

PROCESSO PENAL: NOVOS E VELHOS PROBLEMAS

Aline Xavier

*Professora de Direito
da UNLUI e Promotora de Justiça*

Talvez importe desmesurada pretensão reivindicar para o ramo do Processo Penal a mais profunda consequência inovadora trazida pela Constituição Federal de 1988. Mas é de Processo Penal que falamos e, assim, importa explorar seus novos contornos e as perplexidades que surgem.

As conquistas representadas pelo agasalho constitucional dos princípios do juiz natural, do devido processo penal, da presunção de inocência e da inadmissibilidade do ingresso de provas ilícitas no processo, entre outros, levam ao imperativo de vestir óculos novos na leitura da lei processual. Mudar o condicionamento no trato da matéria, enxergando a realidade do processo sob ângulos até então apenas antecipados pela doutrina mais provocadora e jurisprudência de ponta. Este novo horizonte trouxe um relativo corte epistemológico na disciplina do Processo Penal, como propiciou uma fecunda produção editorial (nunca se viu tantos livros com ensaios na área, como agora). Todavia, há que se ter os pés no chão. Apesar do rejuvenescimento provocado pela Carta, o CPP ainda é aquele de 1941... E assim começa o sinuoso percurso de adequação das normas processuais penais às diretrizes constitucionais.

Procura-se alcançar resultados eficazes (processo é atividade), coerentes ao sistema (bem ou mal, predomina o paradigma do normativismo kelseniano), de modo a assegurar o primado da segurança jurídica, reveladores de uma prestação jurisdicional justa (aspiração social que legitima a aplicação do direito acima

de quaisquer construções teóricas). Pouco? Caetano Veloso já disse que "a gente não pode tudo aquilo que pode" ...

Mas se as diretrizes constitucionais indicam um certo patamar de civilização, bafejadas pelo espírito de uma democracia que é formada e testada diariamente (com tudo o que há de mais dissonante e superlativo, inerente à qualidade de "ser brasileiro"), as sínteses do inevitável embate direito/sociedade não raras vezes rompem a lógica do sistema. Rompem, sobretudo, os avanços incorporados recentemente na Lei Maior.

Hoje, operar o Direito Processual Penal implica compatibilizar três momentos diferentes, cada um dotado de considerável influxo de idéias: 1) O CPP de 1941; 2) a Constituição Federal (no campo das normas de processo); 3) as leis posteriores a 1988, com matéria penal e processual penal. Eis o problema. Não é possível um retorno ao processo de 1941, porém é evidente que as leis surgidas depois da CF revelam uma mudança de tônica, relativamente à postura moderna inaugurada na Constituição. Consta-se uma reação legislativa precoce ao tratamento liberal, privilegiador da cidadania, que caracteriza a Carta Magna (cuja ênfase está no indivíduo detentor de direitos frente ao Estado, e não o inverso, tal como antes). A edição das Leis nº 7.960/89 e 8.072/90 são emblemáticas.

Muito vem sendo assinalada a tendência do Estado moderno (pressionado por uma crescente demanda de exigências cada vez maiores e mais diversificadas) em transformar o direito em instrumento administrativo. Aliás, tem sido o arcabouço jurídico o recurso por excelência das "síndromes protéticas", que historicamente sucedem-se no país. Se Deus é brasileiro, seguramente este Deus é Proteu... Em vez de um corpo de normas de sentido genérico, destinadas a solucionar os conflitos (apropriados de seus verdadeiros sujeitos, e filtrados para o universo jurídico), tem-se uma avalanche de normas cada vez mais setorializadas, destinadas a administrar parte da vida social. Com isso, confunde-se o valor das normas, por força da dissociação com o sistema hierárquico-piramidal (incutido a nós nos primeiros anos de faculdade) e torna tarefa humanamente impossível ao operador do direito conhecer a cadeia normativa. Tal o cipoal de leis, decretos, regulamentos, portarias, resoluções, medidas provisórias, diuturnamente lançados. Seria de gerar um colapso na aplicação do direito uma tal situação de inflação legislativa, não fosse a convicção de que o frenesi normativo tem campos de incidência restritos a alguns setores, conhecidos por quem neles atua.

Portanto, o problema maior não são as leis, mas sim o foco da produção legal. Muito mais estorcedor do que a voracidade com que são publicadas, é constatar que ao Estado tem parecido mais conveniente dotar a sociedade de leis e só de leis. Isto é, sem que a elas faça-se acompanhar o indispensável aparato para assegurar a implementação de seu acatamento e a fiscalização de seu efetivo cumprimento. Tal postura é de extrema temeridade para as instituições do País. A conversão da lei em resposta retórica às tensões sociais leva à descrença popular nas instituições, que devem ser a salvaguarda de todo indivíduo ameaçado ou lesado em algum direito. E leva também ao retrocesso do conteúdo da lei, tantos são os casuísticos que surgem. À falta de uma segurança social decente, respondem com leis; à falta de recursos para a segurança pública, idem, e deste modo alarga-se o leque. Onde fica a lógica? Onde fica a segurança? E que se dirá da Justiça?

Não é possível manter-se indefinidamente o cabedal legislativo dividido na vala comum das "leis que pegam" e das "leis que não pegam". Seja porque não houve real uso no meio social, seja porque a impropriedade técnica é incontornável, seja lá o porquê. Nossa habilidade em fazer malabarismos hermenêuticos encontra limites, e deste desgaste não saímos incólumes.

No processo Penal, a edição das Leis nº 7.960/89 (que instituiu a prisão temporária) e 8.072/90 (que definiu os crimes hediondos) dá o que pensar. A reação de negação à Constituição foi quase imediata à sua colocação em prática. A onda de seqüestros no centro do país, o incremento das rotas de narcotráfico e a pressão da mídia foram decisivos para que o Congresso as criasse. Já disseram que ambas têm "a cara do Fantástico".

Naturalmente tem procedência a crítica que enxerga abusos de delinquentes perigosos, potencial ou atualmente danosos à sociedade, exatamente no que se refere a seus direitos de pessoa acusada. Sim, isto se dá. Inúmeras vezes constataremos o alto grau de informação sobre matéria legal que um indivíduo leigo e infrator possui, precisamente com o propósito de infringir a lei. O direito ao silêncio, por exemplo, pode causar exasperação até. Mas não é estreitando o âmbito das garantias fundamentais que se chegará à efetiva responsabilização criminal. O que impede reconhecer é que a "eterna dificuldade de provas", assim como a impunidade, estão intimamente ligadas à penúria da Polícia Civil, incapaz de servir de Polícia Judiciária tal como se encontra. A par da questão de recursos materiais, a própria inquisitorialidade há de ser enfrentada. É sabido que provas não repêtiáveis são colhidas durante o inquérito policial, sem o contraditório presente.

Boletins de ocorrência são registrados e resultam em inquérito, ou não, ao completo desconhecimento de Promotores de Justiça. A autonomia da polícia durante o transcurso do inquérito (quando ele é instaurado) beira o arbítrio. Como aduziu o Juiz de Instrução Criminal argentino LUIZ NIÑO, os policiais "transfiguram-se em indevidos artifícios do destino processual dos cidadãos" (In: "Inquérito Policial na América Latina", Estudos Jurídicos, v.04, Rio de Janeiro : Ed. IEJ, 1992). Ora, se o órgão encarregado de fazer a investigação destinada ao Ministério Público, que decidirá pela denúncia ou não, mostra-se incapaz de angariar provas, não é com uma guinada na lei que se resolverá o problema.

No entanto, em 1989 o Congresso brindou-nos com uma nova prisão cautelar. Indiscutivelmente, deu-nos mobilidade. Ainda no fragor dos acontecimentos, possibilitou alguma neutralização de obstáculos que inviabilizam a elucidação dos fatos. Todavia, abstraindo um pouco o aspecto prático, percebe-se que as três modalidades ensejadoras de sua decretação são bem mais amplas do que os requisitos para a prisão preventiva. Ao contrário desta, a prisão temporária não exige prova da materialidade. Pode ser decretada com base apenas em indícios fortes ("fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal", art. 1º, III - embora haja aqui uma impropriedade técnica, trata-se da legislação processual). A exigüidade do processamento do requerimento de prisão do MP, ou da representação da autoridade policial, retira inclusive o poder de fogo do remédio do *habeas corpus*. É prisão judicial, portanto motivada, mas mesmo assim importa mudança de tônica. É de se ver que, contrariamente à preventiva, tal como assinalou Tourinho, ela é possível de ser decretada inclusive tratando-se de delitos apenados com detenção ou simples contravenções (hipóteses dos incisos I e II do art. 1º).

Contudo, a Lei dos Crimes Hediondos bate todos os recordes. Perplexidades e problemas, em apenas dez artigos, são de difícil superação. Inicialmente, cabe a indagação: por que não foram definidos hediondos os homicídios qualificados por paga ou promessa de recompensa, ou pelo emprego de meio cruel? Qual foi o critério para identificar a hediondez? E desde aí evolui-se para o detalhado do tratamento dado nesta lei aos crimes sexuais. Pois o mesmo Congresso Nacional, no mesmo mês de julho de 1990, doze dias antes de publicá-la, com muito alarde aprovou e levou ao Executivo, que a promulgou, a Lei nº 8.068/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). O controvertido artigo 263 do Estatuto

acrescentou um parágrafo aos artigos 213 e 214 do Código Penal, querendo com isso punir mais severamente o estupro e o atentado violento ao pudor praticados contra menores de 14 anos de idade (impôs penas de reclusão, respectivamente, de 04 a 10 anos, e de 03 a 09 anos). Ora, dias depois a Lei nº 8.072/90 aumentou as penas do *caput* daqueles artigos do Código Penal, sem referência aos parágrafos criados no Estatuto. Com isso, esses crimes passaram a ter um apenamento mais brando quando praticados contra menores (pelo art. 6º da Lei 8.072/90, o limite para ambos foi fixado em pena de reclusão de 06 a 10 anos). Não fosse a rapidez da doutrina em interpretar, nesta demonstração cabal de casuismo irresponsável do legislador, uma revogação tácita da Lei 8.068/90, neste particular do artigo 263, haveríamos de conviver com a esdrúxula figura do "crime sexual privilegiado", tal como denominou FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO (In: "Crimes Hediondos", Estudos Jurídicos, v.03, IEJ, 92).

O espanto prossegue. O Art. 2º, II, *in fine*, desta Lei nº 8.072/90 torna insuscetíveis de liberdade provisória os crimes por ela abarcados. Todavia, a Constituição Federal não eliminou esta possibilidade quando tratou destes crimes no art. 5º, inciso XLIII. É princípio recorrente que regras restritivas da liberdade não podem receber interpretação extensiva. Pode uma lei infraconstitucional alargar o âmbito de uma norma constitucional desta espécie? E se tal empresa complica, o que responder à proposta de ter de compatibilizar este inciso II do artigo 2º da Lei ao seu §2º ("em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade")?

Muitas indagações surgem, e não há espaço aqui para explorá-las com vagar. A título de provocação, deixo o seguinte: Com o art. 8º da Lei nº 8.072/90 li-vram-nos da exótica figura do artigo 14 da Lei 6.368/76 (Lei de Tóxicos), que mais encerrava uma co-autoria do que crime de quadrilha? Respondido afirmativamente, como explicar que o tratamento penal tenha se tornado mais brando, se o propósito da Lei de Crimes Hediondos é exatamente o contrário? E mais: se houve a revogação do artigo 14, como o artigo 10º da Lei nº 8.072/90 faz referência expressa a ele, quando incluiu um parágrafo no artigo 35 da Lei de Tóxicos? E, insistindo, como compatibilizar a existência deste artigo 35, que nega categoricamente ao condenado o direito de apelar em liberdade, com a brecha do art. 2º, §2º, da Lei dos Crimes Hediondos? Neste ponto, a jurisprudência tem entendido

existir uma relação de regra (art. 35)/exceção (art. 2º, §2º) - Ac.5ªT.STJ - RHC 1141 de 22/5/91, Rel. Min. Assis Toledo, DJU 10/6/91, p.7857.

Sobre a execução da pena, como interpretar os dispositivos do art. 2º, §1º, com o art. 5º, desta Lei? E assim caminha a humanidade...

Nossa intenção neste trabalho não foi galgar a glória da originalidade, ou, encontrar a pedra filosofal. O que se quis foi puramente provocar uma discussão: até que ponto resiste o direito a tantos casuísmos, até que ponto o Processo Penal (que só existe em função de controlar o poder punitivo do Estado, garantir o respeito aos direitos do acusado e servir à aplicação do direito, e por isso ultrapassa a qualidade de direito subjetivo das partes, para ser um direito de todo o corpo social, como assinalou ADA GRINOVER, In: *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo : Ed. Malheiros, 1992) está cumprindo suas finalidades?