

Rômulo Moreira: Os 80 anos do Código de Processo Penal

05/01/2022

O atual Código de Processo Penal entrou em vigor exatamente no dia 1º de janeiro de 1942, época em que o processo penal brasileiro era normatizado, basicamente, pelo Decreto nº. 4.824 e pela Lei nº. 2.033/1871, situação que perdurava desde a proclamação da República.



Com a promulgação da primeira Constituição de nossa

era republicana, e atentos ao espírito federalista que a dominava, os estados da federação passaram a ter a iniciativa legislativa para a normatização de suas respectivas leis processuais (penais e civis), ressaltando-se apenas aquelas que dissessem respeito às normas atinentes à Justiça federal [1]. Tratava-se, na verdade, e nas palavras de Vicente de Azevedo, de mais uma imitação da carta constitucional dos Estados Unidos da América do Norte [2].

Com efeito, dispunha o artigo 34, nº 23, de nossa primeira Constituição republicana competir privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre Direito Civil, Direito Comercial e Direito Criminal, além do Direito Processual da Justiça federal.

A partir dessa disposição constitucional, e cindida que restara a unidade do Direito Processual (Civil e Penal), quase todos os estados da federação passaram a ter os seus próprios Códigos de Processo Civil e Penal [3]. O estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, foi um dos que promulgaram o seu próprio Código de Processo Penal, merecendo, inclusive, os comentários de Florêncio de Abreu e Silva [4].

Ainda sob o enfoque histórico, Frederico Marques afirmou que *"o golpe dado na unidade processual não trouxe vantagem alguma para nossas instituições jurídicas; ao contrário, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal; postos em vigor vários códigos estaduais, os mais diversos princípios foram adotados"* [5].

Também assim pensava João Mendes de Almeida Junior, para quem essa descentralização das normas de Processo Penal *"não trazia vantagem alguma, quer para a segurança social, quer para a defesa dos direitos individuais, e não tinha, em geral, fundamento na natureza do movimento da ação judiciária; longe de simplificar, mais complicava as formalidades do processo"* [6].

Com a Constituição de 1934, a situação foi modificada e a unidade processual brasileira passou a ser exigida no texto constitucional, mais exatamente no seu artigo 5º, inciso XIX, estabelecendo-se que competia à União, privativamente, legislar sobre Direito Penal, Direito Comercial, Direito Civil, Direito Aéreo e Direito Processual, além da matéria relativa aos registros públicos e às juntas comerciais.

A Constituição de 1937 dispunha de maneira idêntica, mais exatamente no seu artigo 16, inciso XVI, competindo à União, privativamente, o poder de legislar sobre Direito Civil, Direito Comercial, Direito Aéreo, Direito Operário, Direito Penal e Direito Processual.

Para viabilizar essa unidade processual foi nomeada pelo ministro da Justiça e Negócios Interiores, Francisco Campos, uma comissão de juristas para elaboração de um projeto de Código de Processo Penal, destacando-se, entre os seus integrantes, os juristas Nelson Hungria, Roberto Lyra e Cândido Mendes, entre outros, cujo trabalho resultou no atual Código de Processo Penal, promulgado no dia 3 de outubro de 1941, por meio do Decreto-Lei nº 3.689, cuja vigência, coincidindo com a do Código Penal, deu-se no dia 1º de janeiro de 1942, conforme estabelecia o seu artigo 810; também foi promulgada a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, por meio do Decreto-Lei nº 3.931, em 11 de dezembro de 1941.

O resultado do trabalho dessa comissão foi, nas exatas palavras de Frederico Marques, *"defeituoso e arcaico, não sabendo dotar o país de um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal, deixando-se sentir os influxos autoritários do Estado Novo"*, de maneira que, *"a exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica"* [7].

Portanto, fez-se esse aligeirado escorço histórico para tentar contextualizar o surgimento do atual Código de Processo Penal, afinal *"todo estudo mais completo do direito brasileiro precisa sair de nossas fronteiras e se projetar no passado em busca de suas raízes mais profundas, utilizando o passado de um modo vivo, dinâmico e útil, e não de um modo estático e tolo, semelhante ao do turista inculto que 'colecciona' visitas a museus e entradas de cinemas estrangeiros; o estudo histórico da realidade jurídica não é só lícito, como também necessário"* [8]

Nesse sentido, observa-se que o atual Código de Processo Penal, nada obstante algumas reformas pontuais já realizadas, deita suas raízes em um período de exceção da história política e jurídica brasileira, em que predominava a ideia de um modelo inquisitivo de processo penal que, como observa Bittar, *"passou, ao longo dos tempos, a representar forte instrumento de*

repreensão social e comportamental, e deixou de ser propriamente um meio para a colheita de provas e julgamento de culpados, para tornar-se fim em si mesmo, uma bem organizada trama para ceifar cabeças" [9].

Assim, o seu surgimento em pleno Estado Novo traduziu de certa forma a ideologia política de então, afinal, como se sabe, *"as leis são e devem ser a expressão mais exata das necessidades atuais do povo, levando-se em consideração o conjunto das contingências históricas nas quais foram promulgadas" [10].*

Se o atual Código de Processo Penal teve a (única) vantagem de proporcionar a homogeneidade do Processo Penal brasileiro, trouxe consigo o ranço de um regime autoritário e contaminado pelas ideias fascistas, muito ao contrário, aliás, do que escreveu na exposição de motivos Francisco Campos: *"Se o Código não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais".* Não era verdade...

Dessa maneira, o atual código continua com alguns dos mais graves vícios próprios da legislação processual penal dos anos 40 do século passado, olvidando-se, em muitos dos seus dispositivos, o princípio acusatório, não tutelando satisfatoriamente direitos e garantias fundamentais do acusado previstos na Constituição de 1988, assistemático e confuso em alguns dos seus títulos e capítulos, bastando citar, por todos, a disciplina dada à questão das nulidades.

Eis a razão pela qual é preciso urgência na aprovação de um novo Código de Processo Penal, no qual se estabeleça um processo efetivamente de modelo acusatório, observando-se o seu princípio fundante (acusatório) e os seus outros postulados e regras, como a publicidade, a oralidade, o contraditório, a ampla defesa, a iniciativa instrutória a cargo exclusivamente das partes, a imparcialidade do juiz e tantos outros.

A situação ainda é mais alarmante — e mesmo desalentadora! — quando se percebe um certo mau grado de grande parte dos que atuam no sistema de Justiça Criminal em aceitar uma conformidade do nosso processo penal com o princípio acusatório (fundamento dos fundamentos, para lembrar mais uma vez de Jacinto Coutinho), cujas bases estão estabelecidas na própria Constituição Federal.

A propósito, Falcone explica que *"o modelo acusatório pretendeu devolver ao investigado/acusado a qualidade de sujeito de direitos, o que o procedimento inquisitivo negava, transformando-o em um mero objeto de um procedimento inquisitivo, presidido por um juiz instrutor e de acusação" [11].*

Observa-se que no sistema acusatório estão perfeitamente definidas as funções de acusar, de defender e a de julgar, sendo vedado ao juiz proceder como órgão persecutório e de gestor da prova. É conhecido o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, verdadeiro dogma do sistema acusatório. Nele, segundo Juan-Luís Gómez Colomer, *"há necessidade de uma acusação, formulada e mantida por pessoa distinta daquela que vai julgar, para que se possa abrir e celebrar o processo e, conseqüentemente, se possa condenar" [12].*



Nada obstante, vê-se sempre alguém defendendo o protagonismo do juiz no Processo Penal, muitas vezes a partir da ideia de que se deve buscar uma verdade real, legitimadora de toda e qualquer possibilidade de atuação jurisdicional, ainda que meramente persecutória.

Nesse aspecto, faz-se referência a Muñoz Conde, especialmente quando afirma que *"o processo penal em um Estado de Direito não somente deve procurar o equilíbrio entre a busca da verdade e a dignidade dos acusados, mas também deve entender a verdade mesma, não como uma verdade absoluta, mas como o dever de apoiar uma condenação somente quando, indubitável e intersubjetivamente, possa se dar como provado o fato. Tudo o mais é puro fascismo e representa a volta aos tempos da Inquisição, dos quais se supõe termos felizmente saído"* [13].

Mais grave ainda, é quando se busca a verdade material ou substancial, certamente aquela *"carente de limites e de fins legais, alcançável a partir de qualquer meio e perseguida fora de regras e controles, degenerando-se em um juízo de valor amplamente arbitrário do fato, resultando inevitavelmente numa concepção autoritária e irracionalista do processo penal"*.

Para o jurista italiano, contrariamente, a verdade formal ou processual é alcançada *"mediante o respeito a regras precisas, relativas somente aos fatos e circunstâncias penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não pode ser obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, estando condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, nada obstante mais reduzida quanto ao conteúdo informativo de qualquer hipotética 'verdade substancial'"* [14].

Destarte, essas condições, entre outras, *"exigem uma concepção do procedimento penal anterior à aplicação da pena, que legitime a decisão estatal, concedendo-se ao imputado uma oportunidade para tentar evitá-la, mediante refutação da imputação contra ele dirigida, dos elementos de prova e dos fundamentos que pretendem confirmar aquela decisão"* [15].

Não há dúvidas que todo o conjunto de garantias penais reconhecidas, defendidas e buscadas pelos penalistas seria *"incompleto se não fosse acompanhado pelo conjunto correlativo ou, melhor dito, subsidiário das garantias processuais, expressadas pelos princípios que respondem a nossas duas últimas perguntas, 'quando' e 'como julgar': a presunção de inocência até prova em contrário, a separação entre acusação e juiz, a carga da prova e o direito do acusado à defesa"* [16].

Vê-se, portanto, que no Brasil ainda não se fez uma verdadeira e consistente reforma processual penal, ao contrário dos países da América Central e da América do Sul; e, segundo Maier, *"não parece que as reformas implementadas, em particular o processo público e oral como base inevitável da sentença penal, possam retroceder ao estado legislativo anterior a elas, sendo improvável (ainda que não impossível) um regresso a práticas autoritárias na arena política, nada obstante as dificuldades, sobretudo as de natureza econômico-sociais, que atravessam os países da região"* [17].

Enfim, ainda estamos longe muito longe de um Processo Penal de feição acusatória, sendo de se louvar aqueles que, entre nós, lutam diariamente, seja no foro ou na academia, para a

consecução de uma mudança estrutural e estruturante do modelo de processo penal.

Ademais, não se pode esquecer uma questão crucial para qualquer que seja a discussão sobre problemas brasileiros, inclusive jurídicos e, mais particularmente, que envolvam o poder punitivo e as respectivas agências estatais de poder: a nossa estúpida desigualdade, fruto de uma origem escravocrata e patrimonialista.

Definitivamente, *"não sabemos para onde estamos indo. Só sabemos que a história nos trouxe até este ponto e por quê. Contudo, uma coisa é clara. Se a humanidade quer ter um futuro reconhecível, não pode ser pelo prolongamento do passado ou do presente. Se tentarmos construir o terceiro milênio nessa base, vamos fracassar. E o preço do fracasso, ou seja, a alternativa para uma mudança da sociedade, é a escuridão"* [18].

[1] ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo *et alii*. Direito Penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 474.

[2] AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. Curso de Direito Judiciário Penal – 1º. Volume, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 41.

[3] AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. Obra citada, p. 41.

[4] ABREU E SILVA, Florêncio de. Novos Commentarios ao Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Editores Barcellos, Bertaso & Cia., 1922.

[5] MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal — Volume I. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 104 e 105.

[6] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Direito Judiciário Brasileiro. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 439.

[7] MARQUES, José Frederico. Obra citada, p. 108.

[8] PINHO, Ruy Rebello. História do Direito Penal Brasileiro — Período Colonial. São Paulo: José Bushatsky, 1973, pp. 11-12.

[9] BITTAR, Eduardo C. B. História do Direito Brasileiro: Leituras da Ordem Jurídica Nacional. São Paulo: Atlas, 2003, p. 121.

[10] FIORE, Pascuale. De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Madri: Reus, 1927, p. 579.

- [11] FALCONE, Roberto A. El principio acusatorio — El procedimiento oral en la Provincia de Buenos Aires y en la Nación. Buenos Aires: AD-HOC, 2005, p. 19.
- [12] COLOMER Juan-Luís Gómez. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 230.
- [13] CONDE, Muñoz. Búsqueda de la verdad en el Proceso Penal. Buenos Aires: Depalma: 2000, p. 107.
- [14] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta, 1998, pp. 44-45.
- [15] MAIER, Julio. Antología — El processo penal contemporâneo. Lima: Palestra Editores, 2008, pp. 901 e 902.
- [16] FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, 537.
- [17] MAIER, Julio e STRUENSEE, Eberhard. Las Reformas Procesales Penales em América Latina. Buenos Aires: AD-HOC, 2000, p. 29.
- [18] HOBSBAWM Eric. Era dos Extremos – O breve século XX – 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 562.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jan-05/romulo-moreira-80-anos-codigo-processo-penal/>