

## Notas sobre o Projeto referente ao Inquérito Policial <sup>(1)</sup>

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA <sup>(\*)</sup>

Ao receber o convite para esta palestra, tínhamos, para estudo, um anteprojeto de lei de reforma do Código de Processo Penal na parte referente ao inquérito policial, então já remetido, por sua ilustrada comissão revisora, ao Ministério da Justiça.

Com base nele, escrevemos algumas notas. Ocorreu, entretanto, há poucos dias, a remessa pelo Executivo da proposta de reforma ao Congresso, onde, já como projeto de lei, tramita na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, sob o número 4209/01.

Alterações havidas na proposta enviada ao Congresso teriam sido, segundo uma notícia, irrelevantes em relação ao anteprojeto da comissão revisora.

Vou-me, pois, referir à proposta de reforma como projeto, e não mais como anteprojeto.

Ressalto, de início, que a atual epígrafe do Título II do Código, "*Do Inquérito Policial*", vinha modificada, no então anteprojeto enviado pela comissão, para "*Da Investigação Criminal*".

Nenhuma dessas expressões, porém, se mostraria precisa, uma vez que também se cuida da elaboração, além do inquérito, de mais uma outra peça policial, ou seja, de um *termo de ocorrência*, específico para pequenas infrações, e, por outro lado, não se pretende regular outras espécies de investigação penal que não o inquérito policial, sendo certo que a investigação criminal – que se poderá também chamar investigação penal – não se resume, bem diversificada que é, apenas aos inquéritos policiais, levados a efeito pela *polícia judiciária*.

Com efeito, sem falar no inquérito judicial falimentar, levado a efeito em juízo, já mais antigo, hoje temos as investigações pelas comissões parlamentares de inquérito; investigações outras realizadas por Tribunais de Justiça, para apuração de infrações penais praticadas por magistrados; do mesmo modo as feitas nas Procuradorias-Gerais de Justiça quanto a infrações atribuídas a órgãos do Ministério Público.

O Código de Processo Penal ressalva, aliás, a competência de outros órgãos para investigações outras que não as do inquérito policial, autorizadas por lei. E

---

<sup>(1)</sup> Para palestra feita em São Paulo, no dia 27 de março de 2001, a convite da Associação dos Advogados de São Paulo, no curso que promoveu sobre "*A Reforma Processual Penal*".

hoje assumiram grande relevo as realizadas pelo Ministério Público, não só pela elucidação de casos complexos e de difícil apuração, mas também, e principalmente, pela seriedade e credibilidade da instituição, com o alto conceito de que desfruta.

É o *inquérito policial*, porém, o principal e mais importante instrumento de investigação penal, pois é através dele que se apuram, no dia-a-dia, crimes os mais diversos. Tanto que mais de 90% dos processos criminais que tramitam na Justiça, segundo estimativas, originam-se de inquéritos policiais, percentual hoje diminuído por causa dos termos de ocorrência, que tomam seu lugar nas infrações consideradas de menor potencial ofensivo.

Por isso mesmo, foi feliz a nova expressão que apareceu no projeto, quero crer que em virtude de uma modificação no Ministério da Justiça.

Lá está escrito, com efeito, não mais "*Da Investigação Criminal*", como estava no anteprojeto, nem simplesmente "*Do Inquérito Policial*", como está no Código vigente, mas "*Do Inquérito Policial e do Termo Circunstanciado*", rubrica sem dúvida mais adequada e precisa, não só porque a espécie de investigação que se pretende disciplinar é aquela levada a efeito através de inquérito policial, mas também porque faz referência ao *termo*, de cuja elaboração, agora uma das atribuições da polícia judiciária, também cuida o projeto. E, como percutientemente havia observado o Prof. SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, em lúcida análise do então primitivo anteprojeto, publicada na Revista CEJAP, o termo "não contém investigação, nem apuração" <sup>(2)</sup>. Foi, assim, atendida a crítica do eminente professor da USP e desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Permaneceu, porém, em diversos artigos, a menção a *investigação*, que não foi substituída para *inquérito*. De qualquer modo, a substituição pura e simples de uma expressão por outra, ainda que bem melhor, além de tradicional, não mudaria no projeto aquilo que ele tem de pior, que é a proposta de retirar à polícia judiciária grande parte da conveniente e também tradicional atividade instrutória. Não foi à toa que o anteprojeto muito falou em *investigação*, ao invés de *inquérito*.

Mas vislumbro, ali naquela mesma epígrafe, uma outra imperfeição vitanda, que já vem do anteprojeto, art. 4º.

Esse art. 4º, com efeito, de par com a referência que faz ao mencionado "termo" – referência essa muito boa e pertinente, por atualizar o Código à vista da Lei n. 9.099/95 – estaria excelente não fosse ter chamado de "*termo circunstanciado*" ao registro policial de uma ocorrência.

De fato, poderia ser dito, de maneira melhor, *termo circunstanciado de ocorrência*, ou simplesmente *termo de ocorrência*, pois isso é o que ele é. O "*circunstanciado*", um adjetivo, é apenas uma indicação de seu mais característico atributo. De outro

---

<sup>(2)</sup> Artigo "Breves notas sobre o Anteprojeto de Lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente à investigação policial".

modo, o conhecido "TCO", ou "TO" se tornaria "TC", gerando uma certa confusão na prática.

2. Embora não tenha, ao contrário de outras mudanças de menor relevo ou de escassa utilidade, merecido menção alguma na *Exposição de Motivos* da comissão, o projeto contém, entretanto, uma notável e extraordinária novidade, que, a meu sentir, é tão importante e útil que, por si só, valeria por uma reforma.

Refiro-me ao que preceitua o § 1º do art. 20, *verbis*:

*"Durante a investigação, a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz tomarão as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua exposição aos meios de comunicação".*

É ainda recente fato ocorrido aqui em São Paulo, de vazamento para a imprensa de suposta corrupção de menores por parte de um casal de professores, proprietários de um estabelecimento de ensino. Eram inocentes.

Jamais me esquecerei do abatimento de um meu aluno, anos atrás, ao ter sua fotografia estampada em jornal, como indiciado em estelionato por emissão de vários cheques sem fundo. Um seu talão de cheques havia sido furtado, meses antes, por um companheiro de pensão, que confessara os crimes. Dificílima a reparação dos danos que uma publicação dessas causa. Também não me esquecerei da compaixão que tive por estimado, velho e conceituado advogado, homem integralmente de bem, que caíra na imprudência de queixar-se numa delegacia contra seu genro, que o ameaçava. Ele, vítima, foi quem foi parar em página policial de jornal. Também com relação ao Ministério Público isso algumas vezes acontece: convoca-se a imprensa par alardear a promoção de uma ação penal e depois a denúncia é rejeitada.

Em uma de suas apreciadas crônicas, contou um jornalista mineiro o seguinte <sup>(3)</sup>:

*"Quando repórter de polícia, recordo-me das apresentações de meliantes pés-de-chinelo. Todos abaixo dos mil reais de furto. Algemados, eram exibidos à imprensa como troféus da competência policial. Se um deles se atrevesse a baixar a cabeça, num gesto de resguardo à humilhação ou de vergonha, os próprios policiais se encarregavam de levantar a face do malandro. 'Mostra tua cara, seu fdp'".*

<sup>(3)</sup> WAGNER SEIXAS, *Jornal Estado de Minas*, ed. de 15-12-2000.

O uso a torto e a direito de algemas é outro abuso que deve ser reprimido.

O anteprojeto, nesse particular, trouxe uma grande conquista. Não para o Ministério Público. Ou para a magistratura. Ou para a nobre classe dos advogados. Mas para a própria sociedade.

Foi, a meu sentir, "*a mais completa tradução*" do princípio da inocência, ou da presunção da não-culpabilidade.

Ao elogiar o anteprojeto nesse particular, não posso deixar de prestar uma singela homenagem à festejada Prof<sup>a</sup> ADA PELLEGRINI GRINOVER, que já se preocupara, à época da revisão de anteriores anteprojetos, em redigir mais um visando resguardar a imagem e a privacidade de indiciados e ofendidos. Sem dúvida alguma, a proposição em exame teve, direta ou indiretamente, o dedo dela.

3. Mas meu entusiasmo dura pouco, a despeito do que o projeto ainda tem de bom e embora se mostre, sem dúvida alguma, muito superior à primeira versão do anteprojeto, antes de passar pela ilustrada comissão revisora.

Não gostei, dentre outras coisas, de certas modificações completamente desnecessárias e que só servem para complicar.

Assim, o art. 5º, letra d – que repete a expressão "termo circunstanciado" – manda que o termo de ocorrência, aliás "*termo circunstanciado*", seja imediatamente remetido ao "*órgão do Ministério Público oficiante, com as informações colhidas, comunicando-as ao juiz*".

O que se faz atualmente é o contrário: remessa do termo não ao Ministério Público, mas ao juiz. Se o Ministério Público não é o destinatário do termo, para que enviar a ele dito termo? Ora, se é o juiz quem vai presidir a audiência preliminar; se é à secretaria do juizado que irá afinal levar-se o termo; se é ela que agenda, ou com ela é agendada a audiência, não faz sentido a intermediação do Ministério Público, que teria o trabalho extra, desnecessário e atentatório à conveniência de economia processual, de apresentar o termo à secretaria ou ao juiz. Como diria o outro, se podemos ser complicados, para que vamos ser simples?

Há, porém, uma explicação para isso. O projeto quer afastar, de modo geral, a presença do juiz em atos relacionados com a investigação, a não ser para atuar como juiz de garantias. E peca por excesso.

Isso, diga-se de passagem, é, aliado ao fato de se ter perdido de vista que o Código rege o processo penal em todo o território nacional e não se destina apenas a São Paulo e outros grandes centros, o que mais contribuiu para impedir uma proposta de reforma realmente boa.

Veja-se, por exemplo, o que já vem acontecendo com a destinação do inquérito, logo que encerrado. Contrariando a disciplina do Código vigente, em alguns lugares tem havido remessa direta ao Ministério Público. No Rio de Janeiro, uma portaria da Corregedoria de Justiça autorizou aquele procedimento. Tempos depois, a portaria foi revogada. Recentemente foi restabelecida. Também no

Ministério Público Federal adotou-se a praxe viciosa. Tudo bem. Mas fica dificultado o controle de prazos, e abusos podem ocorrer com devoluções sem controle. Em pequenas comarcas, dificuldades poderão verificar-se quando vago o cargo de promotor.

É certo que o projeto, certamente procurando evitar inconvenientes semelhantes, limitou o prazo do inquérito em sessenta dias. Aqui outro equívoco. A apuração das infrações penais e de sua autoria não deve ficar cerceada por prazo fatal e improrrogável. Depois, não adianta marcar prazo dessa natureza, porque nem sempre será cumprido.

Aquelas preocupações devem ter levado à eliminação, no projeto, do atual art. 16, segundo o qual o Ministério Público não poderá requerer a devolução dos autos para novas diligências senão quando imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. É claro que o mencionado art. 16 não pode levar ao entendimento de que ao juiz seria lícito indeferir o requerimento, como já se tem posto em relevo <sup>(4)</sup>. Mas não é ele, por outro lado, um simples encaminhador de autos. Exercerá o autêntico papel de juiz de garantias, ou juiz garantidor, mandando colocar o indiciado em liberdade, se estiver preso, um direito decorrente da devolução, como de há muito salientamos <sup>(5)</sup>.

4. É no caso de processo de competência originária que outra observação se torna aqui importante.

Se o desejado sistema de encaminhamento direto dos autos do inquérito ao Ministério Público já não seria dos melhores nas pequenas comarcas, pior será nas procuradorias-gerais.

Isso porque, fazendo-se, como ainda se faz, o encaminhamento não ao Ministério Público, como se pretende, mas ao tribunal, há logo geração de um número para o expediente, a facilitar o controle de sua tramitação.

Mas, mesmo assim, para um controle efetivo, seria conveniente uma regra para a cobrança dos autos. É que tribunais, com inteira razão, evitam cobrar a devolução de autos se ainda não há ação penal em curso, sendo certo que a eles não caberia exercer uma fiscalização que a lei não lhes comete. Então, pode ocorrer que grande número de autos permaneçam muito além dos prazos, talvez durante anos, na Procuradoria.

Foi o que se pôde observar após o cancelamento da Súmula 394 do STF, decidido em sessão plenária de agosto de 1999. Ex-prefeitos, em consequência, deixaram de gozar do foro por prerrogativa da função. Pois bem, em um único Estado, foram logo devolvidos pela Procuradoria, para remessa às comarcas, centenas de autos com o prazo para denúncia esgotado, sem ela e sem pedido de arquivamento ou de diligência, vale dizer, sem terem esses autos sido examinados.

---

<sup>(4)</sup> Cf. JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, *Teoria e Prática da Ação Penal*, Saraiva, São Paulo, 1979, p. 107.

<sup>(5)</sup> Cf. JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, *A Defesa na Polícia e em Juízo*, 6ª ed., São Paulo, 1988, p. 328.

Este não é momento oportuno para discutir as causas da demora, geradora de impunidade, mas não será demais dizer que procuradores vivem premidos por prazos para pareceres em recursos, atividade essa muitas vezes sem maior necessidade <sup>(6)</sup>, em que pese a excelência de muitos pareceres, isso, entretanto, em detrimento de sua tarefa típica, principal e mais importante – não só entre nós, mas também no chamado *primeiro mundo* –, que é a promoção da ação penal pública. No tempo em que havia juizes leigos, justificavam-se os pareceres. Hoje, os tribunais andam cheios de assessores, sendo dispensável o luxo do parecer, sem prejuízo do acompanhamento para os devidos fins. Como os autos já deverão conter as razões ou contra-razões do Ministério Público, seria conveniente determinasse a lei o prosseguimento do feito escoado o prazo legal, com ou sem parecer, cujo oferecimento ficaria, em cada caso, a critério do procurador. Nos processos de *habeas corpus* nos tribunais não havia, certamente para que fosse imprimida maior rapidez em sua tramitação, a formalidade do parecer, que veio a ser determinada pelo Decreto-lei n. 552, de 1969. Mas, em alguns setores do Ministério Público, costuma haver atrasos. Uma demora inadmissível que, é de justiça registrar, não se tem verificado em Minas Gerais.

Então, seria interessante acrescentar-se um parágrafo ao art. 9º, preceituando que, quando de tribunal a competência para a ação penal, a ele serão enviados os autos do inquérito ou de peça de informação, acrescentando-se também à alínea a do § 3º do art. 46 que, se o descumprimento do prazo se der com relação a autos enviados por tribunal, este poderá solicitar a devolução, para verificação ou juntada de documento, ou a requerimento de quem tiver qualidade para propor ação penal privada supletiva.

5. Também não gostei nada do novo *modus operandi* que se pretende imprimir ao inquérito.

Preocupado em “evitar o inchaço do inquérito”, o projeto determina que os elementos informativos deverão ser colhidos na medida estritamente necessária à formação do convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais e reais, de competência exclusiva do juiz (art. 7º), como informa a *Exposição de Motivos* (n. 11).

E mais, continua a *Exposição*:

“Deixa-se claro, ainda, que tais elementos não poderão constituir fundamento da sentença, com exceção das provas produzidas cautelarmente ou

---

<sup>(6)</sup> Os pareceres em causas fiscais não mais se justificam, e é o próprio Ministério Público que já vem, com toda razão, se abstendo de ofertá-los. No primeiro grau jurisdicional, igualmente, não é de exigir-se sua participação. Como de há muito ponderamos, “em verdade a natureza da lide ou a qualidade da parte, por si sós, não evidenciam interesse público, senão interesse particular da Fazenda, já defendida por seu procurador” (*Teoria e prática da ação de execução fiscal e dos embargos do executado*, Saraiva, 1986, p. 75).

irrepetíveis, em que o contraditório será diferido (parágrafo único)".

Ora, mandar colher provas apenas no estritamente necessário para o convencimento da acusação é estimular a prática regular de serviço mal feito.

Demais disso, o inquérito não deve ser feito com o objetivo exclusivo de vencer o acusador, senão também o de lhe fornecer elementos para convencer o juiz.

Depois, a investigação não deve, restritamente, destinar-se a fornecer elementos para uma acusação, senão também para a fundamentação, se for caso, de uma *opinio delicti* negativa, vale dizer, de uma resolução de arquivamento. O que distingue um ato de polícia judiciária no inquérito é, como disse o professor belga ROGER DEMAÏN, ser anterior ao exercício da ação e não ter outro fim senão do "*déclarer le Ministère Public sur la nécessité de poursuivre ou non*"<sup>7)</sup>.

O Código de Processo Penal italiano, aliás, art. 358, é expresso em determinar que o Ministério Público investigue também a respeito de fatos e circunstâncias que possam favorecer a pessoa submetida à "investigação preliminar" (*indagine preliminare*).

Cumpre ao legislador ter presente, nesse particular, que o processo é como se fosse, ele próprio, uma punição. Não deve, por isso mesmo, ser movido precipitadamente.

A vingar a proposta, o inquérito deixará de conter uma *instrução provisória*, para abrigar um *sumário de culpa* provisório.

Ruim também é essa coisa de proibir que a sentença se fundamente em elementos do inquérito.

Por que privar o juiz de levar em consideração um depoimento policial favorável ao réu, impossível de ser obtido em juízo por motivo de falecimento da testemunha?

É certo e é sabido que a orientação da doutrina e da jurisprudência é no sentido de não ser possível, por falta de contraditório, a condenação com base exclusiva em elementos do inquérito policial. Ainda quando não se firme a sentença exclusivamente na instrução provisória obtida no inquérito policial, o certo é que dados nele colhidos não servem, por si sós, já que não obtidos sob o contraditório, para alicerçar o convencimento do juiz.

Em linha de princípio, é o que deve prevalecer. Entendo, porém, que isso não deve ir para o Código. Seria melhor deixar como está, para evitar radicalismos.

---

<sup>7)</sup> *Principes du Code d'Instruction Criminelle*, Bruxelas, s.d., p. 43.

É que, muitas vezes, depois das perguntas feitas à testemunha em juízo, em geral sobre o que é de essência, a parte interessada requer que o depoimento policial seja lido para o depoente, indagando-se dele se o mantém, com o que o depoimento em juízo poderá ficar complementado com informações úteis.

Por que desde logo afastá-lo, para não seja admitido nem mesmo subsidiariamente, se estiver perfeitamente entrosado com a prova judicial? Poderá ser de utilidade tanto para a acusação como para a defesa.

Quando, passando pelo crivo do contraditório e da mais ampla defesa, a prova policial vem a ser destruída, desabonada, infirmada em juízo, é que merece, sem maiores indagações, ser desprezada.

O ideal seria que, sempre que possível, o indiciado fosse comunicado sobre a realização de atos de instrução na polícia, alertado de que pode fazer-se acompanhar de advogado, com o que se estabeleceria um contraditório, a evitar a repetição do ato em juízo, com comunicação ao Ministério Público, que comparecerá se entender conveniente.

Antigo voto do eminente Des. ALENCAR ARARIPE, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, merece meditação ao ponderar o seguinte:

*“Não sou daqueles que maldizem da prova feita na polícia, desde que colhida com seriedade. A experiência da vida judiciária mostra-nos que é na polícia que se recolhe a prova mais sincera, porque é quando o acusado e as testemunhas ainda conservam a lembrança nítida dos fatos e também não foram ainda industriadas. Por isso, a jurisprudência dá cada vez maior valor às investigações policiais, quando não maculadas pela coação ou pela má-fé. E digam o que quiserem autores respeitáveis, do tempo do liberalismo em matéria de processo penal, a prova mais recente é quase sempre a melhor”* <sup>(8)</sup>.

Pude comprovar isso pessoalmente. Ainda um jovem promotor, confidenciou-me dias antes de um julgamento pelo júri um dos advogados de defesa, *velha raposa* do foro: “Vou negar a autoria”. Pensei com meus botões: “*Tá brincando comigo ou está doido*”. Mas minhas testemunhas de acusação, que tão firmes e precisas tinham sido no inquérito, ao responderem às perguntas do juiz foram hábeis em afastar a autoria atribuída ao réu. Tomado de surpresa, requeri ao juiz me permitisse fazer uma inquirição direta. Bom e seguro condutor de audiências, o experimentado juiz me confiou o exame das testemunhas. Então, logo apertei a primeira: “O senhor é um homem idoso, respeitável, e certamente nunca mentiu na vida. Alguma coisa está errada em seus depoimentos. Veja só o que disse testemunhando na polícia, complemente diferente. Qual ficou errado,

<sup>(8)</sup> Minas Forense, v. 26, p. 139.



o depoimento de lá ou o de hoje? É preciso que o senhor esclareça. Alguém morreu. De morte matada. Podia ter sido um filho seu. A mãe da vítima está ali, chorando. O senhor não quer ficar com remorso, não é? Então pode dizer. Foi o réu Fulano?" A resposta foi um silêncio. A testemunha não disse que não. Mas também não saiu de seu mutismo. Isso não obstante, réu absolvido. Pela negativa da autoria. Soube mais tarde, que um perigoso co-réu, foragido, se achava, armado, na sala. Falhou a propalada perspicácia dos jurados.

6. Informa a *Exposição de Motivos*, item 14, que, na mesma enfatizada linha de agilização, a reformulação proposta evidencia, a cada passo, a simplificação objetivada, sobrelevando-se a utilização dos meios ou recursos de que cuida o § 4º do art. 6º do Projeto, *verbis*:

*"No registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas poderá ser feito pelos meios os recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada, à evidência, a obter maior fidelidade das informações. Na forma por último indicada, será encaminhado ao Ministério Público o registro original, sem necessidade de transcrição".*

Em primeiro lugar, seria melhor usar a lei da terminologia tradicional, não chamando de depoimento as declarações do indiciado, nem as da vítima, pessoas que não são compromissadas.

Em segundo lugar, que se usem os meios ou recursos mencionados no projeto numa investigação prévia informal, autorizada pela proposta em exame, numa – nunca disso se duvidou – “pesquisa que a polícia pode, deve e por vezes necessita fazer para descobrir as provas que o inquérito deve conter, pesquisa que se consubstancia numa ampla investigação de tudo o que possa interessar à elucidação do fato, inclusive a secreta obtenção de informações de testemunhas, sem o que se frustraria sua missão”<sup>(9)</sup>, pesquisa essa informal e prévia destinada à escolha das testemunhas que serão convocadas para depor no inquérito.

Na formação dos autos do inquérito, porém, as declarações e depoimentos devem ser registrados em peças escritas, com as formalidades e garantias legais. Fita pra cá, fita pra lá – até correndo o risco de ser destruída ou de perder-se –, traria inconvenientes diversos: necessidade de espaço próprio para armazenagem, consulta trabalhosa se não houver transcrição *etc.*

O pior é que as declarações da vítima – elemento de prova importantíssimo, especialmente naqueles crimes que costumam ser cometidos às escondidas – não vão ser tomadas formalmente, tendo sido a providência retirada do art. 6º para ficar numa fita.

---

<sup>(9)</sup> Cf. JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, *A Defesa na Polícia e em Juízo*, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 1988, p. 43.

Ora, a atividade policial no inquérito deve ser, como ainda é hoje, toda ela, investigatório-instrutória, e não meramente investigatória, ao contrário do que pretende o projeto, que fez exceção apenas para as provas cautelares ou irrefutáveis.

7. Dá a *Exposição de Motivos* destaque à redação proposta ao art. 28, salientando que “sobressai, como autêntica novidade”, nesse particular, a nenhuma interferência da autoridade judiciária, quanto à formulação da acusação ou à promoção do arquivamento, toda ela processada no âmbito do Ministério Público (n. 15 e 16).

Com efeito, para o controle do arquivamento, o projeto modifica a regra do art. 28 do Código de Processo Penal (que atribui ao juiz a função anômala de deferir o arquivamento ou, não concordando com as razões invocadas, enviar os autos ao Procurador-Geral). Ao invés disso, estabelece o projeto a remessa não só de cópia da promoção de arquivamento, mas também das principais peças dos autos, a órgão superior do Ministério Público, no prazo de 3 (três) dias, sendo intimadas dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo.

Se, para alguns, já é mais fácil e cômodo oferecer denúncia que requerer o arquivamento (talvez por isso a freqüência de denúncias sem justa causa para a ação penal), nas pequenas comarcas, em que o Promotor não tem serviços auxiliares, com a nova regra mais ainda, diante do trabalhoso arquivamento.

Demais disso, submeter ao crivo do Procurador-Geral toda e qualquer promoção de arquivamento seria sobrecarregar, desnecessariamente, os serviços da Procuradoria. Além do mais, uma demonstração de desconfiança generalizada com os serviços dos órgãos do Ministério Público, que devem ser agentes altamente qualificados<sup>(10)</sup>. Senti-me diminuído quando, ao ingressar no Ministério Público Federal, surgiu uma portaria do chefe da instituição – pouco depois revogada – determinando providência semelhante (tratava-se de enviar ao chefe do Ministério Público, Procurador-Geral da República, cópia dos requerimentos de arquivamento).

O sistema atual tem funcionado bem, e não se tornou incompatível com a Constituição vigente. O melhor é conservar o sistema em vigor. Mesmo porque, se vier a ser modificado, como proposto, o número de procuradores de Justiça, que já não é pequeno, haveria certamente de ser muito aumentado.

---

<sup>(10)</sup> Anos atrás, tive a honra de participar, com outro colega, como debatedor em excelente palestra proferida na Faculdade de Direito da UFMG pelo insigne jurista JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, oportunidade em que indaguei ao douto conferencista como se explicaria a adoção em Portugal da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal por razões de oportunidade. Ainda enquanto me ouvia, um sorriso já denunciava familiaridade com a pergunta, respondida mais ou menos assim: Exatamente isso foi alvo de muita indagação ou objeção na Assembléia Constituinte, de que participara, e ao que sempre respondia que, onde houvesse um bom Ministério Público, não existiria o de que recear.

8. Além daquele controle que, com a colaboração e provocação do juiz, é efetivado pela própria Instituição, há uma outra forma de controle, puramente externo, este pelo ofendido. É a ação penal privada subsidiária, ou supletiva, de que trata o art. 29 do Código de Processo.

O entendimento de que não cabe a queixa do ofendido quando esteja arquivado o inquérito a requerimento do órgão do Ministério Público é, como escreveu o Prof. BASILEU GARCIA <sup>(11)</sup>, forte em opinião do Des. MANUEL CARLOS DE FIGUEIREDO FERRAZ na 1ª Conferência de Desembargadores, “contrário à lei expressa”. Essa lei expressa é não só o art. 100, § 3º, do Código Penal, mas também o citado art. 29 do Código de Processo, hoje elevado, *ipsis litteris virgulisque*, à categoria de norma constitucional, integrando o elenco dos direitos individuais.

Se proscrevê-la seria contrariar, hoje, não só a lei expressa, mas também a preceito constitucional expresso (não ousou fazê-lo o anteprojeto), seria conveniente, para se desfazer o preconceito que se criou em torna da matéria, acrescer um parágrafo ao art. 28, que poderá ficar assim redigido: “Promovido o arquivamento, será admitida ação privada nos termos do art. 29”.

Com isso, poderíamos, então, repetindo o Prof. ANIBAL BRUNO, dizer que “é essa, aliás, a solução mais liberal, consoante com o espírito que anima os fundamentos das nossas instituições jurídicas, e a que melhor atende não só ao interesse do ofendido, mas ainda ao interesse social vinculado à perseguição dos fatos puníveis” <sup>(12)</sup>.

Mesmo porque, quem controlaria o Procurador-Geral nas ações de competência originária, se não existe chefe do chefe?

Cabe aqui, a propósito, registrar que o projeto, tal qual o Código vigente, nada dispõe a respeito do arquivamento nos feitos de competência originária.

Divergindo completamente do pensamento do insigne JOSÉ FREDERICO MARQUES, que entendia que, indeferido pelo tribunal o pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral, ou este oferece denúncia, ou atribui essa função a seu substituto legal, ou então será nomeado procurador *ad hoc* para aquele fim, salientamos em nosso *Do Arquivamento* <sup>(13)</sup> que não é admissível aquele controle por tribunal (ainda hoje, um ou outro tribunal, não sei para que, ainda vota, com impertinência e perda de tempo, a resolução de não denunciar!), pelo que não tocava a um substituto cumprir uma decisão descabida; nem caberia, pela mesma razão, a nomeação de procurador *ad hoc* (agora até proibida), de modo que a solução legal era unicamente a da ação penal privada subsidiária, despachado e atendido o pedido de arquivamento pelo presidente do Tribunal.

Reiteramos, anos depois, o mesmo entendimento, mas, *de lege ferenda*, e porque muitas vezes o ofendido ou lesado é um ente público, sugerimos, sem prejuízo

<sup>(11)</sup> *Instituições de Direito Penal*, v.1, t. II, 4ª ed., p. 644, e *Revista dos Tribunais*, v. 172, p. 3.

<sup>(12)</sup> *Direito Penal*, 2ª ed., Editora Forense, 1966, v. 1, tomo 3º, p. 399.

<sup>(13)</sup> *Imprensa Oficial*, Belo Horizonte, 1969, pp. 99-102.

da ação privada supletiva, que o Colégio de Procuradores reexamine a decisão do Procurador-Geral de arquivar, se se tratar de competência originária, isso a requerimento do ofendido ou, se vítima ou prejudicada for entidade pública, de qualquer cidadão, designando-se, se for caso, procurador para oferecer a denúncia.

A providência sugerida é, posto mais abrangente, semelhante à prevista no inc. XI do art. 12 da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

9. Dentre o que é bom no projeto, mencionemos também os parágrafos 6º e 7º do art. 4º, *verbis*:

*“Tomando conhecimento da ocorrência, a autoridade policial fará, imediatamente, o seu registro, que ficará à disposição do Ministério Público, podendo este requisitá-lo periódica ou especificamente”.*

*“Tratando-se de infração penal atribuída a policial, a autoridade comunicará imediatamente a ocorrência ao Ministério Público, para as providências cabíveis”.*

Todavia, para aprimorar o sistema de controle da impunidade, uma outra providência me parece imprescindível: a de proporcionar ao Ministério Público outras medidas de controle pertinentes à lei ordinária.

A questão do *jogo-do-bicho* no Rio de Janeiro, por exemplo, não teria sido apurada e levada à Justiça, como foi, sem o trabalho do Ministério Público. Já no âmbito do Ministério Público Federal, não teria sido completamente elucidado o caso *Juiz Nicolau* sem a efetiva contribuição de Procuradores da República.

Acertada é a conclusão do douto Procurador de Justiça carioca Prof. SÉRGIO DEMORO HAMILTON <sup>(14)</sup>, ao cabo de excelente estudo sobre a amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal, dizendo o seguinte: “Não pretende o Ministério Público cumprir, *ordinariamente*, atividade investigatória na fase pré-processual. Não é essa sua função específica. A instituição do Ministério Público tem, na atualidade, outras, muitas outras atribuições relevantes a serem desenvolvidas. Eu diria, mesmo, que o Ministério Público não pode nem deve, *ordinariamente*, investigar”. Mas, acrescenta com muita propriedade, “isto não significa dizer que ele não tem o *direito* de investigar *diretamente* quando, por fas ou por nefas, verificar ser oportuna ou mesmo necessária a providência”.

Era exatamente para possibilitar uma investigação não simplesmente paralela ou estranha a um inquérito policial, hoje amplamente autorizada, mas uma condução direta, quando necessária, de inquérito policial, que preceituava antiga Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais, a Lei n. 616, de 11 de

<sup>(14)</sup> *Temas de Processo Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998, p. 227.

setembro de 1950, ao dizer, no art. 8º, inc. II, que cabia ao Promotor de Justiça o seguinte:

*“Exercer vigilância sobre os atos da Polícia Judiciária, promovendo diligências adequadas ao andamento das investigações, instaurando inquéritos ou assumindo a presidência dos já iniciados, quando outras providências resultarem inúteis para a apuração do fato delituoso”*

Como se vê, antes mesmo, muito antes de a Constituição vir a estabelecer o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, ou de consagrar, como faz no inc. VIII do art. 129, como função institucional do Ministério Público “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial”, já se praticava uma vigilância e fiscalização de atos relacionados com as atividades do Ministério Público quanto à apuração das infrações penais e à promoção da ação penal. Certas medidas, se escapam à lei ordinária, constam de algumas leis complementares estaduais, como a providência da avocação (assim, a Lei 28/82, do Rio de Janeiro).

É preciso que essa vigilância no sentido de que as infrações penais sejam realmente apuradas, suprindo-se, se necessário, a omissão da autoridade policial, conste do Código de Processo Penal, no que em seu âmbito legislativo couber <sup>(15)</sup>.

É oportuno, por exemplo, introduzir no Código, como medidas de vigilância, providências mais amplas que as dos parágrafos 6º e 7º do citado art. 4º do projeto.

MARCELLUS POLASTRI LIMA <sup>(16)</sup>, jovem valor do Ministério Público do Rio de Janeiro, em seu *Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal*, pondera muito bem:

*“Assim, deverão ser controladas as notícias crime recebidas pela polícia, evitando-se as chamadas VPIs <sup>(17)</sup>, que, no mais das vezes, não se transformam em inquéritos, não chegando ao conhecimento do Promotor, resultando em ‘acautelamentos’ que nada mais são do que arquivamentos sumários realizados pela autoridade policial, ilegais e esdrúxulos, pois somente o Ministério Público tem o poder legal de*

<sup>(15)</sup> O velho Código de Processo Penal nos dá um excelente exemplo de investigação direta, que ele próprio autoriza, ao preceituar no art. 47 que, “Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los”.

<sup>(16)</sup> Edição *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2000, pp. 215-216.

<sup>(17)</sup> Trata-se de abreviação usada para “Verificação de Procedência de Informações”.

arquivar, não podendo a autoridade policial fazer um juízo prévio, externando verdadeira *opinio delicti*".

E mais: "Sempre entendemos que os chamados TROs<sup>(18)</sup>, lavrados pela Polícia Militar, ao serem encaminhados à Polícia Civil, deveriam ser do conhecimento do Ministério Público, com recebimento pelo órgão do *Parquet* de cópia, pois já detectamos, na prática, que, muitas vezes, por motivos inescusáveis, nem sempre tais ocorrências são investigadas e resultam em inquéritos policiais".

10. Para finalizar, outras pequenas observações.

Veja-se, por exemplo, o preceito geral do § 1º do art. 9º, segundo o qual "os autos do inquérito policial serão encaminhados ao Ministério Público no prazo de 20 (vinte) dias, sem prejuízo da continuidade e da realização de diligências..." e, dispõe agora o § 4º, encerrada a investigação, a autoridade policial remeterá as demais peças de informação, documentadas em autos suplementares, e com relatório, ao Ministério Público".

Não sei por que realizar as diligências em duas etapas, quando seria mais simples e menos complicado efetivá-las em autos únicos e fazer uma única remessa.

Além disso, não gostei de nome dado aos novos autos, das diligências complementares. Por que não chamá-los de "autos complementares"? A denominação usada – "suplementares" – até que tem também o sentido de "complementares". Mas, em nosso direito processual, é tradicionalmente empregada na expressão "autos suplementares" para significar autos extras, duplicata de autos, autos reserva, que são formados para utilização na falta dos autos originais, em substituição. Neles se pode, eventualmente, promover uma execução de sentença. Usou-a o Código de Processo Civil de 1939, e também a usa o Código de 1973.

Outra esquisitice foi dar um prazo de dez dias para início do inquérito (art. 9º, *caput*). Por que não o iniciar, como sempre se fez, logo após o recebimento da *notitia criminis*? Para que esperar, especialmente agora quando o projeto tem pressa em se encerrar o inquérito, por dez dias?

Não gostei também da exigência da satisfação de forma determinada para o requerimento de instauração de inquérito em crime de ação privada. É de toda conveniência que se acrescente a cláusula "sempre que possível", como faz o Código vigente, e já observara o citado Prof. SÉRGIO PITOMBO.

---

<sup>(18)</sup> Aqui, "Talão de Registro de Ocorrência".

Por fim, aquele "será procedida" que está na Exposição de Motivos, n. 5, precisa ser corrigido.

JOSÉ CARLOS BARCELLOS MENDES (\*)

1. — Em acórdão ainda recente, de 27.7.2000, a E. Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento do Habeas Corpus nº 1.918/00, concedeu a ordem para fragar, por falta de justa causa, ação penal intentada pelo Ministério Público contra várias pessoas a quem se imputava a transmissão, pela internet, de fotografias pornográficas que incluíam crianças e adolescentes. A denúncia baseava-se fundamentada no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que contém pena de 1 a 4 anos de reclusão a quem "fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente".

Na fundamentação do acórdão, da lavra de magistrado a cuja proibição e cultura rendo inábil homenagem, constitui a razão de importância capital a qualificação de atipico dada à conduta descrita na denúncia. Não configurado o tipo delituoso, seria impossível recorrer à analogia para incriminar os denunciados, o que infringiria o princípio da reserva legal e a consequente proibição da analogia in reus poenam.

A abstração resultaria do fato de não se haver utilizado "documento palpável, sensível" — única forma de "publicar", no jargão da retórica da maioria da Câmara. Os denunciados teriam "divulgado" as fotografias conforme se lê no elemento, porém, "divulgar não é publicar: quem publica, divulga, certamente; mas nem todo aquele que divulga publica". E logo porque "a divulgação pode ser por quaisquer meios, até oral, mas a publicação não prescinde da existência de objeto material corpóreo".

2. — A gravidade do tema levou-me a uma perquirição, com o fim de averiguar se estava correto o entendimento de que a palavra "publicar" tem conotação necessária de "impressão ou edição", como reza outro parágrafo do acórdão. A meu primado de "divulga foras, simultaneamente, os dois tipos, dos quais adiver: a lei que pode encontrar. Em alguns, é evidente "publicar" a similitude, em outros, bastando a ideia. Deixa algum descoberto limitação semelhante propugnada

---

(\*) JOSÉ BARCELOS DE SOUZA é Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG e Procurador da República, aposentado. Advogado. Professor do Curso de pós-graduação da Universidade Cândido Mendes.

---