

ANOTAÇÕES SOBRE ALGUNS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS ESPECIAIS (*)

J. R. FRANCO DA FONSECA

(Do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP.)

1. PROCESSO E PROCEDIMENTO

Entre os modernos processualistas, é geralmente admitido que o processo pode ser considerado sob dois pontos de vista: em primeiro lugar, em seu aspecto de sucessão lógica e cronológica dos atos que se inserem na atividade judiciária, entendido como **procedimento**; em segundo lugar, sob o aspecto de sua natureza intrínseca, considerado como **relação jurídica** (Schoenke, "Der. Proc. Civil", págs. 13 e 16; Tornaghi, "Processo Penal", vol. I, págs. 45 e 46).

(*) *N.R.* Os comentários deste artigo referem-se ao Anteprojeto de Código de Processo Penal, publicado para recebimento de sugestões no *Diário Oficial* de 10 de maio de 1974 (suplemento ao n.º 88). O projeto de Código de Processo Penal (texto modificado) foi encaminhado à deliberação do Congresso Nacional, em 10 de julho de 1975.

Do ponto de vista do primeiro dos referidos aspectos, fala-se em rito procedimental, para referir-se ao modo e forma de sucessão dos atos constitutivos da atividade judiciária no tempo, quer lógica, quer cronologicamente.

2. O PROCESSO DE CONHECIMENTO E SUAS FORMAS PROCEDIMENTAIS

O artigo 244 do Anteprojeto de Código de Processo Penal, publicado pela Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça, dispõe que "salvo os processos especiais estabelecidos por este Código, aplicar-se-á a todas as causas o procedimento comum".

Acrescenta o artigo 245 do mesmo documento: "O procedimento comum é ordinário e sumário; ordinário, quando tiver por objeto crime punido com pena de reclusão; sumário, quando o crime for punido com pena de detenção."

O procedimento ordinário vem regulado no título II do livro IV do Anteprojeto.

O livro V ("do procedimento sumário") vem dividido em dois títulos: O "do procedimento sumário comum" e o "do procedimento sumário da ação penal privada".

Inovação interessante, nessa matéria, tinha sido introduzida pelo Anteprojeto de autoria do Professor José Frederico Marques, cujo artigo 644 previa, no rito chamado sumário, a possibilidade da execução antecipada e voluntária da pena pecuniária. Tão logo tivesse o acusado conhecimento da imputação a ele feita, poderia antecipar-se ao processo, à produção da prova e à formulação da sentença, pagando antecipadamente a pena pecuniária à qual seria condenado, dando lugar, com isso, à extinção da punibilidade, pela perempção.

Sem dúvida, essa possibilidade de extinguirem-se processos de forma assim sumária, inspirada no procedimento anglo-saxônico do juizado de instrução, quando ao réu fosse permitido que, desde logo, se confessasse culpado, pondo fim, dessa maneira, à relação processual, viria ser de inegável benefício no sentido de reduzir o número de casos ocorrentes nas comarcas ao estritamente necessário do ponto de vista probatório, de exame, e de formulação de provas. Extinguir-se-iam, desde logo, aqueles intermináveis processos que, a partir da primeira peça, se evidenciassem dispensáveis e desnecessários, quer porque o réu já no interrogatório tivesse confessado a imputação a ele feita, quer porque já se percebesse que as provas colhidas no inquérito demonstrassem, à saciedade, a prática do crime.

Nessas hipóteses, em crimes de pequena gravidade, poderia o acusado pôr termo ao processo sujeitando-se à multa a ele cominada no Código Penal, dando lugar assim à perempção, com relação à qual se ressalvavam apenas,

no artigo seguinte do Anteprojeto inicial, suas conseqüências no atinente à primariedade do acusado.

O texto do Anteprojeto, mandado publicar pelo Ministério da Justiça, suprimiu tal disposição. Todavia, estranhamente conservou, sem qualquer razão para tanto, a norma do artigo 645, que só existia como conseqüência da criação, pelo Anteprojeto inicial, daquela figura de perempção da instância.

3. PROCEDIMENTOS DE RITO ESPECIAL

3.1 Introdução

O livro VI do Anteprojeto, por seu turno, trata “dos procedimentos especiais”, alguns dos quais vão ser objeto específico das presentes anotações. Esse livro divide-se em seis títulos, a saber: I) procedimento sumaríssimo; II) procedimento especial de exame criminológico; III) procedimento por crime contra a propriedade imaterial; IV) procedimento penal falimentar; V) procedimento dos crimes de competência do júri; VI) ações e procedimentos para a tutela da liberdade.

Cuidaremos, aqui, apenas dos procedimentos previstos nos títulos I, II, III e IV do referido livro VI.

3.2 Rito sumaríssimo

O rito sumaríssimo, regulado nos artigos 652 a 655, é o próprio dos processos relativos a contravenção ou crime em que a pena máxima cominada seja de 1 (um) ano de detenção.

O procedimento adotado pelo Anteprojeto visa à celeridade de decisões em casos de pequena monta, substituindo com vantagem a ação penal *ex officio*, esdruxularia subsistente no Código de Processo Penal vigente, bem como o procedimento por portaria de autoridade policial criado pela legislação extravagante.

A existência dessas figuras no direito positivo vigente vem sendo objeto de antiga e procedente crítica, por parte de teóricos e cientistas, eis que consistem numa subversão completa dos princípios reguladores do nascimento da relação processual penal.

De feito, para que exista um processo e para que seja válido, devem estar presentes todos os pressupostos processuais de existência e validade; ora, o principal dos pressupostos de existência é a jurisdição (o segundo é a existência do pedido ou demanda ou iniciativa da parte, e o terceiro é a existên-

cia de partes). É claro que jurisdição e demanda não são pressupostos que possam identificar-se, superpondo-se num mesmo órgão. Não é possível que o Judiciário, que vai julgar a ação penal e presidir o respectivo processo, seja ele próprio o instaurador da ação penal, o *dominus litis*. Por isso, andou bem o Anteprojeto inicial e igualmente o Anteprojeto do Ministério, recolocando a coisa nos seus devidos lugares, ao adotar nas disposições do texto oficial o princípio *ne procedat iudex ex officio*, ou então *nulla iurisdictio sine actione*.

O órgão do Ministério Público, *dominus litis*, instaura a ação penal. Ao juiz é reservada a tarefa de julgar, quanto aos pressupostos processuais, quanto às condições da ação e quanto ao mérito, essa ação penal instaurada pela parte.

Caracteriza-se esse procedimento sumaríssimo do projeto pela concentração de todos os atos processuais, após a denúncia, numa audiência sumária de instrução e julgamento, em que se procede ao interrogatório do réu e à ouvida das testemunhas, bem como às alegações das partes e à prolação da sentença.

No Anteprojeto do Professor Frederico Marques, esse rito especial, disciplinado no artigo 655 daquele trabalho, caracterizava-se, também, por interessante inovação, consistente em poder o juiz, desde logo, após a apreciação da acusação e da defesa, condenar o acusado, ainda quando ele tivesse negado na sua resposta a imputação que se lhe tivesse feito. Para salvaguarda do direito de liberdade e tutela dos interesses do acusado, assegurava-se ao réu inconformado com a condenação liminar ou sumaríssima o direito de mover ação revocatória, fazendo nascer, nessa hipótese, um procedimento penal de rito ordinário, em que se iriam produzir as provas para averiguação dos fatos com o mesmo cuidado e vagar próprios dos ritos procedimentais do tipo comum.

Parecia interessante a inovação, no que tinha ela de contribuição para a economia do juízo, afastando com condenações sumárias processos que não teriam sentido se prosseguissem por mais tempo, tendo em vista, desde logo, a evidência das provas produzidas.

3.3 Rito do exame criminológico

O Anteprojeto mandado publicar pelo Ministério da Justiça disciplina, nos artigos 656 a 660, a verificação criminológica, trazida como novidade, em matéria probatória, nos artigos 392 a 396 (estes referentes às provas).

Por exame criminológico do indiciado ou acusado entendiam os autores do Anteprojeto uma verificação minuciosa da personalidade e dos antecedentes do paciente, feita por peritos especialmente designados. Essa novidade pro-

batória destinava-se obviamente a fornecer ao juiz elementos para a individualização judiciária da pena, na hipótese de condenação; ou para a indeterminação da mesma. Esses casos referidos são hipótese original e interessante em que o juiz criminal atua, não como historiador, mas como futurólogo. Parecem-me, na verdade, casos únicos em que a tarefa do juiz consiste, não na reconstituição de um fato pretérito a partir dos seus vestígios, mas na previsão (erradamente chamada "presunção") de que o réu não tornará a delinquir, ou tornará a fazê-lo. A previsão, que é o feliz consórcio do cálculo de probabilidade e da intuição, é capacidade divinatória de premonição do futuro. Nessas hipóteses únicas, o juiz não é historiador, mas profeta. Para esse efeito valer-se-á do fato e elementos fornecidos pelo chamado exame criminológico do indiciado ou acusado.

Se este exame vem trazer uma contribuição efetivamente positiva ao procedimento penal, fornecendo ao juiz elementos objetivos, concretos, isto é, o cálculo, ao qual ele aliará a sua intuição para previsão de que o réu não tornará a delinquir, ou voltará a fazê-lo, por outro lado há um aspecto inconveniente, na instauração desse tipo de prova.

É que, se é bem verdade que essa prova poderá ser realizada com excelentes resultados, em certas capitais, e até em certas grandes cidades do interior de São Paulo, do Rio de Janeiro, de Minas Gerais, do Rio Grande do Sul, de Pernambuco, não sei se nos mais longínquos rincões, nas comarcas do interior, do sertão, poder-se-á encontrar alguém habilitado a fornecer elementos de verificação psicológica e psicossociológica de tal importância, que irão pesar tão relevantemente na formação da convicção do Juiz sobre a personalidade e antecedentes do indiciado.

Trata-se de modalidade de prova pericial, que consistirá (artigo 395) na pesquisa dos precedentes pessoais e familiares do réu, sob o aspecto físico e psíquico moral e ambiental para obtenção de dados reveladores de sua personalidade e do seu estado perigoso. O procedimento especial respectivo desdobra-se em duas fases, uma para verificação da materialidade do crime e da autoria, outra para a aplicação de pena indeterminada ou medida de segurança.

3.4 Rito procedimental relativo aos crimes contra a propriedade imaterial

O procedimento relativo aos crimes contra a propriedade imaterial era versado, no Código de Processo Penal de 1941, nos artigos 524 a 530, caracterizando-se pela existência de pré-requisito para o recebimento da queixa ou denúncia, consistente no exame pericial dos objetos que constituíssem o corpo de delito, realizado preliminarmente através de busca e apreensão.

No Anteprojeto mandado publicar pelo Ministério da Justiça, tal busca e apreensão podem situar-se na fase do inquérito policial, devendo o ofendido

ou o Ministério Público requerer à autoridade que o presida, o exame pericial dos objetos que constituem o corpo de delito e, se o entenderem necessário e conveniente os peritos e a autoridade policial, a busca e apreensão de amostras dos instrumentos e do objeto do crime (artigos 661 e 663). Tal busca e apreensão poderá ser requerida também por ocasião do oferecimento da denúncia ou queixa, instruídas com o inquérito (artigos 662 e 663).

Citado o réu, o procedimento toma a forma do rito ordinário.

3.5 Dos processos relativos ao crime falencial

O Anteprojeto adota a mesma expressão "crime falimentar", que vinha já no Código anterior, a qual é largamente empregada quer no direito material, quer no processual, em que pese a condenação purista de Laudelino Freire, que prefere o vernáculo "falencial" (cfr. Laudelino Freire "Direito falencial e não direito falimentar", in "Revista de Direito Comercial", Rio, 1933, vol. 3.º, pág. 105).

No vigente Código de Processo Penal, esse rito é também especial. Ele pressupõe a existência de um inquérito judicial, instaurado no curso da falência, o qual, posto que tenha o nome de inquérito, na verdade é relação jurídica processual penal. Nas comarcas onde se divide a jurisdição entre a civil e a criminal, essa relação jurídica processual penal, de tipo instrutório, desenvolve-se perante o juízo do civil, da falência, o qual assume as características, nesse momento e para esse inquérito, de juízo penal. Na verdade, trata-se da primeira fase de um processo criminal, fase primeira essa que se desenvolve, como dissemos, nas comarcas em que haja divisão de competência, perante o juiz civil, porém com características de procedimento penal e de procedimento instrutório do tipo acusatório, com contraditoriedade.

O síndico, atualmente, com a sua exposição descrita no artigo 103 da Lei de Falências, oferece uma verdadeira denúncia. Essa acusação, feita pelo síndico no inquérito judicial, é contestada pela defesa do acusado, e dessas duas peças nasce o inquérito judicial, assim chamado impropriamente, como já referimos, sob a presidência do juiz falencial, e que termina ou com o oferecimento da denúncia pelo Promotor Público ou com o arquivamento.

Oferecida a denúncia com base nesse inquérito judicial, onde houve contraditório, defesa, prova produzida pelo síndico, pelo falido e pelo Ministério Público, passam os autos para o juízo criminal, fazendo nascer a segunda fase do procedimento penal falimentar: agora, fase do *judicium causae* — não mais do *judicium accusationis*. Isto é, após o julgamento da admissibilidade da acusação, que é feito pelo juiz falencial no inquérito judicial, instaura-se o julgamento da causa propriamente dita no juízo criminal.

Esse procedimento atual foi substancialmente alterado no Anteprojeto do Prof. J. Frederico Marques.

Começou-se por suprimir o inquérito judicial. Entenderam os autores do Anteprojeto que não tem sentido esse privilégio, resquício de uma fase do liberalismo em que o comerciante, o burguês, logo após o advento da Revolução Francesa, era considerado classe privilegiadíssima, em substituição aos aristocratas e membros do clero, destituídos do poder pela Revolução Francesa. Entenderam os autores do Anteprojeto que esse privilégio de os comerciantes merecerem duas fases de instrução, ao contrário do que ocorre com qualquer outro tipo de criminoso, não tem mais razão de ser.

Conserva-se ainda dupla fase de instrução criminal nos crimes de competência do júri. Mas, aí, trata-se de crimes de suma gravidade, de penas altíssimas e de longa duração: aí, nesses casos, justifica-se que haja um primeiro juízo contraditório, instrutório, presidido por juiz criminal, da admissibilidade da acusação, para, após a pronúncia, fazer-se o julgamento propriamente dito da causa. Mas nos crimes falimentares, aos quais são cominadas penas não tão graves e de não tão longa duração, crimes que se assemelham, pois, aos crimes cometidos pelos criminosos comuns, não é razoável conservar-se — acharam os autores do Anteprojeto — esse privilégio, repito, garantido aos comerciantes.

Instituiu-se, pois, em lugar do inquérito judicial, o mesmo inquérito policial, no qual são sindicados, são investigados todos os criminosos autores de qualquer tipo de crime. Com o ingresso do inquérito policial em juízo, só então o promotor, que tiver atuado na falência, oferece a denúncia.

Outra inovação do Anteprojeto do Código de Processo Penal, no atinente aos crimes falenciais, foi a que permitiu a assistência a qualquer dos credores habilitados.

O atual, o vigente Código de Processo Penal, contém um dispositivo que diz ser possível habilitar-se como assistente o liquidante da falência. Usa o Código de Processo Penal essa expressão — o liquidante — porque foi promulgado numa época em que não tinha vigência a atual Lei de Falências, a qual substituiu a figura do liquidante pela figura do síndico.

Ocorre que o liquidante era, no sistema anterior, representante de todos os credores da massa. O síndico, pelo contrário, não é representante dos credores: o síndico, na vigente Lei de Falências, é delegado do juiz; eventualmente, até um estranho à massa de credores, ele age por delegação do juiz, em nome do juiz e não por delegação ou representação dos credores. Portanto, o síndico, quer nos parecer, está excluído, no vigente Código de Processo Penal, da possibilidade de vir a habilitar-se como assistente nos processos-crimes falimentares, embora haja julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, dando-lhe essa faculdade.

Os credores, esses estão, tanto pela solução uniforme da jurisprudência, como pela lei vigente, excluídos dessa possibilidade.

O Anteprojeto do Prof. Frederico Marques instituiu, como vimos, no artigo 669, a possibilidade de qualquer credor habilitar-se à assistência do Ministério Público nos processos criminais falimentares. A meu ver, isto não constitui boa técnica, por várias razões.

A primeira delas consiste em que, em regra, pode ser assistente do Ministério Público só o ofendido ou o seu representante legal. Ora, quem é o sujeito passivo dos crimes falimentares? Não são os credores; tanto assim que pode haver crimes falimentares — e são todos aqueles do artigo 186 da Lei de Falências — em que se dispensa a existência de dano ou prejuízo. Trata-se de crime de mero perigo, perigo coletivo, não para a coletividade de credores, mas para certos princípios que sofrem a violação com a prática do crime, como a boa-fé no comércio, a garantia do crédito, a segurança do crédito; o interesse de desenvolvimento econômico da comunidade. Esses são princípios que são violados pelo crime.

Não é o crime falimentar a única, a excepcional figura que se apresenta assim sem um sujeito passivo individualizado: o ultraje a cadáver, por exemplo, como vem tipificado no Código Penal, tem como sujeito passivo, não o cadáver, é evidente, porque não é mais pessoa, nem sequer a família do cadáver, que pode até não ter mais interesse nenhum ou nunca ter tido interesse em que se respeite o morto; o violado é um princípio, da comunidade, de respeito aos mortos.

Não há, pois, a identificação, a individualização ou a personalização do sujeito passivo. São os crimes que os alemães chamam de "delitos vagos".

O crime falimentar é típico delito vago, que não tem sujeito passivo determinado que possa ser individuado, mas que viola princípios necessários para a existência e a sobrevivência de uma comunidade social. Ora, em sendo assim, por que poderem habilitar-se os credores, que não são sujeito passivo do crime, que não são as vítimas do crime, como assistentes do Ministério Público? Por isso entendemos que já a orientação do Tribunal de Justiça de São Paulo, que possibilitava ao síndico a habilitação, era uma liberalidade; muito maior essa liberalidade permitida pelo Anteprojeto — de que se habilitem como assistentes os credores ou qualquer deles.

O Anteprojeto mandado publicar pelo Ministério da Justiça reproduz, no artigo 669, a disposição referente à legitimidade de qualquer credor habilitado para intervir como assistente do Ministério Público.

Por outro lado, ao invés de inquérito policial (como alvitrado no Anteprojeto inicial) e ao invés de "inquérito" judicial contraditório, o Anteprojeto optou por "investigação sumária" presidida pelo juiz da falência, a pedido do Ministério Público, para instruir a denúncia. O que não impedirá a instauração também de inquérito policial, como se depreende do disposto no § 2º do artigo 674.