

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: AGILIDADE E TRANSPARÊNCIA

Petrônio Calmon Filho

Procurador de Justiça do Distrito Federal e
membro da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal

1. A Comissão de Reforma do Código de Processo Penal.

No dia 8 de fevereiro de 2.000 o Ministro da Justiça instalou a COMISSÃO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, nomeando 10 juristas do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL para promover estudos e elaborar uma proposta de reforma do sistema processual penal brasileiro.

Fizeram parte da Comissão a Professora Ada Pelegrini Grinover (Presidente) e os professores ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, LUIZ FLÁVIO GOMES, MIGUEL REALE JÚNIOR, NILZARDO CARNEIRO LEÃO, PETRÔNIO CALMON FILHO (Secretário), ROGÉRIO LAURIA TUCCI, SIDNEI AUGUSTINHO BENETI e RUI STOCO, nomeado em abril de 2000 (RENÉ ARIEL DOTTI havia participado até este mês).

Os trabalhos foram divididos em duas etapas. Na primeira, foram elaborados 11 anteprojetos, correspondentes aos projetos que haviam sido elaborados em 1994 por Comissão anterior do Ministério da Justiça, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, retirados do Congresso Nacional a pedido do próprio governo. Profundas modificações foram introduzidas, apesar de 8 dos membros da atual comissão terem participado da comissão anterior. Ao final desta etapa, foi promovido um amplo debate, de âmbito nacional, com a participação de mais de 400 pessoas, representando todos os seguimentos envolvidos na persecução penal. Os debates foram realizados em Brasília, durante as III JORNADAS BRASILEIRAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, nos dias 23 a 26 de agosto de 2000.

Em uma segunda etapa, foram examinadas todas as críticas e sugestões apresentadas durante o mencionado debate público, bem como as que foram entregues pessoalmente à Comissão ou enviadas por correio eletrônico. Muitas sugestões foram acatadas, o que faz com que os textos definitivos apresentem poucas semelhanças com os originais. Alguns anteprojetos foram fundidos, resultando na apresentação de sete propostas legislativas autônomas.

Após 10 meses de trabalho, com 20 dias completos de reuniões, a *Comissão Ada Pellegrini* apresentou ao Ministro da Justiça sete anteprojetos de lei, tratando dos seguintes temas: 1 – Investigação criminal; 2 – Procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; 3 – Provas; 4 - Interrogatório do acusado e defesa efetiva; 5- Prisão, medidas cautelares e liberdade; 6– Júri; 7 – Recursos e ações de impugnação.

Este artigo destina-se a comentar algumas importantes inovações constantes do projeto sobre a investigação criminal.

2. *Os escopos do projeto de lei sobre a investigação criminal.*

Os objetivos da *Comissão Pellegrini*, claramente percebíveis, foram proporcionar uma investigação com agilidade e transparência. Enquanto as corporações procuravam fazer chegar à Comissão e ao Ministério da Justiça seus ideais de auto-fortalecimento, os autores do novo código optaram por disciplinar a atividade de investigação, não se manifestando quanto aos “poderes” de cada seguimento dos atores da persecução penal. Esta é a razão da abolição da expressão “investigação policial”, constante dos primeiros ensaios apresentados ao público durante a realização das III Jornadas. Não se podia manter a terminologia do código atual, pois o INQUÉRITO POLICIAL não é mais o único meio de se proceder à investigação, desde a adoção do TERMO CIRCUNSTANCIADO pela Lei dos Juizados Especiais. O projeto trata da INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, aplicável a todas as formas pelas quais se possa proceder a essa atividade, independente, ainda, de quem a irá desenvolver. Apesar dessa abertura, a disciplina do projeto é clara e objetiva, atribuindo à polícia a responsabilidade pela investigação.

3. *O alcance do projeto sobre a investigação criminal.*

O projeto dá nova redação aos **artigos 4º a 23, 26, 28, 30 e 46** do atual Código de Processo Penal, ou seja, modifica todo o **Título II**, hoje intitulado “Do inquérito policial” e **alguns artigos do Título III – “Da ação penal”**, ambos do Livro I do Código. Como resultado da adoção de duas modalidades de investigação, o Título I foi alterado para “Da investigação criminal”.

O objetivo inicial era tratar apenas da investigação, mas alguns dispositivos do Título II precisaram sofrer alterações, com vistas a guardar coerência com as alterações do Título I e com os escopos da reforma. Nunca é demais lembrar que se trata de uma reforma e não de um novo código. Assim, as alterações devem procurar seguir a sistemática do código em vigor, mantendo-se, ao máximo, a numeração atual. Por este motivo verifica-se alguns dispositivos esparsos tratando do mesmo assunto.

4. *As modalidades e a titularidade da investigação criminal (art. 4º, incisos I e II)*

A reforma começa pelo artigo 4º e nosso comentário se inicia com a abordagem dos seus incisos, que não trazem qualquer alteração em relação a

atual legislação, pois apenas reúnem em um só dispositivo as duas modalidades de investigação criminal já previstas: INQUÉRITO POLICIAL (art. 5º do CPP) e TERMO CIRCUNSTANCIADO (art. 69 da Lei 9.099/95).

É conveniente ressaltar, desde já, que o projeto mantém a prescindibilidade da investigação, o que permite o oferecimento da denúncia sem que tenha sido instaurado qualquer procedimento investigatório, desde que, evidentemente, o ministério público possua outros elementos de informação suficientes para agir. Acentuando este posicionamento, o projeto inova, sobremaneira, ao dispor no art. 26 que a autoridade administrativa deve remeter os elementos de informação que apurar diretamente ao ministério público, quando se tratar de infração penal praticada contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária ou econômica (ver comentários infra). Neste caso, o ministério público somente requisitará a investigação policial quando a entender necessária.

5. *A comunicação do fato criminoso e as providências da polícia (art. 4º, caput e §§ 1º a 3º).*

5.1. *A nova sistematização.*

O *caput* do artigo 4º e os §§ 1º a 3º tratam das formas pelas quais a polícia toma conhecimento da infração penal:

- a) a polícia pode agir de ofício (*caput*);
- b) a polícia deve agir quando é provocada pela própria vítima ou seu representante legal (*caput*);
- c) a polícia deve agir por requisição do ministério público (*caput*);
- d) tratando-se de crime de ação penal pública condicionada, mantém-se indispensável a manifestação de quem encontra-se revestido deste poder (§ 1º).
- e) tratando-se de crime de ação penal privada, a investigação somente poderá ser iniciada após clara manifestação do ofendido ou de seu representante legal (§ 2º); e
- f) qualquer pessoa pode comunicar um delito à polícia, mantendo-se, assim, o reconhecimento de que o esclarecimento dos fatos criminosos é do interesse de toda a sociedade (§ 3º).

5.2. *A revogação das disposições não processuais do art. 4º.*

O atual art. 4º do Código de Processo Penal trata de outro tema, disciplinando qual autoridade exercerá o papel da polícia judiciária. O *caput* atual determina que a polícia judiciária será exercida pela autoridade policial, mas o parágrafo observa que esta determinação não exclui a de outras *autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.*

Apesar de ter mantido esta disposição em seu anteprojeto original, a *Comissão Pellegrini*, em sua segunda etapa de trabalhos, preferiu deixar de abordar o tema, assim agindo por dois motivos: em primeiro lugar porque o dispositivo é contraditório, na medida em que define quem fará a polícia judiciária no *caput*, mas permite, em seu parágrafo, que qualquer outra autoridade exerça esta função (em boa técnica, uma lei não precisa autorizar que outra lei a excepcione); em segundo lugar, a Comissão entendeu que o Código de Processo Penal não deve tratar das funções e dos poderes das autoridades administrativas, tema adequado para cada lei orgânica, separadamente.

Não se podia aproveitar a ocasião para resolver conflitos corporativos antigos. O código deve tratar da investigação criminal, não importando quem a dirigirá. A legislação atual é repleta de casos em que se define autoridade administrativa diversa da polícia para a direção da investigação criminal, dentre elas os presidentes dos tribunais, das casas legislativas e os procuradores-gerais, sem falar no inquérito dos crimes de falência, dirigido pelo próprio juiz de direito.

As disposições não processuais, portanto, foram deixadas de fora do novo código. A regra, porém, foi plenamente reforçada: a função de investigação criminal é eminentemente policial. O código não a define para outras autoridades, por outro lado não veda. Ao regular o endereçamento oral ou escrito das notícias de crime, requisições e requerimentos de investigação criminal, o código determina que se faça, em regra, à polícia. Essa é a sistemática mais adequada.

5.3. *As principais alterações.*

Conforme já se disse supra, a sistemática de comunicação das infrações penais à polícia sofreu poucas alterações em sua essência. Comparando o atual art. 5º com o art. 4º proposto, verifica-se o seguinte: foram mantidas a ação policial *ex officio*, a requisição do ministério público e o requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo, bem como foi mantida a possibilidade de qualquer pessoa comunicar a existência de uma infração penal à polícia, a necessidade de representação e de requerimento para os casos de ação penal pública condicionada e ação privada.

Foi abolida, somente, a referência à requisição judicial. Coerente com outras modificações (em especial a do art. 28), o projeto define bem as funções de cada um dos operadores do direito na investigação criminal e no processo penal. Não faz qualquer sentido a manutenção da requisição judicial para a investigação criminal. O juiz, ao tomar conhecimento de uma infração penal, deverá comunicá-la ao ministério público, nos termos do art. 40, não se envolvendo com a iniciativa de qualquer procedimento investigatório. Não se exclui, também, a possibilidade de o juiz prender qualquer pessoa em flagrante delito, hipótese em que o preso será encaminhado à polícia e lavrado o respectivo termo, que é, em si, o próprio inquérito policial. Nem poderia ser diferente.

6. *A comunicação do fato criminoso ao ministério público: transparência e controle constitucional (art. 4º, §§ 4º a 7º).*

6.1. *O requerimento de investigação criminal.*

Oferecendo respaldo prático ao poder concedido ao ministério público para requisitar a investigação, o projeto mantém a faculdade do ofendido dirigir-se diretamente a este órgão, podendo fazê-lo oralmente ou por escrito (§ 4º). O art. 27 foi mantido íntegro e, por ele, *qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do ministério público, nos casos em que caiba a ação civil pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.* A união desses dois dispositivos indica que, não somente o ofendido, mas qualquer pessoa do povo poderá dirigir-se ao ministério público para dar notícia de infração penal, sempre sendo possível o oferecimento imediato da denúncia, quando os elementos forem suficientes, ou a requisição de investigação criminal.

O parágrafo 5º trata, ainda, do requerimento formulado pelo ofendido ou por quem tenha qualidade para representá-lo para que a polícia proceda à investigação criminal. Determina que, se a autoridade policial indeferir o requerimento ou não instaurar a investigação no prazo, o ofendido ou seu representante legal poderá recorrer à autoridade policial superior ou representar ao ministério público para que este a requirite. O recurso tem prazo de cinco dias, enquanto a representação ao ministério público poderá ser formulada a qualquer tempo. O projeto não impõe que primeiro se procure a autoridade policial superior para depois procurar o ministério público, nem tampouco impede que, após o recurso se proceda à representação. Todas as garantias são asseguradas ao ofendido para que, diante de uma infração penal, a autoridade pública aja de acordo com as prescrições legais. O código novo repele a inércia e reforça o controle da investigação criminal pelo ministério público.

6.2. *Registro imediato da ocorrência e comunicação ao ministério público.*

Novidade interessante é a que diz respeito à clara obrigação de se registrar imediatamente toda e qualquer ocorrência policial, deixando seu registro à disposição do ministério público, que poderá requisitá-lo a qualquer momento.

O objetivo desta norma é controlar a atividade policial. Hoje, a própria polícia tem apresentado, em todo o Brasil, dados alarmantes que dão notícia da sua inoperância. As estatísticas são incertas e variadas, mas sabe-se que apenas cerca de 15% das ocorrências policiais resultam em inquérito policial. Isso que dizer que somente em um reduzidíssimo número de casos se cumpre a lei, desrespeitando-se o princípio da oficialidade do processo penal que o interesse público na apuração dos delitos impõe. Os inquéritos que são instaurados são encaminhados à Justiça e ao Ministério Público em trinta dias, mas os 85% de casos em que não se instaura inquérito restam totalmente desconhecidos, ficando ao exclusivo critério da autoridade policial pinçar os casos em que vai agir.

Os motivos desta brutal inoperância são conhecidos. Fiquemos apenas nas razões clássicas da inoperância brasileira: falta de recursos. Mesmo aceitando-se esta justificativa para que somente 15% dos casos sejam apurados,

não se pode admitir que a escolha seja da alçada da polícia, sem qualquer controle. Afinal, o responsável pela ação penal é o ministério público, que age segundo o princípio da obrigatoriedade da ação penal. A situação atual, além de caótica, reveste-se em mais uma ficção brasileira: a ação penal é obrigatória, mas o órgão encarregado de procedê-la não toma conhecimento da esmagadora maioria dos casos.

Alguma providência teria que ser tomada para impor que o ministério público tenha conhecimento de todas as ocorrências policiais. Pode-se afirmar que a legislação atual já confere poderes para que este órgão requirite todas as informações necessárias. Todavia, diversos conflitos têm se verificado em várias partes, impedindo ou dificultando o acesso do ministério público às informações policiais. A primeira solução aventada pela *Comissão Pellegrini* foi inserir uma norma que determinasse que todos os registros de ocorrências fossem remetidos ao ministério público. Algumas objeções foram feitas, especialmente por Procuradores-Gerais de Justiça, alegando a impossibilidade material de controlar toda a atividade policial.

Buscou-se, então, uma fórmula que permitisse um controle efetivo, sem sobrecarregar, de uma só vez, o ministério público. A fórmula encontrada, então foi a de disponibilizar as informações. O ministério público poderá requisitar um registro, especificamente ou ficar um período para que todos os registros efetivados em seu interregno lhe sejam remetidos. Conforme o Ministério Público for se aparelhando para analisar os registros, poderão ser requisitados os registros por amostragem. A criatividade e o bom senso serão os melhores conselheiros. O ministério público poderá determinar que todas as ocorrências cheguem ao seu conhecimento ao final de cada mês, de cada semana ou até diariamente. A prática poderá ser diferente nas grandes cidades e nas pequenas. Dentro de pouco tempo, por certo, se poderá estabelecer um sistema mediante o qual todas as ocorrências policiais e as providências tomadas pela polícia sejam registradas em computador, com disponibilização *on line* ao ministério público.

Esse dispositivo visa a atingir um dos dois objetivos da reforma, a transparência da investigação policial, regulamentando, em parte, a norma constitucional que atribui ao ministério público a obrigação de exercer o controle da atividade policial.

6.3. *A falta de elementos para a instauração da investigação criminal.*

Conforme ser verá adiante, o art. 6º proposto determina expressamente que *não sendo a infração penal de menor potencial ofensivo, ao tomar conhecimento da prática da infração, a autoridade policial instaurará inquérito*. O sistema, então, está bem definido. O ministério público em acesso a todas as ocorrências e a polícia é obrigada a lavrar termo circunstanciado ou instaurar inquérito em todas as ocorrências.

Evidentemente, haverá casos em que não haverá elementos para que se inicie qualquer diligência de investigação. Isso é natural e decorre da realidade.

São inúmeras as ocorrências de pequenas infrações sem que haja qualquer indicação de autoria ou até mesmo prova da materialidade. Nestes casos não haverá nada o que fazer. A proposta não desconhece essa realidade. Todavia, propõe a transparência, a fundamentação e o controle. Se não houver elementos para proceder, a autoridade policial certificará e o ministério público saberá concordar, ratificando a conduta policial. Confrontando, porém, essa prática com o disposto no art. 28 proposto, conclui-se que a não instauração da investigação há de ser comparada com o seu arquivamento, para que tenham idêntica consequência, qual seja, a revisão obrigatória por um órgão superior do Ministério Público. Esse cuidado é importante, para que, ao final, a sociedade exerça um controle efetivo sobre seus mandatários, que agem em seu nome com o dever de não desistir da persecução penal sempre que houver elementos para agir.

6.4. *Infração penal atribuída à policial.*

Por fim, estabelece o § 7º do artigo 4º que, atribuída a autoria do delito a qualquer policial, a ocorrência será comunicada ao ministério público imediatamente, atendendo ao objetivo, já anunciado, de conferir maior transparência à atividade investigatória. Esta norma é específica e se sobrepõe a outras, visando a maior transparência possível. Trata-se de uma comunicação especial e não da disponibilização de que trata o parágrafo anterior.

A abrangência da norma é a mais ampla possível, envolvendo policiais civis estaduais e federais e policiais militares. A investigação, reforça-se, estará à cargo da própria polícia, que, segundo o código, em regra, é encarregada de todas as investigações criminais. Não há, hoje, qualquer lei, que trate de excepcionar esta regra quando a autoria é atribuída a policial e não seria o código a fazê-lo, pois, como já se disse supra, a designação do responsável pela investigação criminal foi propositadamente evitada. Ao buscar o debate com as corporações, verificou-se que não há consenso sobre uma regra de investigação criminal pelo ministério público, concluindo-se ser melhor deixar o tema para um debate específico.

Não sendo conveniente discutir a matéria em sede de reforma do CPP, a *Comissão Pellegrini* procurou encontrar uma fórmula que proporcionasse o cumprimento de seus objetivos: agilidade e transparência. A polícia faz a investigação, mas, tratando-se de autoria atribuída a policial, comunica ao ministério público imediatamente.

A atribuição da autoria à policial não depende de ato formal de indiciamento. Basta a simples notícia, que poderá ser proveniente de qualquer das formas previstas no art. 4º. Ao receber o requerimento de investigação, a comunicação de qualquer do povo, a representação ou mesmo agindo de ofício, sendo atribuída a autoria a policial, se cumprirá ao disposto no § 7º do art. 4º. Da mesma forma se procederá quando se tratar de flagrante (embora haja regra específica) e do tradicional “auto de apresentação espontânea”.

O ministério público recebe a comunicação com o objetivo de tomar as providências cabíveis. A princípio poderá requisitar o início da investigação, se já

não estiver em curso ou ficar diligências específicas. Poderá, ainda, disponibilizar-se para acompanhar os atos investigatórios e deverá, dentre outras providências, zelar pelo cumprimento dos prazos.

7. *O termo circunstanciado (art. 5º).*

O artigo 5º trata do termo circunstanciado, regulando-o de forma a suprir a omissão do art. 69 da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995). De acordo com o projeto, do termo circunstanciado deverão constar *a narração sucinta do fato e de suas circunstâncias, com a indicação do autor, do ofendido e das testemunhas; o nome, qualificação e endereço das testemunhas; a ordem de requisição de exames periciais, quando necessários; a determinação da sua imediata remessa ao órgão do Ministério Público oficiante no juizado criminal competente, com as informações colhidas, comunicando-as ao juiz e a certificação da intimação do autuado e do ofendido, para comparecimento em juízo nos dia e hora designados.*

Desta forma a lei uniformiza os termos circunstanciados e faz com que não guardem qualquer lacuna. O termo continua sendo aplicado quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo.

8. *A obrigatoriedade do inquérito policial (art. 6º, caput).*

No item 6.3 acima tratou-se do disposto no *caput* do art. 6º, que frisa a obrigatoriedade da investigação, determinando à autoridade policial que, *ao tomar conhecimento da prática da infração penal, instaure o inquérito policial.* Se for caso de infração penal de menor potencial ofensivo, lavrará termo circunstanciado, conforme dispõe o artigo precedente. A importância desta norma é fixar expressamente a obrigatoriedade da investigação criminal. Nenhuma ocorrência poderá ser desprezada, devendo ser alvo da ação policial. Conforme já se disse, evidentemente, se não houver elementos suficientes para começar a agir, não se exigirá da polícia o impossível. Todavia, duas regras devem ser obedecidas: fundamentação e transparência. Não havendo qualquer possibilidade de ação, a autoridade policial declinará exaustivamente os motivos e remeterá o registro da ocorrência, comunicação, documentos, objetos e sua fundamentação para o ministério público, que poderá especificar diligências que poderão elucidar o caso ou concordar com a polícia, promovendo o arquivamento das informações, agindo, no entanto, de acordo com o art. 28 proposto, adiante comentado.

9. *As diligências básicas do inquérito policial (art. 6º, incisos).*

O art. 6º atual estabelece quais são as diligências iniciais do inquérito policial. O projeto estabelece nova redação para os incisos I, IV, V, VI e VII. Ao modificar esses incisos, está, em realidade, revogando algumas disposições atuais e apenas alterando a numeração de outras.

O inciso I trata da preservação do local. O código em vigor estabelece que a autoridade policial deverá dirigir-se ao local da infração, preservando o local

até a chegada dos peritos criminais. A proposta amplia a responsabilidade da polícia, determinando que o local seja preservado *durante o tempo necessário à realização dos exames periciais*. Essa simples alteração visa a evitar que os peritos permaneçam sozinhos no local, sem qualquer proteção policial. Não faz qualquer sentido que o local somente seja preservado até a chegada dos peritos. Impõe-se que a preservação se estenda até o final das diligências periciais. Todo cuidado é pouco quando se trata da preservação dos instrumentos, armas, local e objetos que tiverem relação com o fato criminoso.

A disposição completamente revogada é a que determina a oitiva do ofendido (atual inciso IV). Assim, o que consta do atual inciso V passa a constar, com alterações, do inciso IV. Ao tomar conhecimento da infração penal, não há, ainda, em regra, qualquer indiciado. Por esta razão o código proposto prefere o termo *investigado*, aplicável a todas as situações, pois o indiciado é investigado, mas a recíproca pode não ocorrer. Além da alteração terminológica, o projeto é mais simples, dispensando-se a exigência de duas testemunhas e eliminando a referência desnecessária ao capítulo III do Título VII.

Os atuais incisos VI e VII permanecem, mas são renumerados para V e VI, respectivamente. O novo inciso V trás uma pequena alteração, eliminando-se a referência à acareação. O inciso VI do projeto repete o atual inciso VII, apenas acrescentando a remissão ao art. 159, que foi reformado em outro projeto elaborado pela *Comissão Pellegrini*, que trata das perícias, do perito oficial, do perito *ad hoc*, e do assistente técnico.

Os atuais incisos VIII e IX foram revogados, mas as situações por eles tratadas estão disciplinadas nos §§ 2º e 3º do art. 8º, adiante comentados.

O inciso VII da proposta repete as disposições do atual art. 7º, apenas simplificando sua redação. A reprodução simulada dos fatos somente deverá acontecer quando for estritamente necessária e desde que não contrarie a moralidade ou a ordem pública, evitando-se, assim, o constrangimento causado pelos abusos, sobretudo quando se está sob os holofotes da mídia.

10. *O contraditório pleno nas perícias realizadas durante o inquérito policial.*

O § 1º do art. 6º do novo código estabelece importante regra de obediência à garantia constitucional do contraditório, ao assegurar a participação do ministério público, do ofendido e do investigado nas perícias. Sabe-se que o ordenamento atual, não prevendo essa possibilidade, vem provocando inúmeras repetições de procedimentos periciais, muito especialmente, a exumação cadavérica, que trás mais constrangimento e sofrimento às famílias que muito já sofrem com o fato criminoso.

O denominado “contraditório diferido” é um paleativo que não representa concretamente a garantia constitucional e deve ser evitado, sempre que possível, para que prevaleça o “verdadeiro contraditório”, existente apenas quando às partes é dada a oportunidade de participação antes, durante e após a prática de cada ato.

O § 1º do art. 6º constante do projeto final foi alterado na fase final dos trabalhos da comissão. A alteração é de apenas uma letra, mas trás enormes conseqüências. A princípio o texto tratava dos incisos V a VII. Atualmente, o projeto trata dos incisos V e VII, ou seja, excluiu o inciso VI da incidência da norma prevista no § 1º, que determina que as diligências referidas *deverão ser realizadas com prévia ciência do ministério público e intimação do ofendido e do investigado*. Em conclusão, este dispositivo determina expressamente que, de todas as diligências previstas no art. 6º, somente as que constam dos incisos V e VII serão precedidas da comunicação ao ministério público e ao investigado. As diligências dos incisos V e VII são RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS e REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS. As diligências que foram excluídas da disciplina do § 1º são o exame de corpo de delito e todas as demais perícias.

A comunicação às partes, prevista neste dispositivo, lhes proporcionará oportunidade real para valerem-se do disposto no art. 159, § 3º do código reformado, conforme previsão do projeto sobre PROVAS, que faz parte do conjunto de 7 projetos elaborados pela Comissão Ada Pellegrini. Segundo este dispositivo, serão facultadas ao ministério público e seu assistente, ao querelante, ao ofendido, ao investigado e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

A faculdade prevista neste art. 159 é inerente ao princípio do contraditório, que impõe a participação efetiva das partes nos atos processuais. O art. 159 se refere a todas as perícias e sua redação é semelhante à do inciso VI excluído do § 1º do art. 6º (“*exame de corpo de delito e outras perícias*”). Nossa conclusão é que, embora o § 1º do art. 6º não se refira ao inciso VI, para que as partes possam valer-se do direito conferido pelo art. 159 do novo Código, torna-se imprescindível que sejam previamente cientificados da realização da perícia. A ausência de intimação, quando possível, implicará na nulidade da prova pericial, podendo causar impunidade.

Não se deve admitir o argumento de praxe que aponta para as dificuldades operacionais, como se este fato pudesse se sobrepor às garantias fundamentais emanadas da Constituição Federal. O próprio projeto estabelece, a seguir, normas de simplificação e desburocratização das comunicações e demais atos da investigação criminal e do processo, o que muito facilitará a ciência que se deve dar ao ministério público e a intimação do ofendido e investigado.

11. *A investigação ágil, desburocratizada e transparente (art. 6º, §§ 3º e 4º)*

Disposições importantes são reveladas pelos parágrafos 3º e 4º do novo artigo 6º. Tratam de definir a filosofia dos trabalhos de investigação policial, deixando muito claro, finalmente, que os fins, de modo absoluto, não justificam os meios. Ao contrário, o justo processo é uma garantia do investigado, do indiciado e do acusado, que somente poderão ser privados de seus bens e de sua liberdade se os meios empregados forem lícitos, legítimos, morais e justos, o que somente se configura mediante o atendimento a todas as garantias constitucionais que formam o arcabouço do devido processo legal. Nesse diapasão, não se deve proceder a atos desnecessários, que somente servem

para atender à cultura cartorial burocrática característica de nossa herança romano-lusitana. O povo brasileiro há muito quer livrar-se deste fardo pesado, preferindo que sejam utilizadas as ferramentas da moderna tecnologia, abandonando-se as velhas táticas da pressão, dos longos depoimentos e, sobretudo, do desrespeito aos direitos humanos.

11.1. Investigação célere com depoimentos informais (§ 3º).

Neste novo inquérito, as informações serão colhidas de forma singela e, sempre que possível, celeremente, podendo os depoimentos ser tomados em qualquer local, oral, informal e resumidamente. Isso significa, por exemplo, que não se deve mais perturbar uma testemunha com as tradicionais e agressivas intimações, para que ela compareça na delegacia, no dia e hora que lhe for determinado, sob pena de estar cometendo crime de desobediência. As testemunhas, sempre que possível, poderão ser ouvidas em sua própria casa, em seu local de trabalho e até mesmo na rua, no local e hora do fato. Essas disposições seriam um retrocesso caso estivessem desacompanhadas do elemento que lhes segue, pois os depoimentos tomados fora da delegacia serão singelos, resumidos e informais, dispensando-se transcrição escrita, termos e conseqüentemente, assinatura. Basta lembrar que os depoimentos testemunhais colhidos durante a investigação criminal não podem ser utilizados como provas (art. 7º, parágrafo único do projeto), pois não foram observadas as regras do contraditório, garantia inerente ao devido processo legal. Sendo assim, trata-se somente de submissão à cultura medieval, exigir o comparecimento da testemunha à delegacia de polícia, para prestar um longo depoimento, a ser transcrito, frase por frase, a um escrivão. Toma-se o tempo do cidadão, que normalmente se inibe e tenta fugir à esta responsabilidade, sequer apresentando-se espontaneamente, bem como toma-se grande tempo do delegado de polícia, do escrivão e de outros servidores, ocupando-se dependências e equipamentos públicos que bem poderiam estar servindo às atividades essenciais da investigação.

Um exemplo deve ser dado, quando trata-se de testemunha policial militar. Normalmente, diante da escassez de verbas, viaturas e pessoal, uma equipe da polícia militar é responsável pela vigilância de uma enorme área urbana. Caso esses policiais sejam testemunhas de algum delito (por exemplo, o porte de substância entorpecente), em seguida, deslocam-se para a delegacia de polícia, onde aguardam por várias horas enquanto outros “casos” estão recebendo o tratamento cartorial e, em seguida, ainda permanecem por longo tempo, para que lhe sejam tomados os depoimentos. Enquanto a única viatura policial fica parada em uma delegacia atendendo às regras burocráticas, a população permanece em completo abandono. Essa situação precisa acabar.

Segundo a proposta, os policiais somente resumiriam os fatos, oralmente, para que um servidor da polícia tome pequenas notas. Melhor será se os policiais militares deixarem uma cópia do relatório de suas atividades, servindo esse documento como base para a prisão em flagrante, suficiente, também, para o oferecimento da denúncia. O depoimento testemunhal propriamente dito

somente será prestado uma vez, perante a autoridade judiciária, em frente ao acusado e seu defensor, atendidas todas as garantias.

O mesmo se aplica, ainda por exemplo, no caso de um acidente de trânsito com vítima. Hoje, quando o agente de polícia se desloca ao local do fato (o que normalmente ocorre quando se verifica um óbito instantâneo), ele próprio colhe o depoimento verbal e informal das pessoas que presenciaram o fato, anotando seu nome e qualificação, bem como um resumo de suas declarações. Ele precisa saber se a testemunha presenciou, realmente, toda a dinâmica do acidente ou se apenas presenciou um dos condutores empreender fuga, ou se presenciou um dos condutores alterar os vestígios dos fatos, etc. Ocorre que, em nosso atual sistema burocratizante, essa testemunha é obrigada a comparecer, dias após, a uma delegacia para formalizar todo o depoimento que prestara com muito mais fidelidade no momento e no local dos fatos. Pelo projeto, bastará que o agente “passe à limpo” suas anotações, declarando, ele próprio, tudo o que ouviu das testemunhas, seu nome completo, qualificação e endereço. Isso bastará para o ministério público oferecer a denúncia e requerer o depoimento formal, que acontecerá somente em juízo.

11.2. Registro em audiovisual (§ 4º).

Estabelece o § 4º que os depoimentos, além de informais, poderão ser registrados em áudio ou em audiovisual. Imaginem como não será muito mais fiel à verdade ouvir um depoimento informal prestado pela testemunha no local e na hora do fato, ou logo após, colhido com a utilização de um simples gravador de som com fita cassete ou de uma câmera de vídeo! A fita jamais será transcrita, sendo encaminhada ao ministério público junto com os demais elementos da investigação. O representante do Ministério Público assistirá à fita e nela fundamentará sua denúncia.

Essa abertura para a tecnologia não se limitará aos depoimentos informais, mas será aplicada a todos os depoimentos de testemunhas, do investigado, do indiciado e do ofendido. Conforme salientado acima, jamais haverá necessidade de transcrição dos registros de áudio. Antes que se pense que esses recursos tecnológicos não são acessíveis ao Brasil de verbas curtas, lembremos que esses equipamentos, hoje, custam muito pouco e a economia de tempo e de uso dos equipamentos de registro escrito será muito grande, podendo-se até prever que haverá substancial diminuição de custos na investigação.

12. O objetivo da investigação criminal e a fundamentação da decisão judicial (art. 7º).

O *caput* do art. 7º estabelece, com a necessária clareza, quais são os únicos objetivos da investigação criminal:

- a) formar o convencimento do ministério público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação.

- b) colher elementos necessários à efetivação das medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem autorizadas pelo juiz.

Observação importante, decorrente da garantia constitucional do contraditório, encontra-se no parágrafo único deste artigo 7º: os elementos informativos da investigação criminal **não poderão** constituir fundamento da sentença, ressalvadas as provas irrepetíveis e cautelares, que serão submetidas ao contraditório diferido.

Este dispositivo guarda coerência com o art. 155 do novo CPP, de acordo com a redação que lhe dá o projeto sobre PROVAS, integrante do conjunto de projetos elaborados pela Comissão Ada Pellegrini. Estabelece este artigo que *o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas.*

A proposta original da comissão da *Comissão Pellegrini*, fazia referência ao art. 399. Todavia, a redação deste artigo, que faz parte do projeto sobre PROCEDIMENTOS, foi radicalmente alterada durante a segunda etapa de trabalhos da comissão, impondo-se, assim, a retirada da remissão. O original art. 399 tratava do desentranhamento dos autos da investigação criminal após o recebimento da denúncia e determinava que o juiz que a recebia não poderia ser o mesmo que fosse presidir a instrução e prolatar a denúncia. A proposta se mostrou inovadora em excesso e, infelizmente, não foi bem aceita pela comunidade jurídica. O que se pretendia era a total observância ao princípio do contraditório, impedindo que o juiz sentenciante tomasse qualquer contato com os elementos do inquérito, especialmente os depoimentos do indiciado, ofendido e testemunhas, pois estes depoimentos devem ser prestados em juízo e somente o que é declarado nesta ocasião pode ser considerado como prova.

Não prosperando a proposta original, a Comissão preferiu adotar no art. 155 do projeto sobre PROVAS e no parágrafo único do art. 7º do projeto sobre a INVESTIGAÇÃO CRIMINAL uma determinação expressa de que os elementos do inquérito não poderão constituir fundamento da sentença.

A ressalva das provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis e antecipadas se faz necessária. As provas produzidas cautelarmente são aquelas que perecerão se não foram realizadas em momento específico. Qualquer medida cautelar somente é deferida quando absolutamente necessária e imprescindível, inclusive a produção de provas. Trata-se da proporcionalidade de valores, que permite abrir mão do contraditório em nome de outro princípio constitucional de igual relevância. Embora seja aceitável uma prova produzida cautelarmente, mesmo que as partes de sua produção não tenham participado, o projeto estabelece várias regras que impõe a esta participação, sempre que possível, em todas as medidas cautelares, desde que, evidentemente, a ciência não prejudique a eficácia da colheita dos elementos.

Provas irrepetíveis são aquelas que, por qualquer motivo fático, não podem ser repetidas no processo, com a observância do contraditório. Por

exemplo, o depoimento testemunhal de uma pessoa que não é localizada para prestar depoimento em juízo ou que já tenha falecido. Todavia, impõe-se que o juiz considere esta prova com muito cuidado, consciente de que não foi produzida com a participação das partes. Terá, sem dúvida, um peso menor. Não é porque a “prova” é irrepetível que será considerada plenamente. Em todo caso, será observado o denominado “contraditório diferido”.

As provas antecipadas, que constam somente da redação do art. 155 do projeto sobre PROVAS, são aquelas que foram submetidas ao contraditório pleno, mas cuja produção ocorreu antes do início do processo penal.

13. O respeito ao investigado e seu indiciamento (art. 8º).

13.1. Situação jurídica de indiciado..

O projeto mantém a figura do indiciamento. A princípio, o anteprojeto elaborado durante a primeira fase dos trabalhos da Comissão previa a abolição deste termo, substituindo-o por “suspeito”. As reações foram inúmeras, resolvendo a Comissão não insistir em uma modificação meramente terminológica, que não fazia parte dos seus escopos.

O investigado é aquele sobre quem recai alguma informação que indique ter tido alguma participação no fato ilícito. Caso a investigação leve a polícia a reunir elementos que indiquem a autoria de forma precisa, aquele que está sendo simplesmente investigado passa à condição de suspeito e, na dicção do código, indiciado.

O código fala em atribuir ao investigado, fudamentadamente, a condição de indiciado, qualificando-a de condição jurídica. Hoje em dia o indiciamento se tornou um ato de verdadeira imputação. É até comum a polícia iniciar a investigação informalmente e somente instaurar o inquérito quando entender que existem fundamentos para indiciar alguém. Além de irregular, pois deixa de atender ao comando legal para instauração imediata do inquérito, essa praxe tem significado verdadeiro terror para o “indiciado”, sobretudo porque vem sendo divulgada pela mídia como o ato que identifica o investigado como aquele que está sendo apontado pelo Estado como o autor do delito. Jamais concordei com essa circunstância e creio que a modificação introduzida pela Comissão é tímida o suficiente para deixar as coisas exatamente como estão hoje.

A figura do indiciamento deveria ter sido banida, mantendo-se apenas a do investigado. Quem indica o culpado por uma infração penal é o ministério público ou querelante, mediante a denúncia ou queixa. Não faz qualquer sentido, ao concluir suas investigações, a polícia indicar o culpado mediante um ato formal de indiciamento, situação que se agrava com o texto proposto, quando qualifica o indiciamento como uma situação jurídica.

Na proposta original da Comissão, o termo *suspeito* estava melhor colocado. A comunicação ao suspeito seria como o *aviso de garantia* italiano, destinando-se, exclusivamente, a dar-lhe conhecimento de que investigações

estão se processando. O indiciamento proposto exige fundamentação. Para que a fundamentação seja suficiente para atribuir a alguém a situação **jurídica** de *indiciado*, por certo todas as investigações necessárias já terão sido realizadas. Neste caso, o ato de indiciamento continuará a ser um dos últimos atos da investigação, restando apenas ouvir o próprio indiciado, se ainda não o foi, conhecer sua vida pregressa, se já não se conhece e proceder à sua identificação criminal, quando for o caso.

A uma primeira vista, o termo *fundamentadamente* dá a impressão de que se concede maior garantia ao investigado, pois evita que lhe seja atribuída, levemente, uma condição jurídica gravosa. Todavia, me parece que em diversas situações e para funcionar como um verdadeiro *aviso de garantia*, o investigado deve ser cientificado o mais cedo possível, ainda que não haja qualquer elemento de fundamentação. Cito como exemplo o supra citado direito de ser cientificado previamente da realização de perícias (art. 6º, incisos V a VII e § 1º), para formulação de quesitos e nomeação de assistente técnico. O direito constituído por estes dispositivos são inerentes, não somente ao indiciado, mas igualmente, ao investigado. Sendo assim, ainda que a nova lei não preveja, a polícia deverá cientificar o investigado da realização da perícia. Isso sim é um aviso de garantia, sendo perfeitamente dispensável a formalização da condição jurídica de indiciado, bem como qualquer fundamentação.

13.2. O respeito ao indiciado.

Regulamentando o direito constitucional ao silêncio, o § 1º do art. 8º se utiliza do gerúndio para afirmar que, *o indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais*. Isso quer dizer, à evidência, que o indiciado não é obrigado a comparecer para depor. Há muito já se concluiu que o direito ao silêncio significa que o indiciado não precisa sequer comparecer para depor. Se não está obrigado a falar nem a responder perguntas, não faz sentido obrigá-lo a comparecer. Dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais persistem em relação ao indiciado (e ao acusado, quando for o caso) preso, entendendo alguns que, igualmente, poderá manifestar seu interesse em não comparecer e outros que, por estar preso, com sua liberdade cerceada, poderá ser conduzido coercitivamente. Mesmo assim, jamais será constrangido a falar ou a responder a qualquer pergunta.

13.3. A identificação criminal

O § 2º aponta para a lei específica quando fala de identificação criminal, declarando simplesmente que o indiciado será identificado datiloscopicamente nas hipóteses previstas em lei. A simples menção a outra lei significa que a Comissão resolveu não tratar do assunto (já havia um projeto perto de ser aprovado, que resultou na Lei 10.054, de 7 de dezembro de 2000). A importância do dispositivo do código novo reside apenas em precisar o momento adequado para a identificação, bem como deixar claro que somente o indiciado pode ser identificado, nunca o investigado. Este dispositivo revoga o inciso VIII do atual art. 6º.

13.4. *A verificação da personalidade do indiciado e comunicação de endereço.*

Em seguida, o § 3º do art. 8º estabelece que deve ser investigada a vida progressa do indiciado, ocasião em que serão verificadas as oportunidades sociais que lhe foram oferecidas. Devem ser obtidas informações *do ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, e outros dados que contribuam para a verificação de sua personalidade.*

O § 4º estabelece que o indiciado deve ser instruído quanto à importância de comunicar e atualizar seu endereço. Algumas interessantes sugestões foram apresentadas à Comissão, mas não puderam ser atendidas diante da ausência de maiores estudos que pudessem sustentá-las, tanto do ponto de vista técnico-científico, como em relação à sua constitucionalidade e praticidade. Uma das sugestões criava uma regra mediante a qual a intimação de que lhe fora atribuída a situação jurídica de indiciado, com a advertência do que consta deste § 4º, serviria de citação prévia da ação penal, caso o então acusado não fosse encontrado no endereço fornecido, fortalecendo-se, assim, seu dever de comunicar qualquer alteração. Do ponto de vista prático, a idéia é ótima, pois evitaria a situação prevista no art. 366 e que foi objeto de alteração em projeto próprio elaborado pela própria *Comissão Pellegrini*. Todavia, é difícil sustentar a tese de que a intimação pessoal de que está sendo indiciado supra a futura citação do processo penal.

14. *O prazo para a investigação (art. 9º, caput, § 2º incisos III e IV e art. 10º).*

A fixação de prazo peremptório para o desenvolvimento das atividades investigatórias é um dos pontos polêmicos do projeto, porque alguns pessimistas entendem impossível agilizar a investigação criminal. No entanto, as novidades apresentadas pelo projeto a respeito da desburocratização da investigação e das comunicações entre polícia e ministério público, sem qualquer dúvida, proporcionarão o exato cumprimento dos prazos por ele fixados.

Um avanço prático e substancial é revelado, logo no *caput* do art. 9º, que fixa como termo *a quo* o momento em que a autoridade policial toma conhecimento da infração penal (ocorrência policial), enquanto que, no atual sistema, o prazo conferido ao dirigente da investigação começa no dia que ele próprio determina (a instauração do inquérito).

Assim, a autoridade policial fica obrigado a lavrar o termo circunstanciado ou instaurar o inquérito policial no **prazo de 10 dias**, contado do dia em que a comunicação da infração é realizada, ou seja, quando a polícia recebe o requerimento do ofendido ou de quem tenha capacidade para representá-lo, a requisição do ministério público, a representação, a requisição do Ministro da Justiça, o requerimento de quem tenha qualidade para oferecer queixa-crime ou a simples comunicação por qualquer do povo.

Após a instauração do inquérito, a autoridade que o presidir **dispõe de 20 dias** para realizar todas as diligências necessárias. Imprimindo a nova filosofia

de investigação ágil e transparente, esse tempo será mais do que suficiente. Se o indiciado estiver preso, a investigação criminal deve terminar aqui. Caso esteja solto, decorridos os 20 dias, o inquérito será enviado ao ministério público, mas a polícia poderá prosseguir nas diligências que vem realizando e realizar novas, sem necessidade de qualquer pedido de baixa ou de autorização. Deverá, tão somente, especificar essas diligências, para que delas o ministério público tenha conhecimento.

As opções de conduta do ministério público serão analisadas no tópico seguinte. Ainda sobre o prazo do inquérito, importa apenas saber se o ministério público entendeu oferecer a denúncia de imediato. Caso positivo, a investigação se encerra nesse ponto. Em caso negativo, pode **aguardar 30 dias** para que novas diligências sejam realizadas ou sejam completadas as que já haviam se iniciado. Decorridos 30 dias, com a realização de todas as diligências necessárias, o ministério público deverá proceder à sua decisão final: promove o arquivamento ou oferece a denúncia.

Em conclusão, temos 3 lapsos sucessivos de tempo: a contar do conhecimento do fato, a polícia disporá de 10 dias para instaurar o inquérito; em seguida, em 20 dias deverá concluir as investigações e encaminhar os autos do inquérito ao ministério público; em um terceiro estágio, caso seja necessário e se trate de indiciado solto, a polícia dispõe de 30 dias para concluir todas as diligências necessárias para deslindar os fatos e a investigação criminal estará concluída.

O art. 10 do novo código resume objetivamente tudo o que foi exposto: *o inquérito policial, em qualquer caso, deverá ser concluído no prazo de sessenta dias, contados do conhecimento da infração penal pela autoridade policial, salvo se o indiciado estiver preso, quando o prazo será de vinte dias.*

O prazo total de 20 dias para o réu preso significa que, neste caso, todas as diligências devem ser concluídas nesse período e, recebendo os autos, o ministério público deverá oferecer logo a denúncia ou promover o arquivamento. Restará sempre a possibilidade de as diligências já concluídas não serem suficientes para o ministério público formar sua convicção sobre a viabilidade da ação penal, mesmo tratando-se de indiciado preso. Neste caso, segundo a técnica, o ministério público poderá requisitar novas diligências, que deverão ser concluídas no prazo de 30 dias, mas, por certo o indiciado deverá ser posto em liberdade, pois terá sido extrapolado o prazo para as investigações. Em sentido contrário posicionam-se aqueles que entendem que o correto é somar todos os prazos, para que somente seja considerado excesso se houver decorrido o tempo previsto para toda a atividade persecutória, desde a prisão, até a sentença. Essa tem sido a posição majoritária da jurisprudência em face do código em vigor. Entendemos, no entanto, que não é essa a intenção do projeto, que, mesmo diante desta realidade jurisprudencial, insiste em fixar prazos para cada ato, isoladamente. Por certo, a intenção dos autores do projeto é que cada prazo seja realmente cumprido e, para tanto, as conseqüências devem ser isoladas. Não se pode permitir o excesso abusivo de prazo para a investigação criminal quando nem sequer há indícios suficientes para o oferecimento da denúncia. A prisão cautelar é uma exceção, a regra é a liberdade.

Importante indagação se faz a respeito da possibilidade de não ser suficiente o prazo total de 60 dias, rigorosamente fixado pelo projeto. Há, no entanto, algumas observações que devem ser promovidas, sobretudo no sentido de determinar a observância das demais disposições fixadas neste mesmo projeto. Quando se proclama por maior prazo para o inquérito, logo se vêem em mente os casos de crimes financeiros, que demandam longas perícias contábeis. Para isso, no entanto, o projeto prevê, em seu art. 26, adiante comentado, que a autoridade administrativa deverá remeter as peças de informação diretamente ao ministério público. Nesses casos, a apuração será toda ela realizada pela própria administração, prescindindo-se, em regra, do inquérito policial.

Conforme já se disse supra, o projeto impõe uma disciplina investigatória moderna, despreendida dos ranços burocráticos atuais. Os depoimentos testemunhais serão singelos, orais, resumidos e sem necessidade de transcrição escrita, mas, no máximo, gravados em vídeo ou audiovisual.

Por outro lado, outro projeto do mesmo conjunto de propostas elaborado pela Comissão Pellegrini prevê que o juiz, antes do recebimento da denúncia, poderá realizar diligências instrutórias, o que significa que eventual omissão da investigação criminal será suprida nesta ocasião.

Qualquer lei nova somente será útil se acompanhada de mudança de conduta e de mentalidade por parte de seus operadores. Analisar a aplicabilidade dos novos prazos para o inquérito somente será uma tarefa construtiva se os olhos se voltarem para o futuro e se os responsáveis pela administração pública (Executivo, Ministério Público e Judiciário) se derem conta de que possuem uma importante tarefa a cumprir.

15. *A definição dos papéis na persecução penal.*

A polêmica tese sobre a transferência da responsabilidade pela investigação criminal para o Ministério Público não foi absorvida pela Comissão. O projeto define, precisamente, os papéis concernentes à persecução penal. Simplificando a linguagem, a polícia investiga, o promotor acusa e o juiz julga. Por outro lado, seguindo a técnica de *freios e contrapesos*, foi estabelecido um certo equilíbrio, com vistas a valorizar as atividades de controle (transparência) e, acima de tudo, proporcionar agilidade à investigação.

Em decorrência dessa orientação, à polícia foi atribuído somente o papel de investigar, mas foi mantido o canal de comunicação direta com o juiz (com o objetivo de não prejudicar o escopo da agilidade); ao ministério público foi atribuído o papel de acusar, decidindo sobre o arquivamento, sem qualquer participação do juiz (conforme se verá adiante nos comentários ao art. 28) e de controlar a atividade policial (em obediência ao art. 129, inciso VII da Constituição Federal), mas não lhe foi estabelecido o papel de investigador. O ministério público possui ampla liberdade (conforme já acontece com o código atual) de requisitar qualquer diligência que entenda necessária, mas o código não lhe confere a função de, ele próprio, proceder à investigação; ao juiz foi atribuído o papel de decidir quanto ao recebimento da acusação, ao pedido de medida

cautelar e, como é natural, o papel de julgar o acusado, jamais interferindo diretamente na investigação, nem tampouco, no exame da viabilidade de ser proposta a ação penal. De acordo com o novo texto, o arquivamento não será mais apreciado pelo juiz.

Atualmente os autos do inquérito policial são remetidos ao juiz e a ele é dirigido o requerimento da polícia para a realização de qualquer diligência. Trata-se de séria distorção da função jurisdicional, que somente deve atuar quando se tratar de restrição ao direito aos bens e liberdade das pessoas, consoante disposto no art. 5º, incisos XXXV e LIV. A jurisdição somente é obrigatória quando a atividade administrativa pretende atingir bens ou liberdade e o atingido poderá recorrer ao judiciário sempre que houver lesão ou ameaça aos seus direitos. Fora desses casos, pode e deve atuar livremente qualquer autoridade pública, desde que, evidentemente, aja nas hipóteses e forma prescritas em lei.

Não é, pois, necessária autorização judicial para se desenvolver a investigação criminal. Esta autorização somente se fará necessária quando, para a investigação bem sucedida, for imprescindível invadir a esfera de direitos fundamentais de alguém. Nestes casos, já diz o código (art. 10, § 2º do projeto ora comentado e todas as disposições do projeto sobre MEDIDAS CAUTELARES) que somente se pode agir por ordem judicial. Em geral, no entanto, procede-se a investigação sem qualquer interferência judicial.

No mesmo sentido, entende-se que as disposições do código de 1941 referentes ao controle do inquérito policial pelo juiz, sobretudo as que se referem à remessa dos autos e ao pedido de autorização para a realização de diligências (exceto as que atingem bens e direitos de qualquer pessoa) não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

16. A remessa dos autos ao Ministério Público e a continuidade da investigação sem entraves burocráticos (art.9º, § 1º).

A princípio pode-se pensar que o projeto não está apresentando nenhuma inovação, pois o sistema vigente já prevê as hipóteses arroladas no § 2º do art. 9º (denúncia, arquivamento ou novas diligências). Todavia, sutis diferenças, apresentadas no § 1º, certamente proporcionarão uma enorme transformação na atividade de persecução penal.

Os autos da investigação serão remetidos diretamente ao ministério público e não mais por intermédio do juiz, como ocorre hoje. É certo que em alguns estados isso já acontece, mas trata-se de acordos isolados, que passam ao largo das disposições legais. Com a vigência do novo código, a prática que hoje depende da boa vontade de corregedores passará a se constituir na regra geral.

A remessa do inquérito à Justiça, onde são, simplesmente, registrados e encaminhados ao ministério público, tem sido motivo de enorme retardamento da investigação criminal. A proposta, mais uma vez, deixa para trás a mentalidade burocratizante. Afinal, a investigação destina-se a oferecer subsídios para o órgão

acusador e não há qualquer justificativa de ordem prática ou teórica para determinar a participação do juiz, que, em realidade, nada faz, senão somente servir de intermediário e cartorário.

Outro fator de retardamento da investigação, o que geralmente ocasiona sérias lesões à sua qualidade, tem sido o “sobe e desce” físico dos autos. A polícia envia os autos ao juiz, que simplesmente os registra e os remete ao ministério público. Este, por sua vez, apõe a sua tradicional cota “*pela baixa*” e devolve os autos à Justiça, que os devolve à autoridade policial. O resultado é que, geralmente, demora-se mais com a subida e descida dos autos do que com a realização das diligências solicitadas.

O projeto corta esse mal pela raiz. Não há mais pedido de baixa. Ao remeter os autos da investigação criminal especificando diligências que ainda precisam ser realizadas ou completadas, a autoridade policial não deve cessar as atividades que já vem realizando e pode, independentemente de qualquer autorização, realizar as novas diligências especificadas.

À medida que a polícia realiza ou completa cada diligência, deve transmitir seus resultados, imediatamente, ao ministério público. Por outro lado, se o ministério público entender desnecessárias tais diligências, oferecendo, desde logo, a denúncia ou arquivando a investigação, está obrigado a comunicar essa sua opção, imediatamente, à autoridade policial, de forma a evitar que sejam procedidas novas diligências desnecessariamente.

Para a realização de novas diligências ou complementação das que já vem sendo realizadas, a autoridade que preside a investigação não necessita dos autos correspondentes. Eles permanecem com o ministério público, não retornando à origem. Pode-se reproduzir as peças necessárias antes da remessa da investigação ao ministério público. Isso evitará o tempo perdido com o mencionado “sobe e desce” dos autos. Na era da informática, tudo é registrado no computador da polícia e vão ao ministério público apenas as “impressões”. Dentro em breve isso sequer será necessário e o ministério público terá acesso direto ao “sistema” policial. Essa evolução é simples e barata, já sendo realidade em vários lugares do Brasil.

Esse novo sistema impõe uma radical mudança de mentalidade em todos seus operadores. Evidentemente, a lei não pode fazer tudo. Ela cria mecanismos e retira exigências burocráticas, liberando os atores do processo para valerem-se de sua inteligência, bom senso e criatividade. A operação do sistema é que dirá sobre o acerto das novas idéias.

17. As opções de conduta do ministério público quando recebe os autos da investigação criminal (art. 9º, § 2º).

O parágrafo 2º do artigo 9º do projeto prevê as quatro condutas possíveis ao ministério público, quando este recebe o inquérito policial:

I - *oferecer a denúncia;*

- II - *promover o arquivamento da investigação, consoante o art. 28;*
- III - *aguardar por até trinta dias as diligências especificadas pela autoridade que presidiu a investigação;*
- IV - *requisitar, fundamentadamente, a realização de diligências complementares, indispensáveis ao oferecimento da denúncia, que deverão ser realizadas em, no máximo, trinta dias.*

17.1. *O oferecimento da denúncia.*

A primeira opção é a mais simples, porém, levadas em consideração as novas disposições a respeito do recebimento fundamentado da denúncia (contidas no projeto sobre PROCEDIMENTOS), por certo o ministério público terá que reavaliar sua atual estratégia, tanto quanto em relação a redação da denúncia, quanto a tradicional *cota* promovida, hoje, somente com o objetivo de anunciar a juntada da peça inicial. De acordo com o projeto de PROCEDIMENTOS, o juiz deverá citar o acusado antes de receber a denúncia, concedendo-lhe oportunidade para realizar uma verdadeira defesa prévia. Após receber esta defesa o juiz poderá realizar uma mini-instrução, se for necessária, podendo ouvir o acusado e testemunhas. Em seguida, fundamentadamente, receberá ou rejeitará a denúncia.

Sempre que uma lei determina que o juiz fundamente sua decisão, as partes interessadas devem, ao menos por estratégia, apresentar seus argumentos da forma mais clara e ampla possível, com vistas a convencer o juiz e fornecer-lhe os subsídios necessários à sua fundamentação. Pelo projeto, a decisão do ministério público em oferecer a denúncia se pautará pelo equilíbrio entre a necessidade de fundamentação da decisão de receber a denúncia e a possibilidade de realização da mini-instrução, conforme supra discorrido.

17.2. *O arquivamento da investigação criminal.*

A segunda alternativa para o ministério público é promover o arquivamento da investigação, o que fará sempre que convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia e, conseqüentemente, para seu recebimento fundamentado pelo juiz. O inciso II do § 2º do art. 9º do novo texto apresenta referência expressa ao art. 28, dispositivo radicalmente alterado pela *Comissão Pellegrini*. Este tema, então, será mais amplamente comentado infra, quando se tratar do artigo referido.

A *priori*, no entanto, deve-se esclarecer que, em consonância com o novo art. 28, que esgota no Ministério Público a análise da viabilidade da acusação, o dispositivo ora comentado vale-se da expressão *promover o arquivamento* e não *requerer o arquivamento*, como está contido no código vigente. A simples utilização do vocábulo “*promover*” indica que o ato do arquivamento deixa de ser complexo e passa a ser de atribuição exclusiva da instituição do Ministério Público.

17.3. Novas diligências.

Os incisos III e IV do § 2º do art. 9º do projeto dizem respeito à terceira e quarta opções para o ministério público, possuindo um traço em comum. Se persistirem dúvidas e os elementos da investigação não forem suficientes para sustentar a denúncia, nem houver inequívoco fundamento para o arquivamento, os fatos podem ser melhor esclarecidos com a realização de novas diligências.

De acordo com o inciso III, o ministério público poderá aguardar as diligências especificadas pela autoridade que presidiu a investigação. Já o inciso IV se refere às diligências requisitadas pelo órgão de acusação. Em ambos os casos, o prazo para a realização das diligências é de 30 dias.

17.4. Diligências especificadas pela autoridade que preside a investigação.

A especificação de diligências pela autoridade dirigente da investigação foi bem descrita no item anterior, mas alguns esclarecimentos devem ser acrescentados.

Após remeter os autos da investigação criminal ao ministério público, a autoridade policial tanto poderá prosseguir nas diligências em andamento, como poderá iniciar outras que entender necessárias. Pode acontecer, ainda, que alguma diligência implique na necessidade da realização de outra. Exemplo: a diligência de busca e apreensão de documentos proporcionará a necessidade de perícia nesses documentos. Isso quer dizer que o dinamismo indispensável à uma boa investigação foi incentivado pelo projeto. Impõe-se a agilidade e não se impede a livre atividade policial em nome da economia de tempo.

De acordo com a sistemática atual, após os 30 dias iniciais do inquérito, a polícia está obrigada a requer ao juiz a realização de qualquer diligência e o juiz somente se pronuncia após a manifestação do ministério público. O projeto, no entanto, valoriza, sobremaneira, o trabalho da polícia, que poderá realizar qualquer diligência sem qualquer autorização do juiz ou do ministério público (exceto as medidas cautelares, que exigem a autorização judicial). Os autos da investigação são remetidos ao ministério público, mas a polícia, ato contínuo, prossegue com as diligências que entender necessárias.

17.5. A requisição fundamentada de novas diligências pelo ministério público.

Da mesma forma que é possível à autoridade policial especificar diligência, mas o ministério público pode considerá-las desnecessárias, oferecendo logo a denúncia ou promovendo o arquivamento (ver comentários no próximo item), o contrário, também, pode acontecer, ou seja, a polícia pode dar por concluída uma investigação e o ministério público entender que ainda é necessária alguma diligência complementar, para dar suporte à denúncia ou ao arquivamento. Neste caso, requisitará, fundamentadamente, a diligência, mas os

autos da investigação não retornarão à origem. Bastará uma simples comunicação à polícia, requisitando as diligências.

A fundamentação exigida pelo dispositivo, evidentemente, não é dirigida ao presidente do inquérito, pois este não pode recusar-se a atender à requisição do ministério público. Na realidade, não há como forçar o ministério público a optar, desde já, pelo arquivamento ou oferecimento da denúncia. Se este órgão ainda não se convenceu da existência de base para o oferecimento da denúncia ou arquivamento, resta atender à sua requisição. Para tanto, a requisição será especificada, vedando-se ao ministério público simplesmente requisitar “novas diligências”, genericamente mencionadas. Há que detalhar a sua requisição. Se a polícia deu por encerrados seus trabalhos e o ministério público não sabe qual diligência seria necessária para sustentar a peça acusatória, então deverá promover ao arquivamento da investigação criminal.

A fundamentação está prevista, neste dispositivo, como reafirmação da legitimidade do ministério público, pois toda a sua atuação deve ser fundamentada, sendo-lhe vedado agir por seu livre arbítrio. O ministério público tem o dever de buscar a punição devida aos que são apontados com autores dos diversos delitos. Sempre que deixar de agir nessa direção deve estar pautado por uma sólida razão. Sua fundamentação é dirigida à sociedade, como uma satisfação pelo não oferecimento imediato da denúncia.

Da mesma forma que ocorre quando a própria polícia especifica novas diligências e, ao final, remete seu conteúdo em autos suplementares, quando o ministério público requisita o prosseguimento das investigações, os autos não retornam à polícia e o resultado das diligências requisitadas serão encaminhadas em autos suplementares, aplicando-se o § 4º às situações previstas nos incisos III e IV.

18. *Oferecimento de denúncia não obstante aa requisição de diligências (art. 9º, § 3º).*

O projeto diz que *a requisição de novas diligências não obsta ao oferecimento da denúncia*. Esta é a hipótese em que, passados os 20 dias iniciais de investigação, a polícia encaminha os autos correspondentes ao ministério público, especificando diligências que está, ainda, realizando, ou que irá proceder, tudo na conformidade do inciso III do § 2º do art. 9º. Observa-se, pois, no § 3º, uma incoerência na linguagem. O § 3º usa a expressão “**requisição de diligências, na forma prevista no parágrafo anterior**”, mas está se referindo apenas às diligências mencionadas no inciso III deste parágrafo anterior e este dispositivo trata das *diligências **especificadas pela autoridade que presidiu a investigação*** e não de diligências requisitadas.

A autoridade policial não requisita novas diligências. De acordo com o projeto, essa prática, prevista no código em vigor, será totalmente abolida. Esta autoridade, se entender que deve prosseguir nas diligências, prossegue, normalmente suas atividades e apenas envia comunicação ao ministério público, *especificando* as diligências que ainda não concluiu e aquelas que sequer

começou a praticar. Neste caso, diz o § 3º do art. 9º, o ministério público não estará obrigado a aguardar a realização de tais diligências, pois ele é quem, por incumbência constitucional e legal, saberá se os elementos de informação que dispõe já são suficientes para sustentar a peça acusatória. Se assim for o ministério público oferecerá, desde logo, a denúncia, comunicando o fato à autoridade que presidiu a investigação criminal, que cessará suas atividades imediatamente.

19. *Autos suplementares (art. 9º, § 4º).*

Encerrada a investigação, com a realização das diligências a que se referem os incisos III e IV supra comentados, a autoridade policial fará novo relatório, remetendo-o ao ministério público, juntamente com as peças elaboradas, documentos juntados e fitas que, porventura, tenham sido gravadas. Os autos suplementares a que alude o § 4º, bem como os autos originais da investigação criminal não serão como os atuais, repletos de papel. O conceito de documento já foi alterado pela sociedade moderna e o projeto do novo código procura ser contemporâneo. Oferecimento de denúncia não obstante a requisição de diligências (§ 3º).

20. *Condutas possíveis ao ministério público após a realização das diligências complementares (art. 9º, § 5º).*

Com o novo código, não haverá qualquer possibilidade de se proceder ao *ping-pong* praticado atualmente, com a *subida e descida* dos autos do inquérito por vezes infinitas. Vamos, primeiro, recapitular as fase e os prazos, conforme comentário ao art. 10 supra (item 14): o registro da ocorrência ocorre imediatamente após a comunicação do fato; o inquérito é instaurado até 10 dias após o registro da ocorrência; em 20 dias, a investigação é remetida ao ministério público; se novas diligências forem necessárias e o iniciado solto, aguarda-se mais 30 dias, no máximo. Depois, então, desses 60 dias, a investigação tem que estar concluída e o ministério público, conforme disciplina o § 5º ora comentado, recebendo os autos suplementares da investigação, após efetivamente realizadas as diligências especificadas ou requisitadas, **somente** poderá oferecer denúncia ou promover o arquivamento. O projeto não menciona qualquer possibilidade de retorno à polícia ou requisição de novas diligências.

É muito importante retornar à atenta leitura das disposições deste projeto, juntamente com os outros seis que foram elaborados pela *Comissão Pellegrini*, para que se compreenda a factibilidade das últimas duas disposições comentadas: prazo total de 60 dias e impossibilidade de novas diligências.

Em primeiro lugar, deve-se retornar aos dispositivos sobre a desburocratização e agilização da investigação criminal. Com a nova lei, os depoimentos poderão ser informais. Não será mais necessário retornar os autos do inquérito à polícia para o depoimento formal de uma testemunha que já foi entrevistada informalmente pelo agente de polícia. Essa entrevista informal será o depoimento único que esta testemunha prestará na fase policial. Com a aplicação

adequada dessa nova orientação, o tempo da investigação será reduzido drasticamente.

Ainda que seja necessário colher um depoimento formal e pormenorizado, o projeto estabelece que este depoimento não será transcrito, como ocorre hoje. No lugar de ditar todas as respostas a um escrivão, que datilografa ou digita o depoimento, este será gravado em áudio ou audiovisual e a respectiva fita será enviada, na íntegra ao ministério público, proporcionando, além da fidelidade da informação, grande fator de agilização.

As investigações prosseguem mesmo com a subida dos autos para o ministério público, sem provocar solução de continuidade e, conseqüentemente, os autos da investigação não retornam à polícia para a realização de novas diligências. A inexistência de interrupção implicará na maior agilização.

Estas e outras inovações do projeto proporcionarão uma rápida investigação, aumentando a qualidade de seu resultado. O tempo menor significa a probabilidade maior de todas as diligências necessárias serem efetivadas dentro do prazo total de 60 dias. A melhor qualidade significa a probabilidade de não ser necessário requisitar novas diligências.

Adiantando os olhos ao disposto no art. 26 reformado, que determina à autoridade administrativa a remessa dos processos administrativos diretamente ao ministério público, quando se tratar de crime contra o sistema financeiro nacional, a ordem econômica ou tributária. Esses costumam ser os casos em que é necessária uma longa investigação, sobretudo pela necessidade de perícias complexas, mas a nova disposição exclui qualquer atividade policial na apuração, considerada, hoje, desnecessária.

A remessa direta ao ministério público significa, porém, que todas as diligências devem estar concluídas, pois, caso contrário, se o ministério público requisitar qualquer complementação, o prazo de 30 dias, previsto no art. 9º, § 2º, inciso IV, deve ser rigorosamente cumprido.

21. As alternativas do ofendido diante da inércia da polícia e do ministério público (art. 10, § 1º e art. 14).

O *caput* do art. 10º do projeto trata do prazo total para o inquérito, fixando-o em 60 dias quando se tratar de indiciado solto e em 20 dias quando preso. Antes, em diversas disposições, trata-se dos prazos intermediários, que somados, resultam no prazo fixado no art. 10 (ver comentários supra, itens 14 e 17). Esses prazos são dirigidos, especialmente, à autoridade que preside o inquérito.

Em todos os casos, no entanto, a polícia judiciária é chamada a atuar, com prescrições e prazos determinados. Configura-se abuso qualquer descumprimento injustificado dos prazos. Diante dessa possibilidade, o novo código prevê a possibilidade de opção por parte do prejudicado, podendo ele dirigir-se à autoridade policial superior ou ao ministério público. Poderá, também,

evidentemente, primeiro dirigir-se à autoridade policial superior, para depois, caso não seja atendido, representar ao ministério público.

O projeto não apresenta nenhuma novidade neste sentido. O recurso à autoridade policial superior é decorrência do sistema administrativo. Em qualquer repartição, não sendo devidamente atendido, o cidadão que se sentir prejudicado pode e deve recorrer ao superior hierárquico. Também não é novidade que qualquer pessoa pode dirigir-se ao ministério público requerendo sua interferência no inquérito policial, visando ao êxito das investigações e a responsabilização dos que estão descumprindo as regras vigentes, inclusive a que concerne aos prazos.

O ministério público possui atribuição para agir em face de qualquer serviço público, quando constata que os direitos do cidadão não estão sendo respeitados. Para tanto, a Lei Complementar 75, de 1993, criou o cargo de Procurador Federal dos Direitos do Cidadão. A atuação do ministério público de controle sobre o inquérito policial é decorrência das regras gerais sobre as atribuições deste órgão, bem como da disposição constitucional específica constante do art. 129, inciso VII.

A norma do § 1º do art. 10 é ampla, pois abrange *qualquer dos prazos assinados à polícia judiciária*. Enquanto este dispositivo cuida de fazer valer os prazos, o art. 14 dispõe sobre o direito do ofendido, investigado e indiciado requererem à polícia ou ao ministério público a realização de qualquer diligência.

Note-se, então, que não somente o ofendido pode requer diligências, mas, igualmente, o investigado e o indiciado. Isso quer dizer que o serviço público da polícia judiciária visa a obtenção da verdade e a defesa dos valores sociais protegidos pela Constituição Federal e pelas leis do país. Não importa se a diligência requerida será de valia à acusação ou à defesa, a investigação será realizada.

O parágrafo único do art. 14 estabelece disposição semelhante à do art. 10º, § 1º, pois faculta ao prejudicado, quando seu pedido de diligência for indeferido, recorrer à autoridade policial superior e/ou representar ao ministério público. Em outras palavras, não somente quando o prazo for descumprido, mas quando for indeferido algum requerimento de diligência, aquele que se vê prejudicado pode valer-se do recurso administrativo ou da representação ao ministério público, podendo, igualmente, apresentar primeiro o recurso e, caso não atendido, representar ao ministério público.

O ministério público pode requisitar qualquer diligência e sua requisição jamais poderá deixar de ser atendida, pois, sendo o autor da ação penal, é de sua responsabilidade obter as provas necessárias ao recebimento da denúncia e, mais tarde, à procedência de seu pedido de condenação. Podendo requisitar diligências *ex officio*, evidentemente, pode, também, o ministério público requisitá-la em decorrência de uma representação que lhe é dirigida pelo interessado.

22. *Diligências que dependem de autorização judicial (art. 10º, § 2º e art. 13, inciso IV).*

Trata-se de disposição que tomou dias de discussão no seio da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal é claro ao dispor que é função institucional do ministério público *promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*. Tão logo foi promulgada a Constituição, o Colégio de Procuradores de Justiça do Brasil proclamou o fim do processo penal de iniciativa do juiz e do delegado de polícia, prevista pelo ordenamento vigente. Não houve resistência, nem questionamentos. Os juizes e delegados, desde 5 de outubro de 1988, não baixaram qualquer portaria iniciando algum processo penal.

Todavia, um resquício do sistema anterior continua se operando na prática e o projeto, *data venia*, não logrou suprimi-lo definitivamente. Trata-se do pedido de prisão e outras medidas cautelares promovido diretamente pelo delegado de polícia. Ação cautelar é ação penal e qualquer iniciativa para provocar a jurisdição, seja ela de conhecimento, cautelar ou de execução, nos termos do inciso I do art. 129 da Constituição Federal, é privativa do Ministério Público.

A *Comissão Pellegrini* desenvolveu um projeto tratando exclusivamente da prisão, medidas cautelares e liberdade. O art. 282, § 2º deste projeto estabelece que as medidas cautelares *serão decretadas de ofício, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial*. Coerentemente, o § 2º do art. 10, ora comentado, dispõe de forma semelhante.

Diz esse dispositivo que *as diligências que dependerem de autorização judicial serão requeridas ao juiz competente pelo ministério público, autoridade policial, ofendido, investigado ou indiciado*. A regra é clara e dispensa maiores comentários: qualquer desses nominados é parte legítima para propor ação cautelar visando a autorização das diligências que somente podem se realizar por ordem judicial.

Segundo nossa crítica, somente o investigado, indiciado e o ministério público são constitucionalmente legitimados para tal medida. O ministério público porque é titular exclusivo da ação penal, seja ela de que natureza for. O investigado e o indiciado porque são parte passiva da ação penal e como se sabe, tanto autor quanto réu da ação principal são legitimados para propor a ação cautelar.

O ofendido, atuando como assistente da acusação, igualmente assume o pólo ativo da relação processual, estando, pois, legitimado para a ação cautelar.

Dos que estão relacionados no § 2º do art. 10 ora comentado, somente a polícia não tem legitimação para a ação penal. Não poderia, então, ser legitimada para a ação cautelar. Todavia, não foi essa a orientação que dominou na Comissão e o texto proposto é claro ao dizer que *as diligências que dependerem de autorização judicial serão requeridas ao juiz competente pelo ministério público, autoridade policial, ofendido, investigado ou indiciado*.

23. *Providências cartoriais (arts. 11 e 12).*

Os artigos 11 e 12 do projeto referem-se a algumas providências que devem ser tomadas pelo cartório ou secretaria do juízo.

O art. 11 do projeto praticamente repete o atual, apenas substituindo a expressão “instrumentos do crime” por “instrumentos da infração penal”. A modificação, apenas terminológica, utiliza-se do termo mais apropriado tecnicamente.

Os instrumentos a que se refere este dispositivo são aqueles que foram utilizados na prática da infração e que, naturalmente, já passaram pelo exame pericial. Por outro lado, a expressão “objetos que interessarem à prova” refere-se aos objetos que, em si, já se constituem em prova.

Todos esses objetos e instrumentos devem ser remetidos ao ministério público, para onde são encaminhados os autos da investigação e devem, obrigatoriamente, acompanhá-los, quando do oferecimento da denúncia, permanecendo em poder da Justiça até o trânsito em julgado da decisão.

O art. 12 do projeto determina que *os autos da investigação instruirão a denúncia ou a queixa, sempre que lhe servirem de base*. A alteração promovida, igualmente, é apenas terminológica. Em primeiro lugar substituiu-se a expressão “*inquérito policial*” por “*autos da investigação*”. Essa alteração destina-se a compatibilizar o novo código com a novidade introduzida pela Lei 9.099, de 1995, que instituiu os juizados especiais e determinou que a atividade policial para as infrações penais de menor potencial ofensivo se processe mediante *termo circunstanciado*. Havendo, hoje, duas espécies, a lei deve referir-se ao gênero quando se referir às duas.

A segunda alteração apenas substitui a expressão “*uma ou outra*” pelo pronome “*lhe*”, visando a aperfeiçoar a linguagem.

Importante observação se faz necessário, sobretudo para aqueles que acompanharam, desde o início, os trabalhos da reforma. A primeira proposta da *Comissão Pellegrini* em relação ao projeto sobre PROCEDIMENTOS incluía um comando para o desentranhamento do inquérito policial após o recebimento da denúncia, para que não “contaminasse” o juiz sentenciante, que seria diverso daquele que admitira a acusação. Ambas as novidades foram afastadas e o atual projeto não determina o desentranhamento do inquérito nem a substituição de juiz. Tivessem sido mantidas estas alterações, o inquérito policial somente acompanharia a denúncia até o momento em que esta fosse recebida, retornando, depois, ao ministério público. Todavia não se obteve a necessária compreensão da comunidade jurídica para esta importante proposta, de cunho fortemente garantista.

24. *A nomeação de curador para menor (art. 15)*

Muitos têm sido os problemas causados pela nomeação de curador aos indiciados menores de 21 anos. A lei, hoje, não faz qualquer restrição a respeito da pessoa que atuará com esse múnus e tem sido costume a nomeação

de servidor da própria polícia. Efetivamente, o escrivão de polícia ou outro servidor deste órgão não tem condições de agir com a independência necessária, não possuindo, ainda, capacidade postulatória para atuar em favor do menor.

O projeto, então, procura disciplinar o que já vem sendo aconselhado pela doutrina, trazendo, neste aspecto, algumas inovações. O projeto indica que deve ser nomeado, preferencialmente, um advogado, vedando a nomeação de pessoa analfabeta e de servidor da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

A nomeação de advogado já vem sendo a orientação da doutrina e jurisprudência, que, não considerando nula a nomeação de curador leigo, observa que melhor seria a nomeação de um profissional que possua capacidade postulatória plena. Não poderia, no entanto, o projeto, impor a nomeação de advogado, pois, como se sabe, são inúmeras as circunscrições policiais onde não há advogado residente. Espera-se que a norma do art. 15, embora tenha uma redação programática, seja bem interpretada pelas autoridades policiais, a ponto de somente nomearem curador leigo quando for realmente impossível encontrar um advogado na localidade.

O projeto diz, ainda, que não poderá ser curador pessoa analfabeta. Esse dispositivo, aparentemente, seria dispensável, mas nem sempre o bom senso tem vigorado na hora da escolha do curador e, por incrível que pareça, pessoas analfabetas têm sido nomeadas para assistir menores, inclusive na ocasião em que prestam suas declarações. Considerando que as declarações do indiciado, hoje, são sempre transcritas, colhendo-se sua assinatura, é inadmissível que pessoa analfabeta atue na qualidade de curador, pois está impossibilitado de conferir a transcrição. O projeto, então, estabelece esta vedação com o objetivo de regular uma prática que já tem sido adotada na maioria esmagadora dos casos, mas não em todos, infelizmente.

O projeto, veda, igualmente, que seja nomeado curador qualquer servidor da polícia, do Ministério Público e da Justiça. Ao tratar dos problemas que atualmente ocorrem com a nomeação de servidor da própria polícia, a Comissão não poderia estabelecer uma vedação que atingisse somente os servidores de um órgão. Por esta razão, ampliou a disciplina da matéria, para que fossem atingidos todos os servidores dos três órgãos que participam do processo penal.

A vedação atinge não somente os servidores “do quadro”, mas todos aqueles que prestam serviços, ainda que contratados através de empresas de mão de obra. Essa observação é importante, pois tem sido comum a administração pública contratar empresas para prestar serviço de limpeza, vigilância e copa. Não seria correto que o Delegado de Polícia deixasse de nomear seu escrivão para atuar como curador do menor, para que a escolha recaia sobre a “moça do cafezinho”. Ambos são servidores da polícia, um servidor estatutário, outro contratado indiretamente. Ambos não possuem independência em relação à autoridade que dirige o inquérito.

25. *A garantia constitucional da fundamentação (art. 16)*

O projeto estabelece, em seu art. 16, sobre a necessidade de fundamentação para todos os atos oriundos da polícia e do ministério público. Trata-se do desdobramento da garantia constitucional dos atos judiciais. O art. 93 inciso IV da Constituição Federal determina que todas as decisões judiciais serão públicas e fundamentadas. Sem a fundamentação o ato é nulo. Grande polêmica, porém, foi estabelecida a respeito do ato judicial que recebe a denúncia. Segundo a melhor orientação doutrinária, a denúncia é recebida mediante decisão e, por conseqüência, deve ser fundamentada. O código proposto elimina qualquer dúvida, ao estabelecer para o novo art. 396, no projeto sobre PROCEDIMENTOS, que o juiz, ***fundamentadamente***, *decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa.*

Este tema relaciona-se, plenamente, com o artigo ora comentado. O art. 16 do projeto sobre a INVESTIGAÇÃO CRIMINAL impõe à autoridade que preside a investigação e ao ministério público que indiquem os fatos que os determinarem e fundamentem todos os atos por eles praticados. Sabe-se que todos os atos praticados durante a investigação visam tão somente a definição da viabilidade do recebimento da denúncia. Sendo o recebimento da denúncia uma decisão fundamentada, não serviria como fundamentação judicial qualquer referência do juiz aos atos praticados na investigação se estes atos, por sua vez, não tivessem sido cometidos depois de acurada fundamentação. Trata-se de uma decorrência lógica. Os atos judiciais devem ser fundamentados, portanto os atos que sustentam as decisões judiciais, igualmente, assim devem ser.

A autoridade que preside a investigação deve fundamentar, por exemplo, o ato que especifica diligências que ainda devem ser praticadas na investigação. Ao fazê-lo, está se dirigindo ao ministério público, pois somente a este compete decidir se as diligências são ou não necessárias para o exercício da ação penal. Mesmo assim, a fundamentação para a especificação de novas diligências se constitui em um ato autônomo e destina-se, também, a legitimar o trabalho da autoridade que dirige a investigação. A fundamentação é uma satisfação que se dá aos superiores hierárquicos, ao destinatário da investigação (ministério público ou querelante), ao juiz e, o que é mais importante, à sociedade, que espera que seus servidores somente pratiquem atos necessários e úteis.

O mesmo ocorre com o ministério público. Embora seja ele quem decida sobre a viabilidade da propositura da ação penal, buscando obter, antes, todos os elementos necessários, deve, sempre, fundamentar seus atos, sobretudo quando se dirige à autoridade policial para requisitar alguma diligência. Não que esta autoridade tenha o poder de avaliar a fundamentação, pois está sempre obrigada a atender à requisição. Mas é que as diligências policiais, como visto acima, por vezes são providências drásticas e não podem ser praticadas sem justificativa plausível. O ministério público, quando fundamenta suas requisições, está obrigado a demonstrar, antes, sua utilidade e necessidade. Dirige-se, o ministério público, ao delegado de polícia, mas, igualmente, aos órgãos superiores de sua instituição, ao juiz e, repetindo, à toda sociedade.

A fundamentação dos atos da autoridade policial e do ministério público consiste, em primeiro lugar, na indicação dos fatos que os determinaram. Esses fatos devem ser descritos pormenorizadamente. Infelizmente, tem sido comum, por exemplo, que os pedidos de *busca e apreensão em domicílio* sejam acompanhados de “fundamentação” nos seguintes termos: “agentes de polícia desta especializada efetuaram campana diante da casa de fulano de tal e perceberam movimentação característica do tráfico de drogas”. Ora, isso não é fundamentação. Se o juiz acatar esses pobres argumentos estará transferindo para estes agentes de polícia o poder de decidir sobre uma medida cautelar importantíssima. Os agentes devem descrever pormenorizadamente os fatos. O delegado deve até abster-se de utilizar expressões conclusivas (como “movimentação característica do tráfico de drogas), para descrever, pormenorizadamente, os fatos que justificam suas conclusões.

Quem detém o poder de avaliar se a movimentação tal é característica do tráfico de drogas é o juiz de direito e não agente de polícia, delegado ou promotor de justiça. A estes cabe, ao requer a decisão indicar os fatos que determinam o pedido, deixando sua qualificação para a autoridade judicial. Como dito supra, trata-se de um encadeamento lógico, onde somente a fundamentação do ato antecedente pode justificar o ato conseqüente, quando este é baseado somente naquele.

26. *O arquivamento dos autos e a retomada das investigações. (arts. 17 e 18)*

O art. 17 do projeto promove alterações terminológicas, sobretudo para alcançar as duas modalidades de investigação, valendo-se do termo genérico “investigação criminal”, que está sendo adotado pela *Comissão Pellegrini* em todo o seu trabalho. A investigação criminal se faz mediante *inquérito policial* ou *termo circunstanciado*. Nenhum dos dois poderá ser arquivado pela polícia, pela simples razão de que o titular da ação penal é o ministério público, que age com exclusividade, decidindo oferecer a denúncia ou arquivar a investigação.

A proposta para o novo artigo 18 trás, também, algumas alterações meramente terminológicas, mas apresenta inovações substanciais. Em primeiro lugar, pode-se assinalar que, conforme o novo art. 28, adiante comentado, o próprio ministério público promoverá o arquivamento da investigação, que não será, como hoje, um ato decorrente de ordem judicial. Assim substitui-se a frase “*depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária*” pela frase “*arquivados os autos da investigação*”.

Em segundo lugar, observa-se a substituição do verbo “poderá” pelo “deverá”, ou seja, se a autoridade policial tiver notícia de outras provas, está obrigado a proceder a novas diligências. Na dicção do código atual, a autoridade policial “*poderá* proceder a novas pesquisas”, redação vaga e indefinida. Com a redação proposta, fixa-se uma condição precisa: “havendo notícia de outras provas”. Neste caso, então, autoridade **deverá** agir, reiniciando a investigação criminal e a contagem de novo prazo para a conclusão.

Essa disposição é coerente com a que consta do art. 4º proposto, pois todos os comandos do novo código dirigidos à polícia partem do ato pelo qual a autoridade policial toma conhecimento dos fatos, que estará obrigado a agir (e com agilidade) desde esse momento. Assim, fica evidente que, quando a polícia tiver notícias de novas provas, deverá iniciar a nova investigação em, no máximo, 10 dias, encaminhando os autos ao ministério público em outros 20, coerente com a disposição sobre prazos constantes dos artigos 9º e 10 supra comentados.

Ainda coerente com as demais disposições do projeto, estabelece-se, no artigo comentado, que as novas diligências poderão ser realizadas de ofício ou mediante requisição do ministério público. Esta redação não tem o condão, no entanto, de excluir a obrigatoriedade de nova investigação por requerimento do ofendido ou comunicação de qualquer do povo, consoante dispõe o art. 4º. Como o art. 18 proposto insere o comando “deverá”, sempre que “houver notícias de novas provas”, caso a notícia seja dada pelo ofendido ou por qualquer outra pessoa, fica constatada a obrigação de agir.

Não foi adotada a tese, embora bastante discutida pela Comissão, de se adotar a possibilidade do arquivamento definitivo da investigação. Tratar-se-ia de um dispositivo que facultaria ao órgão superior do Ministério Público determinar, nos casos que entendesse conveniente, o arquivamento definitivo dos autos da investigação, o que impediria que se procedesse a novas diligências, ainda que surgissem novas provas. A denúncia por aquele fato jamais poderia ser oferecida. Essa proposta, como se vê, apresenta-se como uma medida muito radical, mas longe de ser despropositada, está carecendo apenas de maiores debates, para que não só a comunidade jurídica, mas toda a sociedade possa conhecer os argumentos existentes para sua adoção. Há casos que indicam a necessidade de se pôr, logo, uma pá de cal, evitando-se o desgaste de uma investigação eternizada. Todavia, entendendo prematura a adoção do instituto do arquivamento definitivo, a *Comissão Pellegrini* entendeu não introduzi-lo em sua proposta.

27. A remessa dos autos à Justiça nos casos de ação penal privada. (art. 19).

Tratando-se de crime que se procede mediante ação penal privada, os autos da investigação, ao invés de seguirem diretamente para o Ministério Público, como ocorre quando se trata de ação penal pública, seguirão para a Justiça, onde aguardarão providências daquele que tem qualidade para promover a ação. É possível, ainda, que os autos sejam entregues ao interessado. Essas disposições não são inovadoras e já constam do atual art. 19 do Código de Processo Penal. Altera-se, mais uma vez, apenas a redação.

28. O sigilo das investigações e a preservação da intimidade do investigado (art 20)

O sigilo das investigações já consta do código atual. Todavia, a nova redação, especialmente com o acréscimo do parágrafo primeiro, imprime à investigação criminal a roupagem da Constituição Federal de 1988. Em primeiro

lugar, o projeto esclarece a que autoridade se refere o *caput* do artigo. Enquanto que a lei em vigor fala em “autoridade”, o projeto esclarece melhor: “a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz”, deixando claro que o comando “assegurarão, na investigação, o sigilo necessário ao esclarecimento dos fatos” é a todos eles dirigido. A quebra do sigilo pode constituir-se em fator determinante do fracasso da investigação e aquele que lhe der causa deverá ser chamado à responsabilidade. Nem juiz, nem ministério público nem delegado podem revelar as informações constantes da investigação.

O parágrafo único atual foi deslocado para § 2º, sendo introduzido um novo dispositivo, numerado como § 1º, cujo escopo é assegurar a proteção da intimidade e privacidade, direitos que não são vedados àqueles que estão sendo investigados pela prática de qualquer delito.

O parágrafo primeiro possui uma linguagem bastante ampla, com vistas a não deixar qualquer dúvida a respeito de seu objetivo. Devem ser preservadas a INTIMIDADE, a VIDA PRIVADA, a HONRA e a IMAGEM, tanto do investigado como do INDICIADO, OFENDIDO e TESTEMUNHAS. São responsáveis por tomar providências para garantir esses direitos tanto o DELEGADO, quanto o PROMOTOR e o JUIZ. Não podem, portanto, estes mesmos, agir em sentido contrário.

A veda qualquer forma de exposição do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas aos meios de comunicação. Evidentemente o trabalho da imprensa não é atingido por este dispositivo, mas a liberdade assegurada aos meios de comunicação não pode impor a colaboração dos servidores e agentes públicos. A imprensa agirá por seu próprio esforço, atendendo, igualmente, às normas que lhe são próprias. As autoridades públicas são proibidas de expor as pessoas que fazem parte da investigação criminal, tanto o investigado, quanto o indiciado, ofendido e testemunhas, sob pena de responsabilidade.

29. *A incomunicabilidade do preso (art. 21).*

Foi decretado o fim da incomunicabilidade do preso, resquício dos regimes autoritários. A Constituição Federal assegura ao preso a assistência necessária (art. 5º, LXII e LXIII) e até mesmo durante o Estado de Defesa as normas constitucionais vedam, totalmente, a incomunicabilidade do preso (CF, art. 136, § 3º, IV).

A redação atual do código, disciplinando a incomunicabilidade do preso e seus limites foi radicalmente substituída pela frase “É vedada a incomunicabilidade do preso”. Fim de uma página negra da história do Brasil.

30. *A desconsideração das barreiras territoriais (art. 22).*

O código atual permite que a autoridade policial ordene diligências em circunscrição de outra. Todavia, limita esta permissão ao território da comarca, ou seja, a polícia somente pode agir em outra circunscrição que esteja incluída no território da mesma comarca. O projeto estende as fronteiras, pois considera que

o limite da comarca não guarda nenhuma relação com a atividade policial. A polícia é estadual ou federal. A polícia federal pode agir em qualquer parte do território nacional. A polícia estadual pode agir em toda a área do estado correspondente, sem que a lei federal (Código de Processo Penal) possa impor qualquer limite. Trata-se das regras próprias do pacto federativo, insertas na Constituição Federal e que não poderiam ser modificadas por uma lei federal processual.

A redação do projeto é no sentido de retirar o *território da comarca* como barreira. Não estabelecendo outros limites, o que não lhe competiria fazer, permanecem, como dito, as normas constitucionais. Evidentemente que a atribuição constitucional relativa à segurança pública, estabelecendo que compete às polícias civis as funções de polícia judiciária e de apuração das infrações penais (art. 144, § 4º), não permite que a polícia civil de um estado aja em território de outro. Mas não havia qualquer motivo para manter a disposição do código atual, que limita a polícia ao território da comarca, que é uma divisão judicial e não administrativa. A polícia não está sob o comando do Judiciário, podendo agir livremente, independentemente da jurisdição.

31. *As estatísticas criminais (art. 23).*

As disposições do atual art. 23 são pormenorizadas e referem-se ao sistema de remessa dos autos do inquérito ao juízo competente. De acordo com os artigos do projeto supra comentados, deve-se preferir o gênero INVESTIGAÇÃO CRIMINAL e os autos não irão mais ao juiz e sim, diretamente, ao ministério público. Só por estas razões, a redação do art. 23 deveria ser alterada. Todavia, a Comissão procurou uma redação enxuta, preferindo referir-se a *órgão competente* no lugar de *Instituto de Identificação e Estatística*. Afinal os órgãos públicos estão sempre mudando de nome e os governos tem tido o hábito de reformular continuamente a estrutura da administração pública, situação que sugere ao legislador utilizar expressões genéricas, como a que está sendo adotada pelo projeto.

O Brasil é um país onde faltam estatísticas e pesquisas. A norma constante do art. 23 do Código de Processo Penal demonstra que o legislador sempre esteve atendo à necessidade de subsidiar o planejamento da atividade de persecução penal e da administração carcerária. Falta, tão somente, que os dados sejam, realmente, encaminhados, atualizados e processados, fornecendo subsídios para o planejamento das ações administrativas, do Ministério Público e da Justiça, sem falar na necessidade de oferecer ao magistrado elementos concretos e verdadeiros sobre cada acusado, para que ele possa cumprir as disposições sobre a individualização da pena.

32. *A prescindibilidade da investigação policial quando se tratar de crimes do colarinho branco. (art. 26).*

A *Comissão Pellegrini* inovou, sobremaneira, ao apresentar a redação do art. 26. Trata-se de disposição inovadora, em nada correspondendo ao atual artigo, aproveitando-se, apenas, a numeração.

Fica, então, revogado o atual art. 26, que não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e, desde então, não vem sendo aplicado.

A cada dia que passa percebe-se que a sociedade exige que o foco da persecução penal seja alterado, para alcançar a punição daqueles que cometem crimes mais graves, sobretudo os que decorrem da criminalidade organizada e os que atingem a economia pública e popular. Não é mais possível limitar a punição aos que cometem crimes de furto e roubo pequenos. A Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, então, oferece sua contribuição para a agilização na apuração dos crimes contra O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, A ORDEM TRIBUTÁRIA E A ORDEM ECONÔMICA, determinando que, nesses casos, os elementos de informação sejam remetidos pela AUTORIDADE ADMINISTRATIVA diretamente ao MINISTÉRIO PÚBLICO.

Essa disposição já vem sendo reclamada pelos operadores do direito, pois, normalmente, nos crimes desta natureza não há qualquer serviço de apuração praticado por meio de diligências eminentemente policiais. Ou a administração pública encaminha os elementos de informação de forma completa ou, lhe é solicitada qualquer complementação. A apuração, em realidade, se faz pela própria administração. De acordo com a proposta, o Ministério Público assume uma posição de controle efetivo e direto sobre as diligências, recebendo diretamente os autos do inquérito ou processo administrativo, para desde logo oferecer a denúncia, promover o arquivamento ou requisitar novas diligências. Se for o caso de serem necessárias diligências de natureza policial, dirigirá sua requisição à polícia e se as diligências que faltarem forem de natureza administrativa, o ministério público requisitará da própria administração, diretamente, as providências cabíveis. Agira sempre, fundamentadamente e cumprindo os prazos que lhe são estabelecidos, mas suas requisições são de cumprimento obrigatório, não cabendo à autoridade administrativa ou policial avaliar a procedência da fundamentação.

Essas disposições são decorrentes, como já se disse, de amplo anseio de diversos operadores do direito, tendo sido recentemente referidas pelo Ministro José Arnaldo da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça.

33. *O arquivamento da investigação criminal (art 28).*

33.1. *O sistema atual.*

O arquivamento dos autos do inquérito policial, hoje, é coerente com outras disposições do código de 41, que não adota o sistema acusatório puro, concedendo ao juiz diversas atribuições própria de órgão acusatório. Atualmente, o juiz controla a investigação, sendo a ele dirigidos os autos do inquérito, autorizando ele a realização de novas diligências. O art. 26, não recepcionado

pela Constituição Federal de 1988, dava ao juiz, inclusive, o poder de iniciar a ação penal.

Conforme já se disse supra, a Constituição Federal de 1988 não recepcionou algumas disposições do Código de Processo Penal de 1941, dentre elas as que tratam da remessa dos autos do inquérito ao juiz, da necessidade de sua autorização para a realização de diligências normais (exceto as que decorrem de medida cautelar) e a norma que determina a participação do juiz na decisão de se promover o arquivamento dos autos da investigação criminal.

O dispositivo do código de 41 sempre apresentou certa perplexidade, pois não se compreende a necessidade de submeter ao juiz de direito a promoção do arquivamento, sobretudo considerando que o próprio código dispõe que quando o Procurador-Geral insiste no “pedido” o juiz está “obrigado a atender”. A anomalia técnica e política desse velho sistema, bem como sua inconstitucionalidade, estão para acabar.

33.2. *As novas regras para o arquivamento.*

O novo código estabelece algumas regras básicas para o arquivamento:

- a) O arquivamento é um ato exclusivo da instituição do Ministério Público, não havendo qualquer interferência ou atuação judicial.
- b) Todas as promoções de arquivamento estarão sujeitas à revisão por um órgão superior do Ministério Público.
- c) O ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo e o investigado ou indiciado serão intimados a tempo de influir na decisão final do órgão superior do Ministério Público.

Trata-se, pois, de normas que corrigem a distorção hoje existente, definem o trabalho do Ministério Público como responsável pela política criminal e valorizam o papel da vítima no processo penal e a garantia do contraditório (com a faculdade de participação do investigado ou indiciado).

33.3. *A promoção fundamentada de arquivamento (art. 28, caput).*

O *caput* do art. 28 estabelece que o ministério público, *após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos atos da investigação ou das peças de informação.* Eis as principais disposições apresentadas:

- a) são duas as condições para a promoção de arquivamento: a realização de todas as diligências cabíveis e a inexistência, ainda assim, de base para a denúncia.

- b) é atribuição exclusiva do órgão do Ministério Público, que, para o arquivamento, deve “convencer-se” do preenchimento das duas condições supra.
- c) a manifestação do ministério público promovendo o arquivamento deve ser **fundamentada**.

A fundamentação exigida se referirá ao preenchimento das duas condições apresentadas pelo dispositivo ora comentado, constantes da alínea “a” supra. O ministério público tem para com a sociedade o dever de buscar a punição do culpado pela prática de todas as infrações penais e o sistema ora em vigor estabelece, como regra, a obrigatoriedade da ação penal (exceção feita apenas quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo). Compete, pois, a este órgão, demonstrar, por escrito, as razões de sua conclusão, tanto quando oferece a denúncia quanto promove o arquivamento.

Como em todos os casos de fundamentação, não bastará fazer-se referência vaga à inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia. Valer-se dessa expressão como única fórmula de “fundamentação” é desatender desrespeitosamente ao comando que exige fundamentação verdadeira. Fundamentar é indicar os fatos e formular argumentos lógicos.

33.4. A revisão obrigatória pelo órgão superior.

A comissão retirou do juiz qualquer participação na decisão de promover a denúncia ou arquivar os autos da investigação. O Ministério Público, como instituição, é encarregado, com exclusividade, desta decisão. Não, porém, o órgão que atua na causa, em atuação monocrática. Se este se convencer da inexistência de base para o oferecimento da denúncia deverá enviar cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos ao órgão superior do Ministério Público a que a lei atribuir essa função, que confirmará ou não a promoção de arquivamento.

A *Comissão Pellegrini* tomou o cuidado de evitar o descontrole, que poderia ser causado com o simples fim do tradicional controle judicial. A solução adotada é perfeitamente técnica e guarda consonância com a tendência moderna de conferir maior controle sobre aqueles que detém qualquer parcela de poder. O ministério público age em defesa da sociedade e a ação penal, repita-se, é obrigatória. Todo o cuidado é necessário para evitar que se deixe de promovê-la quando houver elementos suficientes. Como órgão administrativo, o Ministério Público é organizado e estruturado de forma a permitir que se faça um controle rigoroso e ágil.

Ressalte-se a experiência das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público da União, mencionadas na exposição de motivos. Trata-se de órgãos criados pela Lei Complementar 75, de 1993, (Lei Orgânica do Ministério Público da União). As Câmaras são compostas de ocupantes do último nível da carreira (nos estados seriam os Procuradores de Justiça) cujos membros são eleitos pelo Conselho Superior, deste, portanto, distinguindo-se.

O Conselho Superior é o órgão político que efetua a direção superior do Ministério Público. Atualmente é ele encarregado de apreciar o arquivamento dos autos do inquérito civil público. Diante dessa atribuição, muitos têm feito uma leitura equivocada do disposto no § 1º do art. 28 da projeto, concluindo, precipitadamente, que a expressão “*órgão superior*” alude ao Conselho Superior.

O projeto, por outro lado, inspirou-se nas mencionadas câmaras superiores, em funcionamento há 7 anos, demonstrando ser positiva a experiência. Cada estado instituirá, por lei, tantas câmaras quantas forem necessárias, permitindo, inclusive, a regionalização e a especialização. Assim, poderiam ser criadas, por exemplo, uma câmara de crimes contra o sistema financeiro, a ordem econômica e tributária; outra para crimes de entorpecentes e drogas afins; outra para crimes contra a vida e outra residual, que atenderia a todos os demais delitos. Conforme se encontra mencionado na exposição de motivos, a participação dos procuradores de justiça seria muito valiosa, pois participariam das câmaras emprestando sua experiência para a definição da política criminal.

Enquanto não forem criadas as câmaras de coordenação e revisão em cada estado, as funções determinadas por este artigo serão desempenhadas pelo Conselho Superior, que poderá, por ato administrativo, convocar procuradores de justiça ou promotores para assessorá-los. De forma alguma se pensou em sobrecarregar o Conselho Superior com novas atribuições. Bastará a criatividade para fazer valer a lei desde seu primeiro momento de vigência até que novos órgãos sejam criados, com o aumento do quadro de promotores de justiça e procuradores, que, por certo, advirá.

33.5. *Arquivamento promovido pelo procurador-geral.*

Importantíssima alteração constante do projeto encontra-se no fato de que o novo art. 28 tem como destinatário todos os membros do Ministério Público, inclusive o Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral Militar e o Procurador-Geral da República. Sempre que o titular da ação penal for o próprio Procurador-Geral e este se convencer de inexistência de base para o oferecimento da denúncia, promoverá o arquivamento e, cumprindo o disposto no § 1º do art. 28 do novo código, extrairá cópias e as enviará ao órgão superior para a revisão obrigatória da promoção de arquivamento. Neste caso, será melhor que a lei federal que trata do Ministério Público da União e as leis estaduais determinem que a revisão obrigatória seja procedida pelo próprio Conselho Superior, que é o órgão que pode rever os atos do Procurador-Geral.

Não é novidade que os órgãos superiores do Ministério Público (à semelhança dos tribunais) possam rever os atos do Procurador-Geral, portanto, trata-se, apenas, da extensão dessa atribuição às promoções de arquivamento. Com essa disposição importante lacuna estará sendo preenchida pois, atualmente, o decisão de arquivamento do Procurador-Geral, nos casos em que lhe compete oferecer a denúncia originariamente, é desprovida de qualquer controle e a crônica está repleta de casos em que a sociedade se viu

desamparada com descabidas promoções de arquivamento sem qualquer possibilidade legal de evitá-las.

A regra do § 1º do art. 28 vale, portanto, para os casos em que compete ao Procurador-Geral, originariamente, oferecer a denúncia e este, convencendo-se da inexistência de base razoável para a acusação, opta por promover o arquivamento dos autos da investigação criminal. Esta decisão será revista pelo Conselho Superior.

34. A revisão da promoção de arquivamento.

34.1. O procedimento administrativo de revisão.

Ao promover o arquivamento, o membro do Ministério Público que estiver atuando no caso extrairá cópias das principais peças dos autos e as remeterá, em 3 dias, ao órgão superior do Ministério Público e intimará o investigado ou indicado e o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo.

O novo código cria certa facilidade ao não exigir que sejam remetidos os próprios autos da investigação, permitindo que se extraiam cópias para remessa ao órgão superior. Isso não impede, porém, que os próprios autos sejam encaminhados ao órgão superior, se assim estabelecer a norma local.

O próprio membro do Ministério Público que atua no caso deverá expedir carta registrada com aviso de recebimento ao investigado ou indiciado e ao ofendido ou seu representante. Essa providência significa a obediência à garantia constitucional do contraditório, pois o arquivamento da investigação ou a propositura da denúncia provoca consequências importantes, tanto para aquele contra quem se propõe ou se proporia a ação como para a vítima ou seu representante.

Dando seqüência à valorização do princípio do contraditório, o § 2º do art. 28 estabelece que, se o membro do Ministério Público não encaminhar a promoção de arquivamento para a revisão obrigatória pelo órgão superior no prazo estabelecido, o investigado, indiciado e o ofendido podem dirigir-se ao órgão superior requerendo sua requisição. Sem falar na correição que se faz periodicamente, que, por certo, apurará a falta funcional e determinará a responsabilidade do membro do Ministério Público que promover o arquivamento dos autos da investigação criminal ou de quaisquer outras peças de informação, sem submeter sua conduta à revisão obrigatória do órgão superior.

34.2. A valorização da vítima e da garantia do contraditório.

São interessados no arquivamento, na dicção de todo o art. 28, o investigado ou indiciado, o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo.

Indiciado é aquele que assim foi cientificado pela autoridade que preside a investigação, após ter constatado que há elementos informativos

suficientes para tanto. Investigado é aquele sobre quem recai alguma informação que indique ter tido alguma participação no fato ilícito. Dependendo do estado em que se encontra a investigação, o arquivamento ocorre quando há apenas um investigado ou quando já há alguém indiciado.

O interesse do investigado ou indicado será, naturalmente, que se ratifique o arquivamento, mas nada obsta que postule ser levado a julgamento, visando sua absolvição, um desfecho definitivo para o caso.

Por outro lado, refere-se, claramente, este dispositivo, ao direito do ofendido. Quando for incapaz, atuará o seu representante. Quando tiver falecido ou for declarado ausente, atuará o seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão. A lei, retirando do ofendido a titularidade para promover a ação penal, deve-lhe conferir todos os meios possíveis para, ao menos, acompanhá-la e exigir sua propositura. Atualmente, o ofendido ou seu representante somente pode atuar quando é admitido como assistente de acusação, após a denúncia e a citação. Com o projeto, fica valorizada sua participação, admitindo-se sua real influência na revisão obrigatória da promoção de arquivamento.

Nos termos acima descritos, os interessados serão intimados da decisão de promover o arquivamento e de que esta decisão será revista pelo órgão superior. Esta intimação deve conter todos os elementos necessários para que se possa tomar qualquer atitude. Deve vir acompanhada das peças importantes, do endereço da promotoria ou procuradoria onde se encontram os autos da investigação e o endereço do órgão superior para onde devem ser remetidas suas razões.

Caso não sejam intimados da decisão de promover o arquivamento, o interessado pode dirigir-se diretamente ao órgão superior, alertando-o para a gravíssima falta funcional do membro do Ministério Público e requerendo seja requisitada a promoção de arquivamento, para que se proceda à revisão obrigatória a que alude o art. 28.

Cientes da data em que será apreciada a promoção de arquivamento pelo órgão superior, os interessados poderão apresentar razões escritas. Considerando que a lei estabelece o direito dos interessados de apresentar razões escritas, não há direito estabelecido no Código de Processo Penal à sustentação oral. Todavia, seguindo a tradição das deliberações administrativas tomadas por colegiado, nada obsta que a lei estadual estabeleça esta possibilidade. A forma da deliberação será estabelecida pelo regimento.

34.3. As opções do órgão superior.

Diz o § 4º do art. 28 que *a promoção de arquivamento, com ou sem as razões dos interessados, será submetida a exame e deliberação do órgão superior do Ministério Público, na forma estabelecida em seu Regimento.*

As opções que estão postas para o órgão superior estão estabelecidas nos parágrafos 5º, 6º e 7º:

- a) O § 5º estabelece que o *relator poderá, quando o entender necessário, requisitar os autos originais, bem como a realização de quaisquer diligências reputadas indispensáveis.*
- b) O § 6º disciplina a hipótese de ser ratificada a promoção de arquivamento.
- c) O § 7º determina as providências que devem ser tomadas quando o órgão superior não concordar com a promoção de arquivamento.

A redação do § 5º demonstra a preocupação da Comissão em evitar eventual precipitação. Embora tenha promovido modificações visando conferir agilidade à investigação criminal, não poderia impedir que todas as diligências cabíveis sejam realizadas antes de qualquer decisão de arquivamento. Neste sentido, é clara a redação do *caput* do art. 28, condicionando o arquivamento à *realização de todas as diligências cabíveis.*

O § 6º disciplina a hipótese natural de ser ratificada a promoção de arquivamento, ao mesmo tempo em que estabelece as providências que devem ser tomadas. Este dispositivo é de vital importância, deixando claro a posição equilibrada da *Comissão Pellegrini*, promovendo um entrelaçamento entre as diversas funções.

O novo código estabelece que a decisão sobre o arquivamento da investigação criminal é exclusiva do Ministério Público, criando a revisão obrigatória interna. Por outro lado, o § 6º do art. 28 estabelece que, ao final, os autos serão fisicamente arquivados no juízo competente. Esta regra se justifica por dois motivos: em primeiro lugar para que se valha da estrutura do Poder Judiciário, já existente, de manter os autos em arquivos organizados, com possibilidade de prestar informações aos interessados na forma da Constituição Federal e das leis. Em segundo lugar porque o juiz deve controlar as medidas cautelares eventualmente concedidas.

O § 6º é claro, fixando duas finalidades para a remessa dos autos ao juízo competente:

- a) para o arquivamento, e
- b) para a declaração da cessação da eficácia das medidas cautelares eventualmente concedidas.

Se os autos da investigação não forem remetidos ao juízo quando da promoção do arquivamento, se estaria limitando o controle judicial das medidas cautelares em investigações que resultarem em denúncia. As medidas cautelares concedidas em investigações arquivadas estariam fora de qualquer controle pelo juiz.

Recebidos os autos da investigação o juiz verificará, em primeiro lugar, se foi procedida à revisão obrigatória, de forma que jamais aceitará que lhe sejam remetidos os autos pelo próprio membro do Ministério Público que atue perante seu juízo. Em seguida, o juiz verificará se foi concedida alguma medida cautelar e se foi efetivamente aplicada. Caso positivo, considerando que o arquivamento tornaria prejudicada, desnecessária e abusiva a manutenção de qualquer medida

cautelar, o juiz declarará a cessação das medidas cautelares eventualmente concedidas.

O § 7º disciplina a hipótese de o órgão superior discordar da promoção de arquivamento, concluindo pela viabilidade da ação penal. Neste caso, *designará outro representante do Ministério Público para oferecer a denúncia.*

35. *A legitimidade dos entes coletivos na ação penal privada (art. 30).*

Outra importante inovação do projeto sobre a INVESTIGAÇÃO CRIMINAL é a atribuição de legitimação para a ação penal privada às entidades reconhecidas por lei para a defesa de direitos difusos ou coletivos.

O art. 30 do novo código mantém a legitimidade da ação penal privada para o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo. Quando for incapaz, será representado. Quando tiver falecido ou for declarado ausente, o direito de queixa será exercido pelo seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão (art. 31).

A inovação, então, fica por conta da segunda parte do artigo proposto. As entidades legitimadas por lei à defesa de direitos difusos ou coletivos, quando se trate de ação penal que os envolva, possui, também, o direito de apresentar queixa-crime nos casos de crime que se procede mediante ação penal privada.

36. *Os prazos para o ministério público e suas conseqüências. (art. 46).*

Ao lado de uma importante inovação, o artigo 46 do novo código trás, também, algumas alterações terminológicas. A inovação diz respeito ao prazo concedido ao ministério público para a promoção de arquivamento, inexistente no ordenamento em vigor. Recebendo os autos da investigação criminal pela primeira vez, ou recebendo sua complementação, de acordo com o art. 10, o representante do Ministério Público dispõe de único prazo para decidir oferecer a denúncia ou promover o arquivamento.

O prazo é mantido em cinco dias se o indiciado estiver preso e de quinze dias se estiver solto. Substitui-se o termo “réu”, equivocadamente utilizado, por “indiciado”. Não se permite a prisão de uma pessoa que seja meramente *investigado*. Se há elementos para a prisão, mais elementos ainda haverá para que o *investigado* seja cientificado de que há indícios de sua participação, passando, então, à condição jurídica de *indiciado*.

É importante a fixação de prazo para a promoção do arquivamento. O que se espera é que os autos não permaneçam indefinidamente com o ministério público. O descumprimento deste prazo ensejará não só a apuração da responsabilidade disciplinar do representante do Ministério Público, como, igualmente, a representação do interessado ao órgão superior, na forma do art. 28, que poderá designar outro membro da instituição para oferecer a denúncia ou manifestar-se pelo arquivamento.

O prazo para o oferecimento da denúncia, como se sabe, vem sendo interpretado pela jurisprudência como irrelevante para eventual soltura do indiciado preso. A prática brasileira, que considero lamentável, é a da soma dos prazos e, de acordo com o entendimento de vários tribunais, sequer precisa ser seguida, mantendo-se alguns preso provisórios indefinidamente. Espera-se, com o novo código, que se fixem conseqüências sérias para o caso de não ser oferecida a denúncia dentro dos cinco dias legais, quando se trata de indiciado preso. A Comissão, no entanto, preferiu não abordar esse tema, deixando-o para ser disciplinado pela jurisprudência.

37. *A vacatio legis. (art. 2 do projeto).*

O art. 2º de todos os sete projetos elaborados pela *Comissão Pellegrini* estabelece uma *vacatio legis* de sessenta dias, considerado suficiente para a adaptação e preparação de todos os órgãos e pessoas envolvidas.

O mais difícil será a adaptação do Ministério Público, que deverá instalar, sem muita demora, as câmaras de coordenação e revisão, para proceder à revisão obrigatória de todas as promoções de arquivamento. Enquanto não forem instaladas, atuará o Conselho Superior, não sendo vedado a este órgão convocar outros procuradores e promotores para assessorá-lo.

As regras são todas eminentemente processuais, sem qualquer reflexo penal, o que significa estar afastada qualquer polêmica sobre sua retroatividade. A partir da vigência da nova lei, os delegados deverão, em 10 dias, instaurar inquérito policial de todas as ocorrências de infração penal que tiver conhecimento. Todas as ocorrências deverão, desde então, ficar à disposição do ministério público.

As normas estabelecidas são de vigência imediata (após os sessenta dias) e devem ser aplicadas a todos os casos em andamento, mas os atos praticados não precisarão ser repetidos e devem ser respeitadas as fases já concluídas. Assim, por exemplo, os arquivamentos já operados por ordem judicial não precisarão ser revistos pelo órgão superior do Ministério Público.

38. *Conclusão.*

Participar da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal foi, para mim, uma grande honra. Desejo manifestar meu reconhecimento pela brilhante presidência desenvolvida pela Professora *Ada Pellegrini Grinover*, que soube, com sabedoria ímpar, imprimir o equilíbrio entre as diversas posições que foram manifestadas durante o transcurso de 10 meses de trabalho, não somente as que foram apresentadas pelos integrantes da Comissão, como pelas inúmeras pessoas e instituições que apresentaram contundentes críticas e sugestões. Todas as manifestações foram bem recebidas. Evidentemente não se atendeu a todos, mas o resultado final é, inequivocamente, fruto do equilíbrio, que somente foi possível atingir mediante o pulso firme, o conhecimento e a doçura da Presidente da Comissão.

Não se pode deixar de reconhecer e de exaltar a iniciativa corajosa do Ministro José Carlos Dias, que, de sua curta passagem pelo Ministério da Justiça, deixou, ao menos, duas obras importantíssimas: a reforma da parte geral do Código Penal e a Reforma do Código de Processo Penal. Por fim, reconhece-se o brilho do atual Ministro da Justiça, José Gregori, que deu continuidade aos trabalhos iniciados na gestão anterior e deixando de lado a vaidade que faz com que alguns homens públicos queiram sempre começar tudo de novo, receberá a glória de concluir um trabalho tão importante.

Espero, então, que o Congresso Nacional mantenha íntegro o projeto original sem se deixar influencia por *lobyes* corporativos e que a nova lei sirva para diminuir a impunidade no país.

http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/artigos/processo_penal/A%20investigação%20criminal%20na%20reforma%20do%20código%20de%20processo%20penal%20-%20agilidade%20e%20transparência.doc