

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 Reforma do Código de Processo Penal em prejuízo ao *ius perseguendi* e *puniendi* do Estado

Pablo Gran Cristóforo

Promotor de Justiça MG

Especialista de Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Preliminarmente, ao analisarmos os Projetos de Reforma do Código de Processo Penal, em que pese ao elevado descortino jurídico de seus renomados autores, cremos que algumas modificações trarão sérios riscos ao *ius perseguendi* e *ius puniendi* do Estado. Nota-se que o presente trabalho não tem o condão de esgotar a análise da matéria, mas apenas trazer alguns pontos que modificarão, sobremaneira, a atuação do Promotor de Justiça, na área criminal.

Antes de iniciar, gostaríamos de colacionar um resumo da atuação dos órgãos de Segurança Pública e do Poder Judiciário, no atual sistema processual, segundo crítica e óptica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM):

A polícia diz que investiga mal por despreparo, falta de suporte técnico, além dos vícios endêmicos; afirma, ainda, que a atividade torna-se inútil o que produz há que ser repetido em juízo. O Ministério Público reclama do descompasso entre o conteúdo da investigação e o que necessita para acusar. Daí reivindicar a investigação. O juiz evidencia as dificuldades no julgar há incongruência entre investigação, a acusação e a instrução criminal. À defesa, por seu turno, alude ao desprezamento da Constituição na investigação policial. O investigado sofre o desrespeito e o abuso. A vítima sente-se alijada da investigação, padece duplamente o delito. A sociedade não vê resposta estatal ao cometimento do delito. Sente-se, pois insegura (IBCCRIM publicação de agosto de 2000).

Pois bem, a “Comissão Pellegrini”, salvo melhor juízo, trouxe alguns avanços e outros tantos retrocessos para o *ius perseguendi* e para o *ius puniendi* do Estado.

Visando corrigir alguns defeitos contidos no Código de Processo Penal de 1942 e acabar, de uma vez por todas, com as rígidas críticas ao atual sistema, a “Comissão Pellegrini”, trouxe várias modificações, sendo, muitas delas, reproduções do disposto no “Código Processual Penal modelo para Iberoamérica”.

Na fase preliminar de investigação, cremos que a referida comissão andou bem ao eliminar a burocrática e desnecessária interferência do Juiz de Direito, visando garantir a equidistância das partes, bem como a celeridade das investigações. Nota-se, na prática, que os inquéritos policiais são encaminhados da Delegacia de Polícia para a Secretária Judicial, para, só então, chegar ao destinatário final da investigação, ou seja, o Ministério Público. Não raras vezes, o mesmo procedimento investigativo faz o caminho inverso, para conclusão de diligências faltantes. Sensível a esse “vai e vem” de inquéritos policiais, o Anteprojeto prevê uma maior interação entre o órgão ministerial e a Polícia Civil, sendo certo que tais procedimentos deverão ser remetidos diretamente ao *parquet*, sem intervenção do Poder Judiciário.

O papel do Juiz de Direito, na investigação, ficará restrito à fiscalização e garantia dos direitos fundamentais do investigado.

Cumprе salientar que o órgão ministerial ganhou maior prestígio ao promover, diretamente, o arquivamento do procedimento investigativo, independentemente da concordância do Poder Judiciário, como já acontece na Lei n. 7.347 (ação civil pública).

Frise-se que o Juiz de Direito não poderá mais requisitar instauração de inquérito policial ou qualquer outro procedimento investigativo, podendo este, quando muito, encaminhar elementos informativos para a análise do Ministério Público, que poderá ou não, em face do sistema acusatório, determinar a abertura da investigação criminal. Tal modificação se justifica pela necessidade de o Juiz permanecer imparcial e equidistante das partes.

Interessante a regra que impõe à Autoridade Policial a remessa de informações dos autos de investigação não só ao Ministério Público, mas, também, ao órgão competente acerca das estatísticas criminais. Essa medida permitirá que as estatísticas retromencionadas sejam fidedignas à realidade criminológica, permitindo uma eficiente prevenção (Projeto de Lei n. 4.209/2001, em seu artigo 23).

O Projeto de Lei n. 4.209/2001 fixou prazos limítrofes para o término da investigação criminal, podendo o ofendido recorrer à Autoridade Policial superior ou representar ao Ministério Público, com o fito à finalização do inquérito e a determinação da responsabilidade e de seus agentes. Aqui, o referido projeto trouxe uma participação e um controle mais efetivo, por parte da vítima, na atividade investigativa. Todavia, cremos que a fixação desses prazos, apesar de contribuir para o fim da delonga nas investigações, notadamente aqueles atrasos propositados para beneficiar alguns influentes investigados, não se afigure a melhor medida, eis que utópica e nada pragmática, pois o oferecimento da denúncia deve acompanhar a convicção indiciária mínima por parte do Promotor de Justiça, ao criar a sua *opinio delicti*. Esse é o posicionamento do Professor Eduardo Reale Ferrari, em sua obra “Código de Processo Penal comentários aos projetos de reforma legislativa”, ed. Millennium, 2003, p. 30:

[...] em primeiro lugar, deve levar-se em conta que em causa está a convicção indiciária mínima por parte do Promotor de Justiça e não de acusação ou de arquivamento -, não devendo a celeridade impor-se em face do cuidado que se deve ter durante o relevante momento das investigações, sendo extremamente perigoso para um Estado Social e Democrático de Direito, que prazos processuais eventualmente atropelam o requisito objetivo relativo à certeza da materialidade e o subjetivo concernente aos indícios mínimos de autoria, sob pena de não estar buscando a verdade judicial, mas a verdade temporal.

A respeito do prazo máximo para conclusão das diligências, o artigo 10 do Projeto de Lei n. 4.209/2001 dispõe que será de 60 dias, “em qualquer caso”. Desse modo, ultrapassado este prazo, ainda que as diligências não tenham sido concluídas, o procedimento investigativo será encaminhado, obrigatoriamente, ao Ministério Público, que deverá apresentar denúncia ou arquivamento, dependendo do que se tenha colhido naquele procedimento. Diante dessa regra, não se pode olvidar que a verdade real ficará prejudicada, se a Autoridade Policial não conseguir elementos suficientes para fundamentar uma denúncia, no prazo legal, pois, nesse caso, o Promotor de Justiça não terá outra escolha, que não seja a promoção do arquivamento. A fixação desse prazo limítrofe, sem dúvida, não se coaduna com a realidade de nossas instituições.

O projeto de lei já citado traz, ainda, a proibição dos protagonistas da investigação de expor o caso investigado à mídia, devolvendo à baila a discussão acerca da “Lei da Mordaza” (transparência de que há investigação, mas não fornecer detalhes).

Ainda, malgrado surjam alguns avanços na fase preliminar, acreditamos que o projeto peca em silenciar a respeito da investigação preliminar elaborada pelo Ministério Público; fato que acabaria, de vez, com a discussão existente acerca da matéria. Ao entender que o Ministério Público não pode se valer da atividade investigatória, em sede criminal, certamente estaremos na contramão da humanidade, pois países como Estados Unidos da América, México, França, Itália, Espanha, Inglaterra, Bélgica, Portugal, Alemanha, Argentina, Colômbia, Peru, Paraguai e outros já admitiram que o Ministério Público possa realizar atos de investigação preliminar. Em muitos deles, o órgão ministerial não só pode investigar, como também dirigir a atividade policial.

Na fase judicial, os projetos trazem a impossibilidade de o Juiz fundamentar sua decisão final em provas obtidas na fase inquisitorial, salvo quando essas forem cautelares, irrepetíveis ou antecipadas. Assim, a nosso ver, o Juiz não poderá basear, sua sentença, em contradições existentes entre os depoimentos colhidos na Delegacia de Polícia e na fase judicial; o que, fatalmente, acarretará prejuízo ao órgão acusador. Ainda, há quem sustente o desentranhamento do inquérito policial dos autos principais, não permitindo que o Juiz tenha acesso à prova produzida pela Autoridade Policial. Desse modo, o inquérito policial teria o simples condão de oferecer suporte ao *dominus litis* da ação penal, na busca de sua *opinio delicti*.

Os Promotores de Justiça com atuação perante o Tribunal do Júri sentirão os efeitos da radical mudança, contida no Projeto de Lei n. 4.203/2001, quando dispõe que não será autorizada a utilização de provas obtidas no inquérito policial ou no *iudicium accusationis* (exceção das provas cautelares e irrepetíveis). Sendo assim, as partes só poderão se valer das provas colhidas no Plenário do Júri. É sabido que, não raras vezes, diante da delonga na tramitação processual, muitas provas se perdem nesse trajeto (testemunhas que morrem ou mudam de endereço sem notificar à Secretaria Criminal etc), o que inviabilizaria sua reprodução em Plenário do Júri. Nesse passo, deixar de analisar, em plenário, as provas obtidas no procedimento investigativo ou, ainda, no *iudicium accusationis* (onde vigora o princípio do contraditório e da ampla defesa), significa facilitar o trabalho da Defesa e, conseqüentemente, dificultar o do Promotor de Justiça, pois se o réu foi pronunciado é porque há, no mínimo, prova robusta da materialidade e indícios da autoria. Com efeito, tal modificação trará mais uma válvula de escape, em prejuízo do *jus perseguendi* e do *jus puniendi* do Estado.

Todavia, o que mais preocupa é o fato de o projeto da “Comissão Pellegrini” prever recurso cabível contra a decisão fundamentada de recebimento da denúncia (agravo de instrumento), com possibilidade de ser acolhido no efeito suspensivo. Ora, já há remédio existente para impugnar tal decisão interlocutória, pois o *habeas corpus* pode ser impetrado para trancar a ação penal, ajuizada sem justa causa. Assim, permitir

recurso, com efeito suspensivo, para atacar decisão de recebimento da denúncia, é o mesmo que declarar, de uma vez por todas, a impunidade no processo penal brasileiro. Mais uma vez, estamos caminhando na contramão da história, pois, qual réu não apresentaria recurso (com efeito suspensivo) de uma decisão de recebimento da exordial, se o que ele busca é a delonga processual em prol da desejada prescrição da pretensão punitiva? O remédio heróico do *habeas corpus*, ainda, é a medida mais adequada, já que tem seu processamento em autos apartados. Em tempo de criminalidade organizada e exigência de celeridade processual, tal modificação é tudo o que a sociedade repudia. Tal fato não passou despercebido pela comissão substitutiva (Comissão Mista Especial, destinada a levantar e diagnosticar as causas e efeitos da violência que assola o país), encabeçada pelo Deputado Luiz Antônio Fleury Filho, que critica a inclusão desse recurso, em nosso sistema processual penal.

Outra mudança importante, é a possibilidade de o Juiz, no momento do recebimento da denúncia, alterar a imputação legal atribuída pelo Ministério Público (*emendatio libelli*), arvorando-se, a nosso ver, em *dominus litis* da ação penal e retrocedendo ao antigo procedimento judicialiforme (em que se confundiam as figuras do acusador e do julgador). Essa modificação trará sérios efeitos, principalmente nos crimes de tóxicos, eis que o Promotor de Justiça poderá denunciar o indiciado como incurso no crime de tráfico ilícito de entorpecentes (artigo 12 da Lei n. 6.368/76) e o Juiz receber a peça vestibular acusatória como uso de entorpecentes (artigo 16 da lei supracitada), acarretando, conseqüentemente, benefícios processuais àquele que, inicialmente, estaria impedido pela Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Em outras palavras, o autor (órgão ministerial) apresentará, na petição inicial, seu pedido principal, mas o Juiz poderá dizer, no recebimento da denúncia, que o pedido exordial não é mais aquele e sim outro que melhor se coaduna ao seu entendimento. Ora, quem é o autor (*dominus litis*), o órgão ministerial ou o Juiz? O Juiz, ao alterar o pedido inicial, estará fazendo um pedido para ele mesmo!

Não bastasse, o artigo 397 do Projeto de Lei n. 4.207/01 autoriza o Juiz a absolver sumariamente o réu, no momento do recebimento da denúncia, quando existente causa de exclusão da ilicitude ou culpabilidade do fato (exceto a inimputabilidade) ou quando, cabalmente, comprovada a improcedência da ação. Pois bem, em que pese aos efeitos maléficos de uma ação penal para o suposto agente, não se pode olvidar que a decisão de absolver sumariamente o réu, antes mesmo de iniciar a instrução criminal probatória, é, no mínimo, temerária e inadequada, haja vista que as provas, no mais das vezes, ainda serão produzidas no curso do processo.

Diante do exposto, diante das alterações apontadas, faz-se mister um acompanhamento sério e atento, por parte dos membros do *Parquet*, aos projetos em tramitação nas Casas Legislativas, vez que acarretarão, se aprovados, efeitos negativos a muitas das atribuições ministeriais e, sem dúvida, enfraquecerão o *jus perseguendi* e *puniendi* do Estado, em franco prejuízo à nossa sociedade.