508, de 19-10-51 que tem rito especial para as contravenções do jogo-do-bicho.

2-5 Recurso

Da sentença condenatória ou absolutória caberá recurso de apelação no prazo de cinco dias (artigo 593, do CPP). O prazo para as razões e contra-razões é de três dias (artigo 600, última parte, do CPP).

2-6 Reflexos da Prescrição

Nos termos do artigo 117, inciso I, do Código de Processo Penal, a denúncia interrompe o prazo prescricional.

Antes da Nova Constituição falava-se em denúncia genuína e denúncia substitutiva.

Considera-se denúncia genuína aquela que exclusivamente inicia o processo penal. Ex. No homicídio somente a denúncia do Promotor pode iniciar a Ação Penal.

Considera-se denúncia substitutiva aquela que pode iniciar a Ação Penal, mas sem o caráter de exclusividade. É o caso dos processos sumários e contravençionais iniciados por denúncia que apuram fatos ocorridos antes de 05-10-88. Até essa data o Promotor possuía legitimidade para iniciar o processo sumário por denúncia. Era a chamada denúncia substitutiva da portaria ou do auto de prisão em flagrante.

Essa denúncia substitutiva não interrompia o prazo prescricional, na forma estabelecida pelo artigo 117, inciso I do CPP. Entendia-se que a interrupção do prazo prescricional causava prejuízo ao réu, já que o processo era iniciado na forma do artigo 531 do CPP o prazo começava correr da data do fato e só era interrompido pela sentença condenatória.

Diante do Novo Texto Constitucional, a Denúncia é causa interruptiva da prescrição. Assim, a prescrição que começa a correr na data do fato é interrompida com o recebimento da denúncia (artigo 117, I, CP), com a publicação da sentença condenatória (artigo 117, IV, CP), com o início ou continuação do cumprimento da pena (artigo 117, V, CP) e com a reincidência.

Nos crimes culposos, via de regra, a prescrição opera-se em quatro anos. Nas contravenções em dois anos. Esse prazo é reduzido pela metade quando o réu é menor de 21 anos na data do fato ou maior de 70 anos na data da sentença (artigo 109, V e VI, c.c. artigo 115, do CP). Excepcionalmente o prazo pode ser aumentado de um terço — condenado reincidente (artigo 110

Como a denúncia substitutiva não interrompia a prescrição, em Comarcas sobrecarregadas de serviço, ficava fácil para o réu se livrar da responsabilidade penal, mesmo em situações de Prova adversa.

Agora fica mais difícil a utilização de expedientes procrastinatórios tendentes a levar o processo à prescrição.

Esse é mais um ponto altamente positivo na adoção da denúncia genuína em todos os casos de Ação Penal Pública.