

«O BOLERO DO REVEL»

(PRIMEIRO MOVIMENTO)

DIAULAS COSTA RIBEIRO¹

LISBOA, VERÃO DE 1996. Somente agora chegou ao meu conhecimento a aprovação da lei que tratou da suspensão dos processos criminais e do prazo prescricional nos casos de *ausência* dos acusados (Lei 9.271/96). Sabia, contudo, que a mudança estava inserida num pacote de propostas com soluções úteis e bastante simplórias, como o fim do protesto por novo júri, e que durante alguns anos transitou por gabinetes e pelo Diário Oficial. O incrível é que, do conjunto, foi isolada e aprovada uma medida diametralmente contrária ao Programa Nacional de Defesa dos Direitos Humanos divulgado no mesmo mês de maio, voltado para o combate à impunidade.

Há muito se cobrava a reforma do Tribunal do Júri, retirando-lhe formalismos antiquados que acabaram por transformá-lo num aliado da violência. Esse tribunal, com competência para julgar o crime que mais agride a sociedade, o homicídio, é incapaz de fazer o mínimo de justiça. Digo justiça e corrijo-me. É incapaz de julgar. Admitindo-se uma hipotética greve dos homicidas a partir de hoje, na maioria das cidades de porte médio acima, o julgamento do último caso já existente ocorreria, no mínimo, daqui a 10 anos, no ano 2006 d.C. Como é impossível realizar um julgamento diariamente - a média não costuma passar de 3 por semana - é só fazer as contas, considerando ainda que o ano tem cinquenta e duas semanas e em um quinto delas não há expediente forense. A conclusão é que um Tribunal julga, em média, 120 processos por ano. No Distrito Federal, a média foi de 550 homicídios nos quatro primeiros anos desta década. Hoje são vários tribunais funcionando, mas ainda há milhares de resquícios do tempo em que era só um. No Rio de Janeiro, conforme recente matéria jornalística publicada aqui, são assassinadas cerca de 700 pessoas por mês, o que foi motivo de comemoração por parte do Secretário de Segurança. Antes eram mais. Lá também há vários tribunais. Mas se o caso Daniela Perez, com réus presos, já é histórico, imagine os anônimos.

Certo que essa paralisação não vai acontecer, é fácil concluir que o Tribunal do Júri, como está, é uma imposição que se mantém envelhecida sob o rótulo populista de justiça democrática. A sua inaptidão está ligada aos números do último relatório da Anistia Internacional sobre linchamentos e execuções no Brasil, evidenciando uma acen-

tuada inclinação à justiça privada para os homicidas, o que era previsível. Como em todos os segmentos sociais, também aqui está havendo uma substituição do Estado inútil. Se aplicarmos as regras do Banco Mundial para a privatização de empresas estatais, o sistema denominado pela Constituição de "Justiça Pública" preenche todos os requisitos para ser desestatizado. Em outras palavras, pela eficiência, satisfação do usuário, custo-benefício e utilidade, dentre outros, a Justiça seria a primeira a ser excluída do setor público. A diferença é que não haveria multidões tentando impedir o seu leilão. E tudo isso porque lhe faltam instrumentos legais, atuais e eficazes, compatíveis com uma criminalidade meio século mais nova do que o Código, cu-

jas reformas sempre começaram excepcionando um instituto insubstituível aqui, outro ali, e no final das contas, preservou-se todos e não se mudou nada. Agora mudou. Para pior. Numa comparação acessível ao leitor leigo, a solução retirou os processos da mesa do juiz para colocá-los sob o tapete.

Se aplicarmos as regras do Banco Mundial para a privatização de empresas estatais, o sistema denominado pela Constituição de "Justiça Pública" preenche todos os requisitos para ser desestatizado.

Para modernizar o sistema judicial brasileiro é preciso trocar os agentes de influência daqueles que fazem e aplicam a lei. Não adianta Deputados e Senadores novos, Juizes e Promotores modernos se os seus mentores são do tempo em que se faziam leis em tábuas. Outros, mais modernos, ainda continuam defendendo teses da Constituição Italiana e dos Códigos de Alfredo Rocco, sem alertar a sociedade brasileira que todos esses instrumentos foram produzidos pelo fascismo. Chega a ser incoerente que os órgãos de defesa do consumidor se preocupem com o processo de fabricação de salsichas, e que ninguém se preocupe em saber como foram feitas as leis que nós importamos e consumimos. Disso é exemplo corriqueiro a denominada obrigatoriedade da ação penal, que o Brasil aplica sem saber o porquê. A fonte inspiradora é o artigo 112 da Constituição Fascista Italiana que quis, com esse instrumento, assegurar o processo de todos os inimigos do regime. A novidade foi apresentada por Francisco Campos, Ministro da Justiça de Getúlio Vargas e autor da Constituição «Polaca», não havendo uma razão científica para a medida, mas uma equivalência ideológica incompatível com a Constituição Cidadã.

Uma das mudanças que se pretendia para o CPP era o julgamento pelo Tribunal do Júri sem a presença



do acusado, há muito reclamada para os crimes inafiançáveis (basicamente o homicídio). Com o acusado foragido, independentemente da fase, o processo de homicídio para após a pronúncia. Obstaculizava-se o julgamento em plenário mas não se impedia a instrução. O que se esperava de uma reforma era a permissão para o julgamento sem o acusado, quer estivesse *ausente* ou *revel*. Havia até um acórdão do STJ, relatado pelo Min. Luiz Vicente Cernichiaro² e publicado em 10 de outubro de 1994, em que se decidiu, mesmo incidentemente, que o julgamento sem o acusado decorria da Constituição de 1988. O acusado, afirmou-se, não precisava colaborar com o Ministério Público, comparecendo. Simplesmente arcaria com as consequências da omissão, «já que a lei não compactua com sua malícia para evitar o julgamento».

Só que a Lei 9.271/96 estendeu essa proibição a todos os processos contra *ausentes*, assim entendido o acusado citado por edital que não comparece e nem indica defensor. Agora, independentemente do tipo penal, haverá a suspensão do processo após o recebimento da denúncia, enquanto não ocorrer a sua apresentação, espontânea ou forçada (preso). Para as demais hipóteses, a sua falta é resolvida com a *revelia* já conhecida, prosseguindo-se até o julgamento final sem ele. Apenas para esclarecer, considero *revel* o acusado que, citado pessoalmente, não comparece ou abandona a ação penal; nos dois casos sem indicar advogado para acompanhar o feito.

A novidade não quantificou, mesmo de forma superficial, os resultados práticos. A experiência demonstra que o criminoso foge logo após o fato (numa linguagem comum diz-se até “*fugir do flagrante*”) e não no curso do processo. A sua lógica é maior do que a do legislador e a liberdade provisória é uma regra deturpada que qualquer um tem ou adquire consciência. É medianamente sabido que indo ao juízo, sempre que intimado, terá direito a responder até mesmo aos recursos constitucionais em liberdade. Desta forma, se houver disposição para a fuga, com certeza será fuga da execução e não da ação penal. Com a demora da Justiça, seja quem for o criminoso, terá ele muito tempo a esperar. Logo, fugir por quê? Os que fogem são os que “não têm nada a ganhar com o processo” e “nem a perder com a fuga”. Para estes é que sempre se reclamou mudanças na lei.

A realização do julgamento sem o acusado não desestimula a *ausência* e nem a *revelia*, como é irrelevante a suspensão do curso do prazo prescricional. Para quem passou 20 anos foragido não há diferença em voltar ou não e quem foge não o faz para aguardar a prescrição. Mesmo assim, indago: - Será que algum Promotor, algum Juiz ou algum Jurado terá condições de instruir e julgar um processo 20 anos depois do fato? Será que alguma testemunha vai lembrar com segurança de um episódio passado há tanto tempo? Se alguém acha que sim, responda sem consulta: - Quantos Deputados foram cassados pela Câmara no caso

do Orçamento? Quais foram? Quais foram os 8 primeiros Deputados Federais eleitos por Brasília em 1900 e...? Quais foram os Presidentes da República nos últimos 20 anos? Quais os nomes, em ordem cronológica, das moedas brasileiras dos últimos 10 anos? Quem matou Odete Roithman? Em que ano morreu Tancredo Neves? E Albino Luciani? Ainda se lembra dele? Quais foram os anos da posse e do afastamento do ex-presidente Collor?

Nenhum desses fatos tem mais de 20 anos e todos eles, de uma forma ou de outra, passaram pela vida dos brasileiros. Nenhum deles é de fácil lembrança, tenha 2 ou 17 anos, e sua diversidade é tão grande quanto o tipo de indagação que se faz a uma testemunha, como cores, fisionomias, horários, dias da semana, posições etc... Quem se esqueceu de uma data, esqueceu de um detalhe, mas quem garante que no mesmo caminho de um detalhe desses não foi uma informação relevante? O Júri, especialmente, tem uma tradição teatral que não dispensa os atores e nem perdoa os que esquecem os seus papéis. Também não gosta de peças lidas e nem de leitura de peças. De resto, vamos julgar as dúvidas. E «*in dubio pro reu*»!

O Júri, especialmente, tem uma tradição teatral que não dispensa os atores e nem perdoa os que esquecem os seus papéis.

Inúmeros países signatários das Convenções Européia e Americana dos Direitos do Homem, para contestar a exposição de motivos que introduziu essa medida, encontraram soluções que conciliam direitos humanos, processo penal e intolerância com a impunidade. Não discuto a necessidade de preservar os sagrados direitos dos processados, mas o Tribunal Europeu dos Direitos do Ho-

mem não entende que os julgamentos do ausente e do revel sejam atentatórios ao artigo 6.º da Convenção, desde que assegurada a devida defesa. Apenas a ausência ou a revelia provocadas contra a vontade do acusado têm relevância. Se ele não responde à citação porque está preso - sendo esse fato conhecido - é um argumento relevante para o Tribunal e que o Brasil já consagrou há muito. Diferentemente, se ele não compareceu porque optou pela fuga. Mas beneficiar-se da própria torpeza é uma proibição tão antiga quanto a história do homem e obviamente do Direito. E que não tem nada a ver com o direitos humanos.

A inovação invocou ainda o aval do Código de Processo Penal Alemão, repetindo o hábito fácil de buscar paradigma em países importantes, tomando-se-lhes idéias emprestadas pela metade, como se tudo o que foi “bom” para a Alemanha fosse bom para o Brasil. Esqueceu-se que o Direito, no dizer de Aristóteles, não é como o fogo, que queima na Pérsia como na Grécia. E apesar da referência alemã, adotou-se mesmo foi o modelo do Código de Processo Penal de Santa Fé, província Argentina. Por curioso, repetiu-se a trilha de uma outra “solução” nascida na Alemanha, envelhecida na Argentina e enterrada no Brasil: Joseph Mengele, o mais notável *Nichterscheinender*³ que se tem notícia.

Aqui em Portugal já se cometeu esse equívoco, e não tem muito tempo, proibindo o julgamento sem a presença do *arguido*. E mesmo com o instituto da contumácia, um espécie de “morte civil” do foragido (CPPPortuguês, artigos 336/37), aplicada simultaneamente à decretação da sua prisão preventiva, não se conseguiu resultados satisfatórios. Milhares de feitos foram paralisados na denúncia. Recentemente foi sancionada a lei que acabou com essa trapalhada que o Brasil implantou com o argumento de modernidade. O absurdo entre nós é tão grande que o mínimo que se esperava é que a prisão preventiva fosse compulsória para o ausente. Pois nem isso foi feito. O novo artigo 366 do CPP fala em prisão preventiva «se for o caso». Como a Constituição só permite a prisão em flagrante e por ordem judicial, o legislador admitiu a possibilidade do ausente não ser molestado e nem processado. Faltou instituir o «convite» para se ver processar sob pena de ... «nada». É a *annihilation* ou a aniquilação do poder repressivo do Estado.

O complemento para esse ignomínia veio com a manipulação da prescrição. A suspensão do seu prazo foi uma subversão que transformou o instituto numa via de mão dupla. É um discurso feito para agradar quando o tema é o fim da impunidade. Flui fácil e parece sério. E, como a pena de morte, haverá sempre alguém para ouvir, concordar e apoiar. Mas nisso não há nada de científico. A prescrição é uma sanção a ser aplicada ao Estado e não aos criminosos. É uma limitação que se lhe impôs para equilibrar o poder de punir. Como o Estado não consegue punir por pura desídia, aproveitou-se do seu *jus imperii* para devolver ao criminoso essa sanção.

O absurdo entre nós é tão grande que o mínimo que se esperava é que a prisão preventiva fosse compulsória para o ausente.

Além dessa subversão, a lei tem erros grosseiros, inconcebíveis até no ambiente escolar. Havia até aqui duas incidências no curso do prazo da prescrição: As causas interruptivas (C.P. art. 117) e as causas prejudiciais ou impeditivas (C.P. art. 116). Havia também a *imunidade prescricional* do artigo 5.º, incisos XLII e XLIV da Constituição. Mas não havia causas suspensivas porque a suspensão é um instituto tipicamente processual e não material. Tanto que a própria lei trata da «suspensão do processo» e o «curso do prazo prescricional». Há, ainda, várias perguntas que ela poderia ter respondido sem qualquer dificuldade: - Serão suspensos os processos e os prazos prescricionais de crimes praticados antes da sua vigência? Nos atos processuais, regidos pela lei do seu tempo, não há dúvida que haverá suspensão. - E a prescrição?

- Como é sabido, a prescrição tem um duplo enfoque. Tem natureza penal e processual. Entre nós é causa extintiva da punibilidade prevista no Código Penal, onde estão também as causas impeditivas e interruptivas do prazo. O anterior Código Penal Francês (*Napoleônico de 1810*) deixava a questão em aberto, suscitando dúvidas por quase dois séculos. Com o novo Código, em vigência desde 1994, a prescrição foi classificada expressamente como instituto penal (*Art.112-2*) e uma lei que aumentar prazos

prescricionais estará sujeita à irretroatividade, como qualquer lei penal gravosa, o que não ocorreria se fosse entendida como questão processual. Fica por saber, no caso brasileiro, até que ponto a associação de um instituto processual (a suspensão) à prescrição não descaracterizou a sua natureza jurídica.

Prosseguindo com a resposta, indago se a suspensão do prazo prescricional equivalerá ao aumento desse prazo. Como equivale, a resposta à pergunta posta é não. Não haverá suspensão de prazos prescricionais dos crimes cometidos antes de 17 de junho de 1996. O dueto da lei - suspensão do processo, suspensão da prescrição - já desafiou. Suspende-se-ão os processos. A prescrição não.

Para indicar apenas mais uma dúvida, pergunto se no sistema da Constituição e considerando que a prescrição é uma sanção para ser imposta ao Estado, o legislador poderia instituir um mecanismo que transfere as consequências da desídia Estatal para o criminoso. Entendo que o único limite temporal que essa suspensão estará sujeita será a morte do acusado, o que equivale, no resultado, ao aumento das hipóteses de imunidade, podendo haver uma inconstitucionalidade na aplicação da lei.

A suspensão do prazo prescricional tem, como concepção jurídica, extrema semelhança com a concordata preventiva (moratória). O Estado, incapacitado para cumprir o seu dever de punir, resolveu suspender o prazo de vencimento das suas obrigações. Como às vezes ocorre no comércio, a concordata é, também aqui, um simulacro para impedir a declaração da falência do sistema. Impede mas não evita. Não evita porque não há nenhuma medida de reabilitação. Não há nenhuma medida que procure vencer o tempo. O único resultado que o Estado espera é a extinção da punibilidade pela morte, contando, assim, com a boa vontade da natureza para solucionar um problema social, político e jurídico.

Este argumento, que não é um trocadilho, procura extremar a questão para que os responsáveis encontrem soluções autênticas para os nossos problemas. Lembro que poderíamos ter uma solução legitimamente germânica, mas não teríamos uma estrutura estatal igual à da Alemanha. Também não teríamos suas fronteiras limitadas e vigiadas por uma Europa com centenas de polícias. Em cada um dos Estados da federação alemã, para se ter uma idéia, há três ramos distintos de polícia. A polícia de segurança pública (*Schutzpolizei*, ou “*Schupo*”); a polícia criminal (*Kriminalpolizei* ou “*Kripo*”); e a polícia de ordem pública (*Bereitschaftspolizei* ou “*Bepo*”). Na União há três polícias também distintas. O Departamento de Polícia Federal Criminal (*Bundeskriminalamt*); a Polícia Federal de Fronteiras (*Bundesgrenzschutz*), e o Departamento Federal de Proteção da Constituição (*Bundesamt für Verfassungschutz*).



Para completar essas informações, a Alemanha tem 61,2 milhões de habitantes e 194.000 policiais. Há 317 policiais para cada 100.000 habitantes ou 1 policial para cada 315. Para cada 100.000 habitantes há ainda, anualmente: 40 furtos de veículos, 470 furtos em veículos, 150 agressões sexuais, 230 lesões corporais, 130 furtos. Tem, por fim, 0,39 homicídios a cada 10.000 habitantes. Além de números bem diferentes, não teremos o dinheiro que os alemães investem no combate à impunidade... Não adiantaria (e não adiantará) ter só a tradução mal feita de um artigo da *Strafprozeßordnung*.⁴

Há, por fim, uma última questão a ser apresentada. A Lei 9.271/96 não autorizou expressamente a realização de julgamento pelo Tribunal do Júri sem a presença do acusado. A princípio continuam vigendo o artigo 413 e o §1.º do artigo 451 do Código de Processo Penal. Não é o que penso, todavia. Essa lei instituiu, como disse, uma nova sistemática representada pelo binômio que denominei *ausência e revelia*, em ambos os casos com efeitos bem distintos. A ausência impede o processo e por consequência o julgamento. A revelia não. A ausência é sempre anterior, e obstaculiza a revelia. Havendo ausência, com a suspensão do processo, obviamente não haverá revelia. Assim, a suspensão dos processos dos crimes dolosos contra a vida só ocorrerá se o acusado for ausente. Se ele for citado pessoalmente, o seu não comparecimento ou a mudança de endereço sem comunicação ao juiz, implicará revelia e não suspensão do processo. A própria lei é específica na nova redação que deu ao artigo 367 do CPP. «O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo». O §1.º do artigo 451 CPP proibia que o Júri fizesse o julgamento à revelia do acusado nos crimes inafiançáveis. Hoje, a revelia não impede qualquer julgamento. Não suspende qualquer processo. O que suspende o processo é a ausência. Um acusado que, citado por edital não comparece nem indica advogado, não será processado nem julgado pelo júri nem por juiz nenhum. Indicando só o advogado, sua falta, mesmo para o julgamento popular, será irrelevante. O mesmo ocorrerá se for citado pessoalmente. Neste caso o processo correrá sem a sua presença, com advogado indicado ou dativo, excetuando-se apenas o não comparecimento justificado. Se o acusado mudar de endereço após a citação pessoal, e não comunicá-lo ao Juiz, a intimação da pronúncia será feita por edital e o júri poderá ser realizado sem a sua presença. Se o Juiz tiver o endereço, obviamente irá intimá-lo pessoalmente. Se ele não comparecer e não justificar, o julgamento também será realizado.

Como resultado, muito pouco irá mudar nos crimes dolosos contra a vida, inafiançáveis. Nos demais crimes, a consequência será o total estrangulamento e descré-

dito absoluto da Justiça brasileira.

Para concluir com uma certa ironia, essas mudanças dão a impressão de que será um grande favor que os fujões, revéis ou ausentes, não se apresentem e que a polícia não se esforce em prendê-los. Imagine-se se fossem cumpridos em um mês todos os mandados de prisão já expedidos. O que seria da Justiça? E dos presos?

Passa-me ainda a idéia que não é conveniente mudar o sistema. Talvez por isso a reforma abriu a torneira e fechou o registro. O Direito Penal e o Direito Processual Penal nunca estiveram tanto nas mãos dos criminosos como agora. Nunca estiveram tão próximos do Direito Comercial. A vontade dos criminosos é, assim, condição de celebração válida do contrato em que se transformou o processo penal. Enquanto isso o Estado não processa, não prende, não persegue, suspende o processo mas não suspende a prescrição, não condena e não guarda a prova.

A única certeza que me resta é que essas mudanças não vão resolver os problemas da impunidade. Até porque, não foram feitas para resolvê-los. Mas afirma-se sempre o contrário e não poderia ser diferente no País em que Wittgenstein está mais em moda do que na sua Áustria. Para quem ainda não o conhece, é dele a célebre pergunta "*Por que dizer a verdade se é mais vantajoso mentir?*" Por quê?

A única certeza que me resta é que essas mudanças não vão resolver os problemas da impunidade. Até porque, não foram feitas para resolvê-los.

Só lamento que o Congresso Nacional tenha aprovado a regravação dessa criativa sinfonia

de movimentos antigos e previsíveis, todos diferentes, todos iguais, todos diferentes, todos iguais, que muito lembram «O BOLERO DO REVEL», gravado originalmente pela *Deutsch Grammophon*. Ia dizendo pela *Strafprozeßordnung!*

¹Promotor de Justiça em Brasília (licenciado), Membro do IAB, e Doutorando em Direito Penal na Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa.

²RHC N.º 2.967-6 - GO (93.0021051-3) J. em 02.08.94, DJU 10.10.94, 6.ª Turma.

³Ausente, faltoso, como na decisão do Tribunal da Bavária: "Nichterscheinender wird im Abwesenheitsverfahren verurteilt": O citado que não comparece é condenado pela ausência.

⁴Literalmente: Ordenação processual penal (é palavra feminina). Superado o inconveniente do gênero, a tradução ideal é mesmo «Código de Processo Penal».