

## O PROCESSO PENAL E AS NORMAS RELATIVAS A ESTA DISCIPLINA NA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL \*

JÚLIO FABRINI MIRABETE

Minhas primeiras palavras não poderiam ser outras, senão de agradecimento. Em primeiro lugar, ao Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo e aos demais colegas do Ministério Público do Rio Grande do Sul e da Escola Superior do Ministério Público, pelo honroso convite para proferir a aula inaugural deste curso e pela generosa acolhida à minha chegada a Porto Alegre. Jamais poderia deixar de atender a esta solicitação, diante da amabilidade com que sempre fui distinguido pelos membros do Ministério Público deste Estado, que formam uma das instituições estaduais de maior prestígio, inteiramente merecido, em todo o país. Meus agradecimentos especiais ao Dr. Vladimir Giacomuzzi, agradecimentos de vários anos, pela recepção que tive em 1985, quando aqui compareci, também para fazer uma palestra ao Ministério Público, e, desde então, a sua pessoa sempre me foi muito cara; suas palavras amigáveis são fruto mais do seu coração do que de qualquer mérito que eu possa ter. Desejo também fazer uma saudação aos bacháreis que iniciam este curso de reciclagem, de preparação para a carreira do Ministério Público. Estou certo de que, nesta Escola, receberão os ensinamentos dos mais destacados valores das letras jurídicas deste Estado e que, por isso, certamente, terão todas as condições para desempenhar as atividades profissionais de um bacharel em Direito, seja nesta gloriosa instituição do Ministério Público, seja na Magistratura, seja na Advocacia. Como também sou um dos coordenadores de curso preparatório para concursos de ingresso em carreiras jurídicas, em São Paulo, estou ciente da responsabilidade que assumi ao aceitar o convite para aqui comparecer e proferir esta aula inaugural. Sei que todos desejam obter o maior número possível de informações a respeito da nova Constituição, no que tange ao Processo Penal, que é o tema desta palestra. Por isso, prefiro não uma conferência, mas sim uma modesta aula, como professor que sou, dirigida especialmente aos alunos deste curso. Certamente, poucas novidades trarei aos colegas do Ministério Público que me prestigiam com sua presença, mas tentarei, ao menos em alguns temas, apre-

\* Palestra proferida em 4.8.89.

sentar algumas idéias que permitam, pelo menos, alguma reflexão dos ilustres companheiros e até, quem sabe, algum debate sobre pontos polêmicos da nova Constituição Federal, no que tange ao Processo Penal e, inclusive, com relação às Constituições Estaduais, que também têm interesse nesta matéria, como veremos com o decorrer desta minha modesta exposição. Se eu conseguir despertar o interesse por estes pontos, a minha vinda a Porto Alegre não terá sido em vão, o que muito me gratificará. Assim sendo, antecipadamente agradeço a atenção de todos os presentes.

Nós iremos destacar alguns dispositivos relacionados com o Processo Penal, e mesmo com o Direito Penal, inseridos na Constituição Federal, e que certamente exigirão a atenção dos estudiosos do Direito. Eu peço licença para, a respeito de cada assunto, ler os dispositivos constitucionais a que irei me referir, a fim de facilitar o entendimento acerca destas reflexões.

Em primeiro lugar, gostaria de falar sobre a fonte de produção do Direito Penal e Processual Penal. O art. 22 da CF, em seu n. I, diz: "Compete privativamente à União legislar sobre Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, Espacial e do Trabalho". Mas o parágrafo único deste mesmo artigo prevê uma novidade dentro da ordem constitucional brasileira, embora não inovando de todo, porque, logo após a Proclamação da República, isto existiu. Proclama o referido parágrafo único: "Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo". Então, foi criada a possibilidade, aos Estados-Membros, de legislar sobre Direito Penal e Direito Processual Penal, o que não existia, desde o começo da República.

Este dispositivo pode nos parecer um tanto perigoso, principalmente em se tratando de Direito Penal, tendo em vista a tradição única deste nosso Direito Penal. Mas, quanto ao Processo Penal, que exige a atendimento de peculiaridades locais, parece-me muito feliz a Constituição Federal, ao possibilitar ao Estado-Membro legislar sobre esta matéria. Evidentemente, por este dispositivo se verifica que os Estados-Membros só poderão legislar sobre questões específicas, delimitadas, quando autorizados expressamente por Lei Complementar que, evidentemente, ainda não existe. Segundo nosso entendimento, estas questões específicas, que deverão constar da Lei Complementar, não poderão se referir a conceitos básicos do Direito Penal ou do Direito Processual Penal, como ação penal, recursos etc. Mas, de qualquer forma, há a possibilidade de legislar sobre Direito Processual Penal, no âmbito estadual.

Mas não são estes os únicos dispositivos a respeito do assunto; também o art. 98, I, da CF diz o seguinte: "A União, o Distrito Federal, os Territórios e os Estados criarão: "I — juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações

penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.”

E o art. 24 complementa, dizendo: “Art. 24 — Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) “X — criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; “XI — procedimentos em matéria processual”.

É evidente que a Constituição é muito nova, mas eu tenho me surpreendido com a pouca repercussão que teve esta orientação do constituinte federal. Há, aqui, a possibilidade bastante ampla da legislação estadual no processo penal, inclusive, e isto é indispensável, tendo em vista as particularidades locais, as dificuldades do processo burocratizado, que, infelizmente, ainda é o nosso tipo de processo. Mas eu acredito que, com o passar do tempo, os Estados providenciarão uma legislação condizente com as necessidades, tanto com relação aos procedimentos judiciais, quanto aos chamados “juízos especiais”.

Quanto à produção de Lei de Execução Penal, há a mesma orientação, de acordo com o art. 24, I: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: “I — direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico”.

E o § 1.º diz: “No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. “§ 2.º. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”.

Gostaria de fazer algumas considerações a respeito disto: em primeiro lugar, perdeu-se, a meu ver, a oportunidade para se modificar a denominação desta matéria — ao invés de “direito penitenciário”, o legislador constituinte deveria mencionar “direito de execução penal”. O direito penitenciário, como o nome está dizendo, delimita-se à execução da pena privativa de liberdade nos estabelecimentos penais. E nós sabemos que, desde o ano de 1985, principalmente, a execução da pena não se limita à pena privativa de liberdade, mas à pena de multa (que já existia) e, principalmente, às penas restritivas de direitos. Então, o termo “direito penitenciário” não é abrangente. Hoje, já se fala em um direito de *execução penal*. Ao meu ver, o art. 24, I, deveria citar esta denominação.

Outra observação: tanto a Constituição nova quanto a antiga se referem à competência da União para legislar apenas sobre as normas gerais deste direito penitenciário, ou direito de execução penal. Entretanto, a Lei de Execução Penal vigente, a Lei 7.210/84, não se refere apenas a normas gerais; pelo contrário, ela disciplina praticamente todo o direito penitenciário e todo o direito de execução das demais penas, das medidas de segurança —, etc. Portanto, houve uma usurpação da União, segundo o meu entendimento, ao legislar quanto à execução da pena. Mas essa crítica não deve acobertar o fato de que, se ela não tivesse feito isso, os Es-

tados não teriam, normalmente, uma legislação a respeito da execução penal. O fato é que há a possibilidade de os Estados legislarem concorrentemente com a União sobre direito penitenciário, e há normas que deveriam ser criadas no âmbito estadual, relativas a assuntos que não estão tratados na Lei de Execução Penal. Entretanto, não tenho notícia de que algum Estado brasileiro tenha legislado complementarmente sobre a Lei de Execução Penal. Portanto, o que seria uma usurpação do legislador federal, até se justifica, caso contrário, o Estado, não legislando sobre o que deveria legislar, poderia permitir uma confusão a respeito de execução penal.

Podemos dizer que o § 2.º, anteriormente citado, é inútil: se aos Estados compete legislar concorrentemente a respeito de tais matérias, e se à União cabem as normas gerais, é evidente que os Estados podem legislar supletivamente, inclusive em relação às normas gerais, enquanto não houver lei federal (e isto não ocorre, porque temos a Lei de Execução Penal).

Há uma outra observação a respeito do art. 24, XI, a que já me referi: se o Estado é competente para legislar concorrentemente com a União sobre procedimento de matéria processual, é evidente que se inclui neste inciso a competência dos Estados para legislar sobre execução penal; isto porque execução penal nada mais é do que processo — é o processo de execução. Então, o Estado tem condições e deveria legislar complementarmente com relação à Lei 7.210/84.

Outro assunto que me parece interessante para quem pretende ingressar no MP diz respeito à ação penal pública. Há uma modificação substancial na Constituição Federal, no que tange a este ponto, porque o art. 129, I, diz, textualmente: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: “I — promover, *privativamente*, a ação penal pública, na forma da lei.”

Isto vem ao encontro de toda a doutrina que, principalmente a partir da obra magistral de José Frederico Marques, condena o procedimento sumaríssimo assim chamado, o procedimento *de ofício*, ou seja, aquele procedimento iniciado pela portaria do delegado de polícia ou do Juiz de Direito, ou pelo auto de prisão em flagrante. Tal procedimento, Frederico Marques entendia inconstitucional, mas assim não decidiam nossos tribunais. Hoje, é evidente que esta possibilidade já não mais existe, ou seja, o art. 129, I, da CF revogou o procedimento de ofício; não se pode mais iniciar um processo por portaria ou pela prisão em flagrante. Isto atinge, portanto, a apuração das contravenções penais, tendo em vista o que está previsto nos arts. 531 e ss. do CPP, e a ação penal nos crimes culposos de trânsito com a autoria conhecida, como diz a Lei 4.611, que nos remete aos arts. 531 e ss. do CPP (são os chamados crimes automobilísticos). Portanto, a partir do início da vigência da Constituição, todos os processos iniciados por portaria ou flagrante são nulos *ab initio*.

Há outras conclusões a que podemos chegar, a partir deste dispositivo constitucional: em primeiro lugar, sendo necessária a denúncia do MP,

torna-se necessária, senão indispensável, a instauração de inquérito policial comum, nos casos de contravenções e dos chamados delitos automobilísticos, ainda que a autoria seja conhecida dentro do prazo de 15 dias. E há, ainda, outra questão que me parece importante: estariam revogados, pelo art. 129, I, todos os dispositivos referentes ao chamado rito sumaríssimo previsto pelos arts. 531 a 537? Segundo a opinião do grande amigo e excelente processualista Fernando da Costa Tourinho Filho, o dispositivo constitucional não revogou tais artigos de lei; o rito sumaríssimo, assim chamado para ser distinguido do rito sumário, continua existindo, porém, a peça inicial deverá ser a denúncia. Coincidentemente, eu recebi, nestes últimos dias, de uma editora do Rio Grande do Sul, uma monografia dos Profs. Paulo Cláudio e João Batista Tovo, ilustres professores deste Estado, na qual eles concordam com esta posição. Como o meu intuito é, também criar um pouco de polêmica, eu vou tentar justificar uma posição contrária. Em primeiro lugar, há a posição de Damásio Evangelista de Jesus que, em uma palestra proferida na Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, afirmou que haveria a revogação destes dispositivos, porque o art. 129, I, ao falar “promover a ação pública”, englobaria todo o procedimento e, portanto, estariam revogados os arts. 531 e ss. Nós entendemos que esta argumentação seja decisiva, mas vamos a alguns outros argumentos: quanto à Lei 4.611, que trata dos crimes culposos de trânsito, o § 1.º desta Lei diz: “Quando a autoria do crime permanecer ignorada por mais de 15 dias, proceder-se-á a inquérito policial, e o processo seguirá o rito previsto no art. 539”. Ou seja, ocorrido um delito culposos de trânsito, de acordo com a Lei 4.611, verificava-se se a autoria havia sido conhecida dentro do prazo de 15 dias; em caso afirmativo, procedia-se de acordo com os arts. 531 e ss. Se a autoria não houvesse sido conhecida dentro de 15 dias, o procedimento utilizado era o previsto pelos arts. 539 e ss. (o chamado rito sumário). Por que isto? Porque entendeu-se que deveria haver um rito mais sumário, quando se conhece a autoria desde o início, dispensando-se o inquérito policial. Ora, como não há mais possibilidade de denúncia nos casos de ação penal pública, esta distinção perdeu toda a razão de ser. Assim sendo, todos devem seguir o mesmo rito, o rito dos arts. 539 e ss. Há um outro argumento que também me parece importante: antes da vigência da Constituição Federal, o STF admitia, expressamente, o oferecimento da denúncia, mesmo que a autoria fosse conhecida desde o início, quando o delegado de polícia não baixava a portaria necessária para o processo. A decisão do Supremo só não deu à denúncia a possibilidade de interromper a prescrição. Seguiu-se o rito previsto pelos arts. 539 e ss., nestes casos em que havia uma denúncia no lugar de uma portaria. Portanto, a denúncia substitutiva era proferida de acordo com o rito do art. 539, e não do art. 531. Agora, com maior razão, quando a denúncia é obrigatória, deve-se seguir o rito dos arts. 539 e ss.

E quanto às contravenções? Além do problema que surge com a modificação da peça inaugural do processo contravencional, vamos perguntar: qual a razão de ser dos arts. 531 e ss.? Ora, é evidente que a lei procurou conferir maior celeridade aos processos contravencionais, eliminando o inquérito policial. Esta é a razão de ser da lei: para ser mais sumário do que o sumário, ou seja, para ser sumaríssimo, foi eliminado o inquérito policial. Com o advento da Constituição Federal, obriga-se ao retorno do inquérito policial — este se torna um pressuposto para que o Promotor possa oferecer a denúncia. Ora, sendo assim, desapareceu a *ratio essendi*, a razão de ser da referida lei — arts. 531 a 537. Por esta razão, lanço a idéia de que caberia, aqui, aplicar o rito do art. 539, considerando revogados os arts. 531 a 537. Não há razão para um rito especial, se não se obtém a celeridade, que era a razão de ser dos referidos artigos, em relação às contravenções e aos crimes culposos de trânsito. Além disso, a manutenção destes dispositivos obriga a uma série de *adaptações*, tendo em vista que agora há denúncia, e não portaria, gerando uma confusão a nível processual. E o rito sumaríssimo, que prevê o depoimento de testemunhas e a qualificação do réu em primeiro lugar e só depois o interrogatório, não cabe dentro de um sistema que não permite mais a portaria ou a prisão em flagrante, como peça inaugural. Então, não só pelo sentido teórico, mas também por uma questão prática, esta é a tese que me parece mais sedutora.

Eu passaria, agora, para um outro assunto: as formalidades relativas à prisão. Gostaria de ler três dispositivos necessários ao entendimento desta questão. O art. 5.º, que trata “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, refere-se a este tema nos seus ns. LXII, LXIII, LXIV, dizendo o seguinte: “LXII — a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; “LXIII — o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; “LXIV — o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”.

Todos estes dispositivos são perfeitamente justificados pela doutrina moderna, pelos direitos humanos etc. A pergunta é: estes dispositivos já estão em vigor? Ou seja, seriam eles auto-aplicáveis? Segundo o art. 5.º, § 1.º, diz que sim: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Considerando literalmente estes dispositivos, teríamos de concluir que todos os processos iniciados por flagrante, p. ex., a partir da vigência da Constituição, estão nulos — isto porque, ao que me consta, as autoridades policiais não estão informando aos presos tudo o que determina a Constituição Federal. Realmente, todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica, e imediatamente aplicáveis. Esta discussão a respeito de ser auto-aplicável ou não ser auto-apli-

cável já está ficando em desuso. A obra magistral de José Afonso da Silva demonstra que as normas constitucionais sempre têm eficácia jurídica e são auto-aplicáveis (a ob. cit. é *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*). Porém, mesmo José Afonso da Silva diz que elas são imediatamente aplicáveis nos limites desta eficácia; isto é, há uma eficácia plena, e há uma eficácia mais restrita. Em outras palavras, há normas constitucionais em que a eficácia não pode ser total. Ao meu ver, não é possível aplicar integralmente estas normas enquanto não houver uma regulamentação adequada. Por exemplo: qual a sanção correspondente ao descumprimento destes dispositivos relativos à prisão? Nenhuma. Ora, uma norma que não contenha uma sanção acaba se tornando inócua. Nós precisamos saber qual a sanção que recai sobre o não atendimento destas disposições. Seria apenas uma sanção administrativa, uma sanção sobre o delegado de polícia ou o autor da prisão que não cumpriu com estes deveres? Seria uma sanção processual (normalmente, a nulidade)? No meu entendimento, deveria ser uma sanção processual, já este não cumprimento fere um direito individual.

Verificando estes dispositivos, veremos as palavras “prisão”, “preso”. Mas que preso? O preso em flagrante? O preso que é recolhido em virtude de um mandado de prisão, expedido após uma sentença penal condenatória? Em princípio, não há razão para permitir ao preso o recurso à família, quando se trata de prisão através de um mandado de uma sentença penal condenatória definitiva. Dizer quem é o responsável por sua prisão, comunicar esta à autoridade judiciária competente, no caso de prisão após sentença condenatória transitada em julgado, não faz sentido. Há a necessidade de esclarecer se estes dispositivos se aplicam a qualquer tipo de prisão, ou apenas à prisão em flagrante. Segundo o meu entendimento, eles se referem à prisão em flagrante ou à prisão preventiva, mas não à prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

Outro problema é saber quando o preso deve ser informado de seus direitos. Assim que é recolhido? No momento da prisão? No momento em que é interrogado, no auto de prisão em flagrante? Qual é a assistência da família permitida, nestes casos?

Em relação à nulidade anteriormente referida, ela se refere à prisão? Ao interrogatório? A todo o auto de prisão em flagrante? As diligências decorrentes da prisão — apreensão de instrumentos, produto do crime etc? A todo o inquérito policial?

Quando o réu tem o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão? O funcionário deverá fazê-lo espontaneamente, ou só o fará a pedido do réu? Este é um direito do preso, mas é também um dever do funcionário se identificar, caso isto não seja solicitado?

Esta nulidade é absoluta? Relativa? Pode ser sanada? Até quando pode ser sanada?

Tudo isso, a meu ver, depende de uma regulamentação.

Segundo o meu entendimento, não são nulos os processos, mesmo aqueles inquiridos iniciados por auto de prisão em flagrante, ou em caso de prisão preventiva, se não se cumpriu com todos estes requisitos. Evidentemente, alguns deles já existem na nossa legislação e continuam em vigor. Entretanto, não podemos generalizar.

Dal também decorre o seguinte: o art. 4.º, *a*, da Lei 4.898 — Lei de Abuso de Autoridade —, diz o seguinte: “Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual sem as formalidades legais, ou com abuso de poder”. Comete o crime a autoridade que efetuar a prisão sem estas formalidades exigidas na Constituição Federal? Segundo o meu entendimento, não, porque ainda não há regulamentação, portanto, não há nulidade, nem crime de abuso de autoridade. Entretanto, eu gostaria de fazer uma sugestão àqueles que são diretamente interessados: há coisas tão simples, que poderiam ser iniciadas já, sem a regulamentação. A autoridade policial, por exemplo, diante de um auto de prisão em flagrante, poderia chamar o preso e lhe informar: “Você tem o direito a advogado, direito à assistência da família, direito à identificação de quem o prendeu etc”. Devemos nos exercitar, treinar, preparar-nos para viver em um regime plenamente democrático, com todos os direitos. Ainda que não haja esta regulamentação, seria interessante comunicar ao preso seus direitos, relacionados nestes dispositivos, e isto certamente não viria a prejudicar o inquirido policial. E, ainda, há outra vantagem: se isto for feito, nenhum advogado poderá alegar a nulidade destes processos.

Agora, eu gostaria de falar sobre o princípio da obrigatoriedade ou da indisponibilidade da ação penal pública. Como todos sabem, há duas posições a respeito do assunto: de um lado, o princípio da obrigatoriedade, indisponibilidade ou legalidade da ação penal pública — ou seja, se o Ministério Público recebe o inquirido policial, ou até peças de informações, e verifica que existe a prova da existência, a materialidade do delito e indícios da autoria do mesmo, ele *deve* denunciar, *deve* iniciar a ação penal pública. E há a outra posição: o princípio da oportunidade, que existe desde o tempo dos romanos.

Vamos falar um pouco sobre o Juizado de Instrução: o art. 98, I, a que já me referi, diz que a União, o Distrito Federal, os Territórios e os Estados criarão juizados especiais para as infrações penais de menor potencial ofensivo. Este dispositivo ainda se refere a “juízes togados, outorgados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e execução (...)”, ou seja, à criação, inclusive pelos Estados, de cargos ou funções de juízes leigos; o Estado poderá elaborar uma norma, instituindo funções ou cargos de juízes leigos, não só para a conciliação, mas, até, para o julgamento e a execução. Ao meu ver, o legislador precisa meditar muito a respeito disso.

O fato é que, em tudo isso, não consta nada sobre a titularidade da ação penal. A conclusão é que, mesmo nestes juizados de pequenas causas,



nestes juizados especiais, o titular da ação penal é o M. Não pode o legislador estadual ou federal atribuir a outro órgão ou a particulares a titularidade da ação penal. Somente em relação ao julgador, o Estado poderá criar a figura deste julgador leigo.

Porém, aqui, ainda há alguns problemas: o que são infrações penais de menor potencial ofensivo? Só a lei pode definir quais são estas infrações; e esta lei poderá até ser julgada inconstitucional. As leis estaduais, inclusive, também poderão dizer quais são estas infrações, e haverá uma diferença, de Estado para Estado, em relação aos crimes que podem ser objeto de juizados de instrução; cada Estado poderá ter um elenco diferente de ilícitos penais sujeitos ao juizado de instrução, à transação, etc. Isto parece um tanto perigoso e deverá ser considerado, inclusive, pelo constituinte estadual. Eu sei que, em São Paulo, já há um anteprojeto de dois magistrados, Pedro Galhardo e Marco Antônio Marques da Silva, que define como infrações penais de menor potencial ofensivo os crimes apenados com detenção até um ano, a lesão corporal culposa, o homicídio culposo e as contravenções penais. Esta é uma idéia que surge à primeira vista a qualquer estudioso, e pareceu-me bem razoável. O Rio Grande do Sul é pioneiro com relação à área civil, deu o exemplo da criação de um juizado de pequenas causas em matéria cível. Deve-se pensar, agora, em termos de processo penal.

Também gostaria de falar sobre o princípio da presunção de inocência. O art. 5.º, LVII, da CF, diz: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Com este dispositivo, está revogado, em parte, o art. 408, § 1.º, do CPP, no que tange à inscrição do nome do réu no rol dos culpados, quando da sentença de pronúncia. A Jurisprudência já não considerava esta norma do Código de Processo Penal, visto que a sentença de pronúncia não significa que o réu seja culpado. Neste sentido, também está revogado o art. 393, II, do CPP, que determina a inscrição do nome do réu dos culpados, com a sentença condenatória recorrível — ora, se a sentença pode ser submetida a julgamento de tribunal, ainda não se pode dizer que o réu é culpado, porque ela não transitou em julgado. Então, não há dúvida alguma quanto à revogação destes dispositivos.

Com relação a esta questão, o grande amigo Fernando da Costa Tourinho Filho afirmou, em um artigo brilhante publicado no *Estado de São Paulo* que estavam revogados nos arts. 393, II, e 408, § 1.º, e também o art. 594, do CPP, quando determina a prisão pela sentença condenatória recorrível. Não me parece que seja esta a conclusão do dispositivo. Na verdade, o que a lei está dizendo é que não se pode considerar *culpado*. Portanto, não pode haver uma consequência que só ocorre quando o indivíduo foi condenado recorrivelmente, ou seja, não se pode executar nenhuma pena, não se pode executar nenhum efeito da condenação, antes do trânsito em julgado. Mas isto não quer dizer que não se possa prender

alguém antes do trânsito em julgado. Ora, a própria Constituição prevê a possibilidade da prisão em flagrante, da prisão preventiva. Ela até fala na liberdade provisória, com ou sem fiança, o que se refere a uma prisão anterior à condenação transitada em julgado. Então, a própria Constituição demonstra que há a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado. Não é uma execução de pena; é uma medida cautelar em benefício da instrução, em benefício da sociedade, etc. Isto está na Constituição, em vários dispositivos; ela prevê a existência de uma medida cautelar necessária, às vezes, indispensável ou aconselhável, dentro dos limites da lei. Houve algumas decisões, não publicadas, pelo menos até agora, do Tribunal de Alçada Criminal, onde se esboçou esta tese. Ela acabou não sendo aceita, e parece que hoje nenhuma Câmara acata esta posição de revogar a prisão antes do trânsito em julgado que só deve ser efetuada quando houver necessidade da mesma — esta não pode ser uma prisão de aplicação obrigatória. Por isso, em uma comissão instituída em São Paulo, com a participação da Procuradoria-Geral de Justiça e da Associação do Ministério Público daquele Estado, nós propusemos alterações no sentido de que, em qualquer hipótese desta prisão anterior, ela só poderá ser decretada ou mantida se houver razões ponderáveis — e há um elenco de razões relativas à defesa da sociedade e da instrução criminal, entre outros. É uma questão de necessidade e conveniência, e a lei deve dispor a respeito destas hipóteses.

Vamos, também, falar um pouco sobre a questão do “domicílio”: o art. 5.º, XI, diz: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Aqui, houve algumas alterações, pequenas, mas de repercussão. Na Constituição anterior, falava-se na possibilidade de se entrar à noite, em caso de crime, e substituiu-se isto por “caso de flagrante delito”. Eu acho que as duas expressões não são a mesma coisa. Eu sustentava que, na vigência da Constituição anterior, não se podia entrar em casa, à noite, para reprimir uma contravenção, mesmo que ela estivesse sendo praticada, porque a Constituição Federal referia-se apenas a crime, e a lei distingue, expressamente, crime de contravenção. E não se podia dar à palavra “crime”, da Constituição, uma conotação mais abrangente, genérica, porque, neste caso, restringir-se-ia um direito individual, e não se permite a interpretação restritiva de normas constitucionais, com relação aos direitos individuais. Portanto, eu sustentava que não se podia entrar em uma casa, à noite, mesmo que uma contravenção estivesse ali sendo praticada, de acordo com a Constituição anterior. Entretanto, agora, isto é possível, porque se fala em “caso de flagrante delito”, por crime ou contravenção. Portanto, agora, não há dúvida de que é possível entrar em uma residência, à noite, caso ali esteja sendo praticada uma contravenção.

Por outro lado, na Constituição anterior, falava-se em “caso de crime” e não em flagrante — então, alguns entendiam que era possível entrar em uma casa, à noite, para realizar alguma diligência relativa a um determinado crime; mas este entendimento me parecia incorreto. Agora, a Constituição não deixa dúvidas a respeito, pois fala em “flagrante delito”.

O flagrante delito de que fala a lei abrange o quase-flagrante. Por exemplo, a perseguição de um indivíduo que está indo para casa. Neste caso, é permitido o ingresso de um policial na residência, em perseguição de um indivíduo que tenha cometido crime ou contravenção. Agora, não é possível a hipótese do art. 302, IV, do CPP, que considera flagrante ser encontrado o indivíduo com instrumentos, produtos do crime, logo após o mesmo; o policial não pode alegar ter “encontrado” o suspeito dentro de sua casa, por acaso; ele só poderá penetrar na residência, nesta hipótese, no caso de ter havido perseguição prévia.

Também não há ilicitude em adentrar na casa, em caso de desastre, a que a lei se refere expressamente, e em outros casos que excluem a ilicitude: estado de necessidade, legítima defesa, etc. Por exemplo, se alguém entrar em casa alheia, à noite, porque está sendo perseguido por um indivíduo que pretende matá-lo, este é um caso de estado de necessidade; no caso de entrar na residência para se defender legitimamente de alguém, não haverá o crime de violação de domicílio.

Durante o dia, a situação mudou bastante: só com determinação judicial é permitido ingressar em domicílio para diligências. É necessário, portanto, mandado judicial, e não mais mandado de autoridade administrativa, ou a presença de autoridade policial. Em São Paulo, as autoridades policiais já estão providenciando, nestes casos, os mandados judiciais. Parece-me que aqui no rio Grande do Sul já há uma recomendação ou um provimento da Corregedoria-Geral de Justiça neste sentido, sendo que, mais uma vez, este Estado está a frente.

Esta determinação, com relação ao mandado judicial, só se refere a casa e não a estabelecimentos comerciais, industriais, de serviços, etc. Nestes casos, a autoridade policial pode ingressar durante o dia, com as cautelas legais, para buscas, apreensões, etc. E, para tanto, basta a ordem de autoridade administrativa. Evidentemente, nos crimes permanentes, é possível a entrada a qualquer momento, inclusive à noite; é o caso de ter em casa maconha, máquina para fazer dinheiro, ter em casa a vítima de seqüestro — em todos estes casos, um crime está sendo cometido, e, a qualquer momento, o ingresso da polícia pode se realizar, mesmo sem o mandado judicial.

O problema também existe com relação à correspondência e às comunicações. O art. 5.º, XII, da CF, diz: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instru-

ção processual penal”. Quer dizer que a correspondência, as comunicações telegráficas e de dados, são absolutas em termos constitucionais. Somente as comunicações telefônicas podem ser interrompidas ou violadas, com a devida autorização judicial. Estes dispositivos revogam, em parte, o art. 240, § 1.º, *f*, do CPP, que trata da busca e apreensão, quando fala: “apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato”. A apreensão destas cartas fechadas destinadas ao acusado, ao que me parece, não é mais permitida. O art. 63, II, da Lei de Falências, também foi revogado, pois estabelece que “cumprido ao síndico receber a correspondência dirigida ao falido, abri-la em presença deste ou de pessoa por ele designada, e fazer a entrega daquela que não se referir a assunto de interesse da massa”. E, aqui, eu estou provocando um pouco o MP para saber a repercussão destas novas medidas. Eu acredito que haverá argumentos contrários a esta minha argumentação. Segundo meu entendimento, somente com o consentimento do destinatário, as correspondências poderão ser interceptadas, lidas, etc. O novo dispositivo constitucional é mais claro que o anterior, porque faz ressalvas quanto às comunicações telefônicas e não as faz com relação às outras, considerando-as absolutas demais. Evidentemente, pode haver justa causa para a violação de correspondência; por exemplo, o pai em relação ao filho menor (é um caso de exercício do pátrio poder, exercício de direito, etc.).

As interceptações telefônicas, por ordem judicial, nos casos em que a lei estabelecer, são possíveis. Há uma lei que já permite isto: o art. 57, II, *e*, da Lei 4.117. Ela diz que isto é possível, mas não especifica os casos em que há esta possibilidade. Faz-se necessário uma lei que preveja as hipóteses para a interceptação telefônica. E aqui vai uma pergunta: Esta interceptação telefônica determinada pelo juiz só é permitida para os casos que envolvam o Processo Penal, ou o Processo Civil também está aqui incluído? A mim, parece que o mesmo vale para o Processo Civil, já que a lei não faz restrição, desde que haja mandado judicial ou ordem judicial. Se as provas forem obtidas, desobedecendo estas regulamentações, serão provas ilícitas. E, agora, pela própria Constituição, elas não são admissíveis em juízo — a própria Constituição prevê a inadmissibilidade das provas adquiridas ilicitamente.

Outro assunto, que diz respeito à mulher: art. 5.º, I da CF: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”; art. 226, § 5.º da CF: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Agora, não há dúvidas: está revogado o art. 35 do CPP, que dizia: “a mulher casada não poderá exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, salvo quando estiver dele separada, ou quando a queixa for contra ele”. Eu já entendia que, desde o “Estatuto da Mulher Casada”, que alterou o art. 242 do CPP, este dispositivo já estava revogado e não deveria mais ter vigência,

mas a jurisprudência majoritária entendia de forma contrária. Agora, porém, está evidente a igualdade de direitos entre o homem e a mulher — especificamente, o sexo não acarreta nenhuma diferença de direitos. Se o homem pode oferecer queixa-crime sem a autorização da mulher, a mulher, reciprocamente, também poderá fazê-lo.

Com relação ao júri, o art. 5.º, XXXVIII, da CF diz: “É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Há vários pontos, portanto, a analisar. Em primeiro lugar, é importante destacar que a soberania dos veredictos volta a ter dignidade constitucional.

A competência para julgar os crimes dolosos contra a vida é a competência mínima do Tribunal do júri; a lei pode incluir outros delitos. A Constituição Federal revogada dava competência taxativa: agora, é possível criar o Júri de imprensa, ou de Economia Popular, etc.

Diante da expressão “soberania dos veredictos”, parece-me que fica afastada a posição, que é minoritária, pelo que me consta, de que as matérias legislativas qualificadoras são matérias de fixação da pena, cabendo ao Juiz-Presidente apreciá-las, e não aos jurados. Nos termos do art. 484, IV, do CPP, o Juiz deve elaborar quesitos sobre estas matérias e, havendo decisão dos jurados a respeito da existência das mesmas, a soberania impede que o Juiz não a considere.

Eu gostaria de fazer algumas críticas agora à Constituição Federal, com relação a três incisos. Eu vou lê-los e, após, comentá-los: “Art. 5.º — (...) “XLII — a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei; “XLIII — a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; “XLIV — constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

Estes dispositivos, a meu ver, fazem parte daquilo que o Prof. Reale Jr. chama de “totalitarismo normativo”. Em primeiro lugar, eles contrariam a melhor doutrina, acumulam impropriedades, dificultam a interpretação e, em parte, são inócuos, no sentido prático. Segundo a doutrina, não deve haver imprescritibilidade, ressalvados os crimes contra a humanidade (estes mereceriam uma atenção única); não deve haver nenhum crime que seja imprescritível. Um homem que pratica um crime, depois de 40 ou 50 anos, não é mais o mesmo homem. Ele pode ter tido 40 ou 50 anos de uma vida perfeitamente normal. Não é possível sujeitá-lo a uma ação penal por um fato ocorrido há 50 anos atrás. Toda a doutrina apresenta este entendimento. A lei se refere a alguns crimes, mas há crimes ainda mais gra-

ves que não estão na Constituição — claro que o racismo é um crime grave, porém, um pessoa negar hospedagem em um hotel por motivos de discriminação racial, p. ex., é um crime muito menos grave do que matar para roubar. Ora, o latrocínio é prescritível, e o crime relativo à discriminação racial, que têm uma pena de curta duração, é imprescritível. Isto gera um verdadeiro absurdo jurídico, um contra-senso.

Com relação à fiança, esta matéria deve ficar reservada à lei processual. Dizer o que é afiançável e o que é inafiançável não é um problema constitucional, a Constituição deve apenas instituir a fiança. Por falar nisso, o legislador federal elaborou uma lei que modificou dois artigos do Código de Processo Penal, um deles sobre a fiança. Um destes artigos estabelecia que o valor da fiança seria determinada, tendo em vista o salário mínimo de referência. Porém, com a nova Constituição, não há mais salário mínimo de referência. Não sei, portanto, como esta questão está sendo solucionada, na prática.

Além disso, a denominação “crimes hediondos” é um absurdo — a lei deverá especificá-los e, a meu ver, nunca conseguirá fazê-lo, porque o conceito de “hediondo” é muito relativo.

Outra observação a ser feita é que a Constituição proíbe a fiança, nestes casos, mas não proíbe a liberdade provisória sem a fiança; ou seja, este dispositivo acaba por se tornar inócuo, sendo que a lei processual poderá contorná-lo perfeitamente.

A Constituição Federal estabelece quais são os crimes insuscetíveis de graça ou anistia, de acordo com o art. 5.º, XLIII. Porém, esta mesma Constituição não fala na graça, fala apenas na anistia, no indulto e em comutação de penas. Na verdade, ela quis se referir a indulto individual. Além disso, este mesmo dispositivo se refere ao mandante, ao executor, e àquele que pratica o crime por omissão — e quanto aos outros? Por exemplo, o partícipe de um crime de terrorismo, que fabrica a bomba, não será atingido por este dispositivo? De acordo com o art. 29 do CP, todos aqueles que têm alguma participação no crime responderão pelo mesmo. Portanto, não é necessário mencionar aquele que pratica o crime por omissão, o executor, etc. Ao meu ver, a Constituição foi específica e detalhista demais neste ponto.

Eu recebi uma circular de um deputado que apresentou o projeto destes dois dispositivos — e ele foi meu colega de turma na faculdade. Ele estava apresentando aquilo como uma obra notável, e, a meu ver, são os artigos mais criticáveis da Constituição Federal.

Prezados membros desta mesa, srs. estudantes, autoridades: seriam estes alguns pontos que eu julguei importante trazer à consideração de todos, ensejando uma discussão. Além disto, é fundamental a reflexão com relação às leis complementares à Constituição Federal que deverão ser elaboradas, com relação à Constituição Estadual, e com relação às demais leis ordinárias, inclusive de âmbito estadual, de Direito Penal e Direito

Processual Penal. É necessária muita cautela na elaboração destas leis, que são muito importantes, porque se referem à liberdade do cidadão e, portanto, merecem uma atenção toda especial. Faço um apelo para que, no momento da elaboração, haja um grande cuidado na forma de expor as idéias do legislador.

Muito obrigado pela atenção.

## Perguntas

Dr. Boschi:

Gostaria de encaminhar duas questões ao nosso conferencista, o professor Mirabete.

A primeira delas diz respeito à questão da obrigatoriedade da ação penal. Nós tivemos, no país, a experiência, ao tempo em que os Estados legislavam a respeito de matéria processual penal, como regra absoluta, em todos os Estados da Federação, o princípio expresso da obrigatoriedade. Todos os países de língua latina, menos a França, adotam, em suas legislações, o princípio da obrigatoriedade; se não me engano, parece que a Venezuela também não adota este princípio, ao lado da França. Em função desta tendência histórica dos países de língua latina, e, notadamente, desta tendência nos Estados do país, no Brasil como um todo, não seria uma contradição sustentar que, em face do art. 98, I, da CF que prevê a transação, esta situação entraria em rota de colisão com a tendência histórica acima referida?

Em segundo lugar, eu tive a feliz oportunidade, juntamente com o colega Giacomuzi, que aqui está, e com o eminente colega e amigo Araldo, de fazer parte, em Brasília, ao tempo da Constituinte, de uma mesa-redonda com a Associação Nacional de Magistrados e com a Ordem dos Advogados do Brasil, justamente quando se tentava encaminhar uma proposta conjunta, naqueles pontos comuns, à Constituinte. E lembro que este dispositivo do art. 98, I, da CF, foi justamente um dos assuntos desta mesa-redonda. A mim, a possibilidade de transação parece estar voltada mais para as questões cíveis, porque estas são essencialmente disponíveis. Eu não consigo admitir, nem imaginar, a hipótese de transação, de disposição, de negociação em matéria penal, em função, exatamente, do interesse público. Tendo em vista o retrospecto das legislações e esta possibilidade de dispor sobre matéria pública, como colocar esta possibilidade de transação, em matéria penal?

Outro ponto de discussão desta mesa-redonda diz respeito ao recurso de ofício do Juiz. A nova Constituição, ao instituir o monopólio da ação penal pública privativa do MP, teria vedado, por via de consequência, o impulso do Magistrado? Este impulso se caracteriza não só pelo desencadeamento da persecução via portaria, nos procedimentos judiciariformes, já que podemos considerar persecução quando o Juiz, absolvendo um de-

terminado réu em um crime de economia popular, por exemplo, recorre *ex officio* e obtém a modificação da decisão no próprio Tribunal. Esta tese, eu acolhi e passei a defender na Câmara onde atuo. Em função dela, já que estou diante do maior especialista em matéria de execução penal, gostaria de indagar se ela não estaria também possibilitando uma interpretação que conduz à revogação do procedimento *ex officio* na execução penal.

## Resposta

Confesso que eu também me sinto muito cauteloso com relação ao problema da transação. Eu acho que, na transação, alguém sai perdendo — pode ser o Estado. No anteprojeto de Frederico Marques e no Código de Processo Penal Italiano, a transação assumiu um espaço bem delimitado; uma de suas funções consiste em abreviar o processo. Com relação à questão da pena a ser aplicada, eu considero que a questão mais perigosa e delicada é o caso, p. ex., do agente que teve uma pena mais suave, devido ao fato de haver confessado. Mas, aqui, há uma vantagem relativa à dificuldade de se obter a prova. A meu ver, o que importa não é a quantidade da pena, mas a certeza da punição. No caso, o indivíduo não será isento de pena; a ele recairá uma sanção penal. Então, não haverá malefícios consideráveis.

Embora, em tese, eu considere a transação perigosa, se ela ficar delimitada a estes dois aspectos que, como eu disse, estavam no projeto, haveria algumas vantagens. A minha preocupação é no sentido de que os Estados não saibam administrar bem esta possibilidade de transação, que poderá ultrapassar os limites desejáveis, prejudicando a repressão penal. É difícil determinar, ao âmbito estadual, quais as infrações de menor potencial ofensivo. Neste aspecto, a transação me parece muito perigosa.

Com relação ao recurso de ofício, esta também é uma questão que me preocupa. O recurso de ofício, relativo ao impulso do Juiz, é permitido pela nova Constituição, ou não? Eu ainda não cheguei a uma conclusão, mas creio que o recurso de ofício seja desnecessário. Acho que, enquanto não houver uma revogação por lei, porém, não podemos estender tanto o princípio da ação penal pública privativa do MP. Mas eu respeito esta orientação e a considero produtiva. O recurso de ofício, a meu ver, não tem muito sentido, e a orientação jurisprudencial apresenta este entendimento. Seria necessária a criação de uma lei que resolvesse de uma vez por todas esta questão, de forma completa.

Há outro ponto que me parece discutível: o art. 384 do CPP, relativo a possibilidade de nova definição jurídica do fato que importe aplicação de pena mais grave, o que permite ao Juiz abaixar o processo, ao meu ver; não concede a ele o poder de condenar o réu, apesar do não-aditamento, por parte do MP. Não é possível condenar por motivos que não foram le-



vantados pelo MP. Neste caso, aplica-se o princípio de exclusividade da ação penal pública por parte do MP. O juiz não pode acusar alguém de algo que não está contido na denúncia proveniente do MP. Em relação a este artigo, portanto, podemos encontrar um problema de inconstitucionalidade, ou de revogação.

Com relação ao processo de execução, acredito que estes procedimentos do Juiz se referem ao julgamento, apenas. Para evitar qualquer discordância, porém, deveria haver uma mudança na legislação, que determinasse a necessidade de pedir petição ao MP para iniciar a execução. E, na verdade, o processo de execução é um prolongamento penal condenatório. Somente em relação à execução da pena de multa forma-se, realmente, um processo autônomo. Como no caso do prolongamento do processo penal condenatório este foi iniciado pelo MP, esta situação deve ser mantida, na fase de execução, o que afastaria a hipótese de revogação destes dispositivos, segundo minha opinião.