



PROPOSTAS PARA UM NOVO MODELO DE PERSECUÇÃO CRIMINAL - COMBATE À IMPUNIDADE

SÉRIE CADERNOS DO CEJ,
VOLUME 25

BRASÍLIA
2005

ORGANIZAÇÃO, EDITORAÇÃO E REVISÃO

Secretária de Pesquisa e Informação Jurídicas do Centro de Estudos Judiciários
Neide Alves Dias De Sordi

Subsecretária de Divulgação e Editoração
Milra de Lucena Machado Amorim

Coordenadora de Editoração
Lucinda Siqueira Chaves

Chefe da Seção de Edição de Textos
Ariane Emílio Kloth

Chefe da Seção de Revisão de Textos
Maria Dalva Limeira de Araújo

Servidora da Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas
Alice Zilda Dalben Siqueira

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Subsecretaria de Taquigrafia do Superior Tribunal de Justiça

IMPRESSÃO

Coordenador da Coordenadoria de Serviços Gráficos do Conselho da Justiça Federal
Luiz Alberto Dantas de Carvalho

P466 Propostas para um novo modelo de persecução criminal;
combate à impunidade / Secretaria de Pesquisa e Infor-
mação Jurídicas; Centro de Estudos Judiciários. --
Brasília : CJF, 2005.

206 p. – (Série cadernos do CEJ; v. 25).

ISBN 85-85572-82-5

1. PERSECUÇÃO PENAL. 2. IMPUNIDADE. I. Centro
de Estudos Judiciários. II. Série.

CDU 343.1

RUZ

INSTRUÇÃO CRIMINAL.
PRINCÍPIOS DO IMPULSO OFICIAL E DA VERDADE REAL. CONCENTRAÇÃO
ESTEVAM CARLOS LIMA MAIA
ÁLVARO MAYRINK DA COSTA
ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ

SYS-1223934

A respeito da verdade, recordo-me, voltando um pouco no tempo, do Padre Antônio Vieira, que dizia ser a verdade a filha legítima da justiça. De fato, verdade e justiça são idéias correlatas. Contemporaneamente, o maior processualista penal vivo português, Jorge de Figueiredo Dias, complementa esse pensamento, dizendo que os objetivos de um processo penal são a descoberta da verdade e a realização da justiça, por meio de uma decisão produzida de forma processualmente válida. Isso já nos remete à reflexão de que, no processo penal, os fins não justificam necessariamente os meios empregados para atingi-los. Na verdade, são os meios que justificarão os fins do processo penal, que são a descoberta da verdade e a realização da justiça.

Portanto, quando se trata do princípio da busca da verdade real, já questionamos esse hábito de qualificar ou adjetivar o conceito ou a idéia de verdade. A verdade absoluta jamais será encontrada no processo penal, por uma série de fatores. Primeiramente porque, quanto à matéria de fato, nem tudo o que está no mundo está nos autos. O juiz não pode julgar com aquilo que não está nos autos, mas nem tudo que está no mundo está nos autos.

Em segundo lugar, a imprecisão dos próprios termos jurídicos torna difícil a tarefa judicial de acertar a verdade. Qual

o conceito de ocupação habitual para fins de definição do tipo de lesões corporais qualificadas? O que significa perigo de vida? O que é motivo fútil, torpe? O que é mulher honesta? São definições jurídicas que a lei não fornece satisfatoriamente. Portanto, caberá ao magistrado, ao aplicar a lei, complementar essa idéia vaga da lei penal, o que também representa uma dificuldade de definição jurídica do caso.

Além desse caráter probabilístico da verdade fática e da incerteza da verdade jurídica, consideraremos um fator muito importante para a relatividade da idéia de verdade processual o subjetivismo judicial, apontado por Luigi Ferrajoli. O juiz, como qualquer outra pessoa, é um ser humano, fruto de seu ambiente. Possui seus conceitos e preconceitos, emoções, simpatias e antipatias; é um juiz que está envolto numa ambiência sociocultural e tem uma formação ética, ou uma formação política que, de forma nenhuma, pode caracterizá-lo como absolutamente neutro. Como então exigir uma precisão matemática dessa decisão?

Outro fator que também há de ser considerado diz respeito à própria incerteza das fontes de prova, principalmente em um sistema como o nosso em que, por apego à escritura, não temos uma prova, oral principalmente, produzida com fidelidade à realidade que as

partes procuram aportar ao processo. O depoimento de uma testemunha, em nosso sistema, passa por dois filtros. A testemunha é indagada pelo advogado ou pelo promotor; essa pergunta é filtrada pelo juiz, que a reproduz com as suas palavras à testemunha; que retorna a pergunta às partes, porém passando novamente pelo crivo do juiz. Ainda assim, teremos um terceiro complicador, que é o momento de ditar essa resposta, a qual, muitas vezes, sai exatamente o oposto do que disse a testemunha, e nem sempre o advogado ou promotor percebe isso. Assina o termo do depoimento e, quando vai produzir as alegações finais, se dá conta daquela incoerência. Isso tudo porque temos um apego enorme à escritura.

Talvez, hoje, somente os juizados especiais possam, de alguma forma, refletir esse ideal de um processo mais oral. Quando falo de oralidade, recordo-me sempre de um ministro da Suprema Corte, Victor Nunes Leal que, na década de 1930, publicou um artigo cujo título já era bem sugestivo: *Ignorância, rotina e chicana: os três maiores inimigos do processo oral*. E ali ele ataca aqueles que se apegam à escritura, dizendo o seguinte: *A favor do procedimento escrito, somente podem estar os ignorantes, que não sabem o que é procedimento oral; os rotineiros, que não aceitam a evolução da ciência proces-*

sual; e os chicaneiros, que não querem a agilização do processo.

Infelizmente, o princípio da oralidade ainda é muito pouco estudado no nosso sistema, o que dirá, então, a sua aplicação.

E aqui já passo para o item seguinte, relacionado à oralidade – a concentração dos atos processuais.

A oralidade traz em si a idéia de prevalência da palavra falada sobre a palavra escrita. Evidentemente que a escritura tem o seu espaço importantíssimo nesse modelo, porque serve para registrar os atos principais, os atos de postulação e de decisão. Porém, a forma de praticar esses atos deve ser, prevalentemente, oral. E esse princípio se decompõe em três elementos ou subprincípios. Primeiramente, o da imediação do juiz com as partes, por meio do qual há o contato direto, a proximidade entre as provas e o juiz que irá julgar a causa. O segundo subprincípio é o da identidade física do juiz, regra expressa do Código de Processo Civil; estranhamente, no Processo Penal não se vê igual dispositivo. E isso representa um sacrifício muito grande para a obtenção da verdade porque, na medida em que o juiz que julgará a causa não é aquele que colheu a prova e que irá, portanto, decidir com base em papéis – resultantes daquele filtro de que tratamos há pouco –, certamente a reconstrução his-

tórica dos fatos estará prejudicada no momento principal, o do julgamento.

Além da imediação direta do juiz com as partes e com as provas, e preservada a identidade física do juiz que instrui com o que julga a causa, temos ainda a necessidade da concentração dos atos processuais, que, dos três sub-princípios, talvez seja o mais importante, porque tem a ver com o tempo do processo. O tempo é importante. Se uma palestra se alonga muito, é enfadonha; se for muito curta, é superficial. Se uma sentença usa cinquenta páginas de jurisprudência e doutrina, é uma sentença absolutamente inadequada; se for uma sentença com meia página, é lacônica. Uma denúncia feita com muitas laudas pode até ser inepta por ausência de objetividade e clareza; já uma denúncia que não descreve suficientemente os fatos poderá também ser inepta.

E quanto ao tempo do processo, dá-se o mesmo. Um processo extremamente rápido pode gerar injustiças, na medida em que, às vezes, a verdade demanda um certo tempo para emergir.

Por isso tenho receio com relação à justiça sumária, à justiça dos juizados especiais, que, embora tenha muitos méritos, suscita uma preocupação, a de propiciar a solução do caso em um momento em que as partes ainda estão com os ânimos exaltados, muitas vezes quase se agredindo novamente na frente do

juiz. Percebam o perigo da celebração de um acordo, com renúncia à verdade, nessas condições.

Então, se o processo é extremamente rápido, cria-se o risco de ocultar ou pôr de lado uma parte da verdade. Mas se é extremamente moroso, de nada adianta chegar-se ao final com a verdade, porque essa verdade não irá produzir uma sentença justa. Fez alusão a isso o Prof. Rogério Lauria Tucci, de quem tive a honra de ser aluno na Faculdade de Direito da USP, ao referir-se a um caso que está para ser julgado, o qual data de quinze anos. E sempre me recordo, também, de um processo em que atuei: um sujeito, depois de vinte anos, estava sendo julgado, já em grau de recurso, por um furto cometido vinte anos antes. Qual é o sentido dessa pena? Qual é o sentido da verdade obtida neste processo para esse cidadão, que já tem uma outra personalidade? Que sentido haverá impor-lhe uma pena privativa de liberdade, se isso não irá mais surtir qualquer efeito pedagógico ou mesmo retributivo?

Quando se trata de concentração dos atos processuais, trata-se de tempo otimizado. Infelizmente, o nosso sistema, como já ressaltai, é um sistema muito apegado, pela nossa herança lusitana, à formalidade, à burocracia, a solenidades; e os procedimentos das nossas leis, principalmente do Código de

Processo Penal, são muito dilatados. O procedimento originário prevê tudo picado: denúncia, recebimento, citação, interrogatório, audiência de inquirição de testemunha de acusação, de defesa, diligências, alegações finais e sentença, tudo de forma compartimentada. Some-se a isso a habilidade de alguns advogados em prolongar esse litígio indefinidamente, com manuseio de recursos e mais recursos, que tornam nosso sistema praticamente fadado à ineficácia do ponto de vista da utilidade da pena.

A concentração dos atos processuais exigiria que adotássemos um procedimento parecido com o dos juizados especiais, não no que diz respeito à fase preliminar, mas à fase de instrução e julgamento, em que todos os atos relevantes sejam praticados em uma única audiência, como já é, aliás, a proposta de reforma do Código de Processo Penal. Mas vejam como temos dificuldade com relação a isso: mesmo quando nosso Código atual prevê, nos procedimentos dos crimes apenados com detenção, a realização de uma única audiência, na qual, inclusive, as partes devem produzir alegações orais, o que a praxe demonstra? Os advogados e o Ministério Público, costumeiramente, e o juiz, tolerantemente, convertem aquelas alegações orais em memoriais escritos, adiando-se a prolação da sentença, que também será proferida no gabinete do juiz.

No segundo grau de jurisdição também existem algumas dificuldades, nomeadamente com a morosidade na tramitação dos recursos e com o número enorme deles a desvirtuar o sentido do duplo grau de jurisdição. De fato, se somarmos todos os recursos do processo penal, teremos a possibilidade de manejo de dezoito meios de impugnação, em sentido amplo, incluindo *habeas corpus*, mandado de segurança e revisão criminal. Qualquer advogado um pouco mais habilidoso leva essa causa *ad calendas graecas*.

Temos ainda uma jurisdição extraordinária, que acaba por ser utilizada como uma terceira instância. E o pior é que a proposta de reforma do Código de Processo Penal que está no Congresso acaba piorando a situação, porque propõe a conversão dos embargos infringentes, atualmente um recurso voluntário, em embargos infringentes como "recurso" obrigatório. Pela proposta, quando o acórdão, na apelação, não for unânime, automaticamente, convoca-se uma sessão da Câmara Criminal para julgar os embargos infringentes, que não foram opostos pela parte e, sim, como uma espécie de recurso automático, *ex officio*, contra a decisão majoritária desfavorável à defesa. Cria-se uma terceira instância ordinária. O que dizer do excesso de embargos declaratórios, que servem muito mais para protelar julga-

mentos definitivos, e da banalização dos recursos extraordinário e especial?

A oralidade se sacrifica também no segundo grau de jurisdição à medida que o julgamento de uma apelação, que deveria ser colegiado, muitas vezes acaba se tornando um segundo julgamento monocrático. Aqui em Brasília é raro acontecer isso, pelo menos nas sessões de que participo, mas temos notícias de muitos tribunais que julgam “a rodo”, em formato de um segundo julgamento monocrático, ou seja, o relator traz a julgamento o processo, mal lê o relatório da causa, diz qual é o seu voto, muitas vezes não o explica, e os demais apenas ditam aquela famosa expressão: “com o relator” ou “com a Turma”. Esse é um julgamento colegiado? Não. Ele pode ser formalmente colegiado, e o grave disso tudo é o seguinte: o juiz de primeiro grau, que julga singularmente, o faz a partir das provas que colheu, ou que pelo menos deveria colher. Já o magistrado de segundo grau apenas revisa o conteúdo daquela prova; ele não teve contato imediato com as partes, portanto é um julgador que está distante da prova e que irá sobrepor a sua decisão àquela do juiz que teve um contato maior com a realidade dos fatos. Isso tudo põe em xeque o duplo grau de jurisdição. Daí as críticas, algumas até justas, a esse princípio que, no processo penal, tem fundamento constitucional.

Outro aspecto do julgamento em tribunais, que afeta a oralidade da qual decorre a concentração, é a ausência de um autêntico debate. Temos muita dificuldade em dar valor ao debate no segundo grau. Uma parte desse nosso pouco interesse nos debates orais se deve à grande sobrecarga de trabalho dos tribunais. É evidente que, se tivéssemos julgamentos com debates a cada recurso, talvez as pautas estivessem bem piores do que aquelas que foram informadas ontem em um dos painéis.

Pode-se dizer que é raro ver um advogado sustentar o recurso perante o tribunal, e quando digo advogado excluo a defensoria pública. Não cabe aqui uma crítica aos defensores, mas uma constatação, porque em raríssimas ocasiões tive a oportunidade de ver um defensor público fazer sustentação oral no tribunal, o que significa dizer que o réu pobre, no Brasil, não costuma ter uma assistência efetiva no segundo grau. O trabalho dos advogados da defensoria pública é hercúleo; os estagiários que os auxiliam nessa tarefa são abnegados, mas, infelizmente, a estrutura que os governos estaduais oferecem às defensorias públicas não permite que se possa prestar um bom trabalho no segundo grau. Quando há sustentação oral no tribunal, algo raro, é feita por advogados de pessoas com condições para as-

sumir as despesas de um processo. Mas ainda assim, quando o advogado está fazendo a sua sustentação, a impressão é a de que, em raríssimos casos, o que ele diz vai interferir na formação da convicção dos magistrados de segundo grau. Geralmente o voto do relator já está pronto, e o do revisor também; os demais nem sempre estimulam esse debate para que se transforme o julgamento efetivamente em diálogo, e não no monólogo de uma parte, trazendo a sua explanação para os julgadores.

Não temos uma tradição como, por exemplo, nos Estados Unidos, em que o julgamento nos tribunais é um efetivo diálogo entre os juízes; até na Suprema Corte participam dos debates os advogados – a própria filmografia nos mostra isso. Não há aquele ato do advogado, lá da tribuna, de proferir um discurso, cansativo muitas vezes, e que nem sempre é ouvido pelos magistrados. Há uma interlocução, uma troca de impressões entre juízes e partes. Estendo a crítica ao Ministério Público, que muitas vezes permanece silente nas sessões.

Finalizo no terceiro aspecto objeto deste painel, que diz respeito aos poderes instrutórios do juiz. É importante fazer uma distinção muito pertinente quando se trata de poderes instrutórios do juiz. Temos de distinguir, nos sistemas processuais penais do passado e do presente, entre dois modelos extre-

mos: um chamado de “acusatório” e o outro de “inquisitório”. Temos modelos que se aproximam muito mais de um formato acusatório e outros que se aproximam do formato inquisitório. Mas isso diz respeito à distribuição dos papéis dos protagonistas dessa relação processual, à titularidade da ação penal e à atividade de colher informações para que o órgão de acusação possa dar início ao processo. Quando se trata de modelo inquisitório, sob essa visão, lembramos da figura do juiz inquisidor, absolutamente anacrônico. Não há mais espaço para um juiz que participe ativamente da colheita de elementos informativos durante o inquérito policial e conduza a investigação. Esse sistema é nitidamente ultrapassado, tanto assim que países de tradição inquisitorial, como Portugal e Itália, já o abandonaram desde a década de 1980, quando promulgaram códigos de cariz acusatório. Hoje, na Europa, praticamente apenas a Espanha e a França adotam o modelo inquisitorial misto, que não é, evidentemente, aquele modelo da Inquisição Medieval, mas um modelo em que a Magistratura ainda se ocupa da investigação na fase pré-processual.

Outra coisa totalmente diferente é a possibilidade de, uma vez instaurada a ação penal por provocação do órgão de acusação, que deve ser exclusivamente o Ministério Público – creio que a ação

penal privada seja um instituto também em desuso, tendente a ser banido –, nela atuar um juiz mais ativo, mais participativo, que se ocupe também da tarefa de encontrar a verdade. Durante a ação penal, não se tolera um juiz inerte, asséptico, que lava as mãos, um juiz que simplesmente regula, desinteressadamente, aquele duelo entre as partes. O processo, uma vez instaurado, é de interesse da comunidade, é interesse também do juiz, na qualidade de agente estatal encarregado de prestar jurisdição, exercer a sua função de conduzir aquele processo até o seu destino final, buscando a verdade (respeitadas as limitações à prova) e, por conseguinte, realizando a justiça.

Por outro lado, ainda dentro do sistema acusatório, além da possibilidade de termos um modelo com a figura de um juiz participativo que, com cuidado, também tem poderes instrutórios (*inquisitorial system*), tem-se também como possível um modelo de sistema adversarial (*adversarial system*), típico dos países anglo-saxônicos.

Nos Estados Unidos, por exemplo, o juiz apenas funciona como árbitro, admitindo ou não determinadas provas, regulando os eventuais excessos das partes, porém ele não está absolutamente interessado em realizar a justiça. Isso é tarefa dos jurados e dos advogados das partes, que trarão a possível verda-

de dos fatos para que o grande júri e, depois, o pequeno júri formem sua convicção e decidam.

São dois modelos distintos, e o nosso, felizmente, é um modelo em que o juiz é eticamente responsável pela obtenção da verdade. Evidentemente, deve fazê-lo de modo muito cuidadoso para não ferir a sua imparcialidade, e isso só pode ser alcançado quando o uso de seus poderes instrutórios se dá em caráter supletivo à atividade probatória das partes.

Nosso sistema, embora acusatório, acaba trazendo alguns resquícios inquisitoriais que comprometem um pouco essa imparcialidade judicial. Vejam a colheita da prova: quem inicia o depoimento é o juiz, é ele quem determina a ordem das testemunhas. Depois de concluir uma série de perguntas, dá a palavra ao Ministério Público e ao advogado, quando, na verdade, deveria ser o contrário. O juiz deveria atuar supletivamente, porque, senão, a idéia que se transmite para o jurisdicionado e para a população é a de que ele, ao direcionar as perguntas em uma determinada linha, já está com uma idéia pré-formada, um preconceito. Isso não é bom para a imagem da Justiça, e esta, como dizia Calamandrei, não pode ser apenas justa, ela também tem de parecer justa. O juiz, assim, não apenas deve ser imparcial, mas mostrar que é imparcial. Para

tanto, ele deveria atuar de forma supletiva em relação às partes quando, ao final do depoimento testemunhal ou mesmo ao final do processo, até de acordo com o art. 502 do CPP, perceber que ainda há dúvidas com relação ao caso que está sendo julgado.

Repensemos propostas concretas para reduzir a impunidade, como é o objetivo deste Seminário. E quando se trata de redução da impunidade, basicamente emerge a idéia de reforma do processo. Não precisamos de reforma do Direito Penal, precisamos reformar o processo. Mas antes que venham as reformas do processo, temos de mudar a nossa forma de atuar nele.

Somos uma elite intelectual, e não é possível que não consigamos encontrar mecanismos mais inteligentes e criativos para manejar os instrumentos legais, de tal forma a conferir maior simplicidade, maior agilidade aos atos processuais, diante das dificuldades que a legislação atual nos oferece, diante da pouca estrutura e do pouco valor orçamentário que se dá ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Isso pode ser feito com um pouco mais de desapego, inclusive a nossas vaidades pessoais, ao redigir uma alegação final, uma sentença ou ao proferir um voto. Não adianta fazermos digressões filosóficas ou doutrinárias, com invocação de jurisprudência, doutrina, em

uma situação absolutamente simples. Muitas vezes há uma perda de tempo enorme do Poder Judiciário na discussão de questões anódinas, ou que já foram superadas. Precisamos resgatar um pouco da simplicidade de nossa atuação. Esta é a idéia que devemos perseguir: a objetividade, a simplicidade, a brevidade das manifestações processuais e o uso criativo dos instrumentos legais e dos poderes processuais de que já dispomos. Nós, profissionais do Direito, somos ética e socialmente responsáveis pelo estágio atual da nossa Justiça criminal. Cada um de nós é responsável pela crise da Justiça. Enquanto empurrarmos para o Legislativo a responsabilidade de produzir reformas que venham a atender as nossas expectativas, estaremos sendo co-responsáveis pela situação crítica que ela vive. Quando se trata de Justiça, não se trata apenas do Judiciário, mas de todos os órgãos, de todas as instituições, de todos os agentes que dela participam.

1223934

ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ
é Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios.