ARTIGO: “JUSTIÇA PENAL: CELERIDADE E REFORMULAÇÃO”

Autor: Hugo Nigro Mazzilli – Procurador de Justiça – SP
Artigo publicado no livro: “Justiça Penal – Crimes hediondos, erro em Direito Penal, Juizados Especiais”, coordenador Jaques de Camargo Penteado. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993. ISBN 85-203-1164-4

** ** ** ** ** ** ** ** **

SIMPÓSIO: "JUSTIÇA PENAL — CRÍTICAS E SUGESTÕES"

Painel: "JUSTIÇA PENAL — CELERIDADE, REFORMULAÇÃO, JUIZADOS ESPECIAIS E CONSENSO NO PROCESSO"

HUGO NIGRO MAZZILLI
PROCURADOR DE JUSTIÇA—SP

Sumário: *1. O acesso à Justiça Penal. 2. O papel do Ministério Público. 3. A realidade da Justiça Criminal. 4. Propostas de alteração legislativa: a) a mitigação do princípio da obrigatoriedade; b) o controle da não propositura da ação; c) a tramitação direta do inquérito entre a Polícia e o Ministério Público; d) conceituação das infrações penais de menor potencial ofensivo; e) a transação no processo penal; f) tratamento mais adequado para as infrações penais de menor potencial ofensivo; g) as intimações no processo penal; h) a revisão "pro societate"; i) ampliação do princípio dispositivo; j) o acesso às informações e o sigilo legal; l) os pedidos de prazo e o relatório do inquérito policial; m) o controle externo da atividade policial. 5. Filosofia da reforma.*

1. O ACESSO À JUSTIÇA PENAL

Dentre os fins permanentes do Estado, inclui-se o de manter a ordem e a paz social. Para tanto, o Estado regula a convivência dos cidadãos, por meio do direito objetivo, que é a manifestação da sua vontade incontrastável, imposta por força da sua própria soberania.

De um lado, portanto, o Estado edita o direito objetivo, como decorrência da soberania que lhe é imanente. De outro lado, entretanto, não se contenta, nem poderia fazê-lo, com a *edição da norma jurídica*. Sabe que é necessário *assegurar a eficácia da norma no campo social*. Desta forma, o Estado também fiscaliza e garante o cumprimento das leis que editou.

Ao poder que tem o Estado de administrar a justiça, por meio de seus órgãos jurisdicionais — poder esse que é, ao mesmo tempo, uma atividade — a esse poder-atividade chama-se jurisdição.

A jurisdição nada mais é, portanto, que um complemento e instrumento da legalidade.

Embora em regra predomine no meio social o cumprimento espontâneo da norma jurídica, não se pode afastar a possibilidade de *inobservância do direito objetivo*. Essa possibilidade traz indissociável a ela a noção de *coercibilidade*. Em outras palavras, o que caracteriza a norma jurídica é a qualidade de estar seu cumprimento garantido pela força do Estado.

Embora as hipóteses de inobservância do direito objetivo, segundo as considerou Calamandrei, estatisticamente devam ser consideradas excepcionais,[1] entre nós, pela tradição cultural e social de nosso país, o problema da violação do ordenamento jurídico infelizmente assume proporções mais alarmantes, não só quando essa violação vem praticada pelos particulares, como também e especialmente quando cometida pelas próprias autoridades governamentais. O desrespeito às leis, fruto de um verdadeiro subdesenvolvimento cultural, é um problema endêmico no País.

De qualquer forma, o descumprimento da norma imposta pelo Estado está contido dentro da patologia do direito. Em outras palavras, quando da violação da norma jurídica, adentramos o campo da coercibilidade da atuação estatal, coercibilidade esta que se destina a garantir a eficácia da norma soberanamente editada pelo Estado.

É certo que, afora sua atividade de fazer a lei, é necessário que o Estado desenvolva uma atividade complementar, destinada a fiscalizar e assegurar o cumprimento da lei que editou. Essa garantia de aplicação da lei se faz administrativamente ou então jurisdicionalmente.

Quando surge um conflito de interesses, a ameaçar a convivência social, o Estado chama a si a tarefa de compor esse conflito. O Estado se vale de agentes próprios

---

1. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I, § 11.

para tornar concreta a aplicação da norma jurídica abstrata, e emprega a força para consegui-lo, quando preciso.

Para melhor compreender o modo pelo qual o Estado reage à violação à lei que editou, é mister distinguir os tipos ou categorias de interesses que são protegidos pelas normas jurídicas.

Toda norma jurídica está informada por um interesse público, quer se trate de norma destinada a preservar um interesse coletivo, como de norma destinada a regular situações e interesses particulares, porque sempre há subjacente o interesse estatal na observância do Direito que o próprio Estado editou.

Há vários tipos de interesses, conforme sua abrangência: o interesse estritamente individual e disponível; o interesse indisponível, posto individual; o interesse coletivo; o interesse difuso e o interesse público, aqui identificado com a idéia de bem geral — a que Alessi chamou de *interesse público primário* — que se confunde com o interesse da sociedade como um todo.[2]

Ora, o Estado reage diferentemente, dependendo da natureza das normas e do tipo dos interesses que são atingidos pela violação.

Sob o aspecto processual, importa considerar a quem a lei dá a iniciativa da defesa de um interesse lesado, ou seja, *quem tem a iniciativa de provocar a coerção que está ínsita na norma*, iniciativa esta que nem sempre recai sobre o titular do interesse material ofendido (daí porque variam os legitimados ativos que podem exigir em juízo a sanção decorrente da violação da norma). Em alguns casos, o Estado reage de imediato à violação da ordem jurídica. Desconsidera valores e interesses individuais e, por meio de seus próprios órgãos, vigia a observância da lei, estimula sua atuação e, em caso de descumprimento, provoca a jurisdição, porque não consente permaneça inobservada a norma que editou — é o caso, por exemplo, das normas criminais protegidas por meio de ação penal pública.

Em outros casos, porém, o Estado admite permaneça inobservada a norma que editou, desde que o titular do interesse protegido não exija sua observância — é o caso, por exemplo, da ação penal privada e das ações civis, nas quais a iniciativa do particular é a regra (aqui o legislador levou prioritariamente em conta a titularidade e a disponibilidade do interesse como critério para conferir a legitimidade).

---

2. Nessa concepção, o *interesse público secundário* é o interesse público *como é visto pelo administrador*, podendo, ou não, coincidir efetivamente com o interesse efetivo do bem geral — *interesse público primário*).

E, finalmente, em outros casos, o Estado legitima outras pessoas, que não apenas o próprio lesado, à defesa de interesses que dizem respeito à coletividade, como na ação popular ou na ação civil pública, estabelecendo uma forma de legitimação extraordinária, por meio da qual alguém defende, em nome próprio, interesses alheios.[3]

2. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Na área penal, o Estado se investe na função de juiz e, ao mesmo tempo, se reserva a iniciativa da maior parte das ações; contudo, o Estado criou órgãos autônomos para exercitar os dois papéis (quem aciona a jurisdição não é quem julga). Investe um corpo de agentes políticos especiais para prestar a jurisdição — são os juízes; e, para promover a ação, fá-lo por meio de seu órgão *Ministério Público*. Este órgão é autônomo e cabe a seus agentes o exercício da ação, como condição para a prestação jurisdicional. Daí se percebe que é indispensável seja dotado de independência real o órgão incumbido de promover a ação penal pública.

Essa independência tem de ser considerada também e especialmente em face do próprio Estado e dos governantes, pois não raro são estes últimos que têm de ser responsabilizados criminalmente pelos seus atos praticados em prejuízo da coletividade (daí porque, entre outros motivos, não se pode admitir que a investidura do chefe do Ministério Público seja feita pelo chefe da administração, nem aceitar concentrem-se nas mãos do procurador-geral os poderes para responsabilizar criminalmente os governantes que o escolheram).

Fica evidente, diante de quanto até aqui se disse, a impossibilidade de que a jurisdição se desenvolva espontaneamente, por auto-iniciativa dos órgãos jurisdicionais. Por razões mais psicológicas que jurídicas, o órgão da jurisdição deve permanecer inerte, para só agir quando provocado: está aí o fundamento do princípio da imparcialidade, que leva à legitimidade política do Poder Judiciário.

Firmadas estas necessárias premissas, cabe apontar que, dentre os valores fundamentais da sociedade, o acesso à Justiça Penal é dos mais relevantes. Trata-se de um dos fundamentos da própria democracia a preocupação com que a Justiça seja efetivamente acessível a todos, pobres e ricos, fracos e poderosos.

Entretanto, a possibilidade de acesso à Justiça não é *efetivamente igual* para todos: são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais.

---

3. *V.*, por exemplo, o art. 6º do Código de Processo Civil.

Pois justamente para garantir a inércia do Estado-juiz, e ao mesmo tempo assegurar acesso à Justiça Penal, com um adequado equilíbrio na própria relação processual, é que se justifica o papel do Ministério Público. Destinado constitucionalmente à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis,[4] ao Ministério Público se confere privativamente a *iniciativa* da ação penal pública — com a só exceção da ação privada subsidiária —,[5] impondo-se, outrossim, sua *intervenção* nos processos penais em que não tenha comparecido como órgão agente (nas ações privadas; nos *habeas corpus*, nas revisões criminais, *v.g.*).

Longe, porém, de um papel apenas destinado a colaborar com a prestação jurisdicional do Estado, seja como órgão agente, seja como órgão interveniente, o ofício do Ministério Público desenvolve-se também na esfera *extrajudicial*, como, para não sair da área criminal, ocorre no relevante papel — ainda não implementado pela legislação infraconstitucional — de exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar de cada Estado.[6]

É o Ministério Público essencial à prestação jurisdicional quando se trate de feitos nos quais estejam em jogo interesses sociais ou individuais indisponíveis, seja para possibilitar o acesso ao Judiciário, seja para operar como fator de equilíbrio entre as partes no processo.

3. A REALIDADE DA JUSTIÇA CRIMINAL

Se são esses os princípios que devem iluminar o acesso à prestação jurisdicional, na realidade, porém, vemos que a Justiça Penal brasileira muito longe está de ser uma realidade palpável para a grande maioria da população.

Perderam atualidade e organicidade o Código Penal e o Código de Processo Penal, que datam de mais de meio século.[7] Depois de sucessivas alterações parciais (*v.g.*, em 1977 e 1984), convivem eles com o advento de leis específicas, que não se integram a seu perfil sistêmico (como a Lei dos Crimes Hediondos, as alterações na prisão processual; a extinção do procedimento de ofício; a prisão temporária, *v.g.*).

---

4. Cf. arts. 2º e 5º da Lei Complementar federal n. 75/93 — Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU).

5. Cf. art. 5º, LIX, da CF.

6. A LC n. 75/93 — LOMPU — cuidou do controle externo da atividade policial em seu art. 3º.

7. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, e Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal.

Sentindo a premente necessidade de mudanças, o constituinte de 1988 previu a implantação de *juizados especiais* e admitiu a *transação na área criminal*, visando a enfrentar as infrações penais de menor potencial ofensivo (CR, art. 98, I). Contudo, já estamos às vésperas da reforma constitucional, e até hoje a legislação ordinária nem criou os juizados especiais, nem mesmo disse o que são *infrações penais de menor potencial ofensivo*.

E, ao mesmo tempo, é desalentador o quadro atual da Justiça Penal no País.

De um lado, muitas vezes não aparelhada para as importantes tarefas que a ela foram cometidas, assoberbada com o processo e o julgamento não só dos grandes crimes, mas especialmente com o das pequenas infrações que ocupam significativa parte do movimento forense, a Justiça Criminal não pode tratar com a celeridade necessária os fatos de maior gravidade, e, tanto nestes casos como nas infrações menos graves, acaba afogada pelo volume do serviço. Processos que se arrastam há anos, com milhares deles aguardando manifestação de promotores, procuradores, juízes e tribunais, cujo trabalho é muito mais modesto do que seria desejável; milhares de recursos parados, aguardando distribuição nos tribunais e no Ministério Público; repetições de inúmeros atos processuais, como reinquirição de vítimas e testemunhas; coleta deficiente de provas técnicas; prescrições sistemáticas, que deixam de ser sanção excepcional para a inércia do exercício do *ius puniendi* e se transformam em solução de rotina para muitos processos. E, não bastando as absolvições por deficiência dos mecanismos repressivos estatais, mesmo as condenações com suspensão da pena, imposição somente de multa ou sob regime inicial aberto, são na prática como que absolvições, seja pela falta de quaisquer controles, seja porque assim são encaradas pelo povo ou pelos beneficiários da medida.

E de outro lado, com o crescimento da perda de credibilidade no funcionamento, como um todo, do sistema policial e judicial de repressão ao crime, nota-se o recrudescimento das infrações penais. Aumentam em quantidade e audácia não só os crimes praticados com emprego de violência (como os roubos e sequestros, os massacres praticados por policiais,[8] as agressões entre os torcedores nos estádios, os assaltos a bancos, os linchamentos), como todos os demais, de qualquer nível de gravidade (desde o tráfico de drogas até as infrações de trânsito; desde a corrupção de autoridades até a sonegação de impostos pelo cidadão; desde a mais grave violação a direitos difusos de toda uma coletividade, até a violação dos direitos de vizinhança). Vira regra a prática da corrupção e do enriquecimento ilícito de administradores públicos em prejuízo da

8. Só para invocarmos exemplos mais recentes, citemos o caso do *Massacre da Casa de Detenção*, em São Paulo, e a *Chacina do Largo da Candelária*, no Rio de Janeiro (1993).

coletividade. Desde a mera falta de civilidade até o crime mais violento, a sociedade atual já se acostuma a conviver com o desprezo pela lei e pela ordem.

Ora, o descumprimento da lei tem um evidente aspecto corruptor de costumes, pois atinge desde o governo à menor empresa; desde o mais importante governante até o mais modesto e desconhecido cidadão. Tanto se arvora no direito de colocar-se acima da lei o marginal que ostensivamente delínque, como o administrador, o promotor ou o próprio juiz, que lhe negam aplicação.[9]

Há todo um envolvimento de raízes sociológicas para explicar esse quadro (aspectos históricos e culturais, condições marginalizantes, falta de investimentos na educação, mau exemplo das autoridades, ausência de moralidade na administração). A par disso, há também explicações mais imediatas que igualmente concorrem para o problema, e aqui devem ser consideradas, como o tratamento inadequado que a lei processual dá às infrações de pequeno e grande porte, que não tem diferenças substanciais. E, para fazer frente a essas razões verdadeiras, de acréscimo ainda convivemos com falsas soluções, ou soluções superficiais, como as que buscam o só rigorismo de algumas normas (como a Lei dos Crimes Hediondos ou as propostas, *de lege ferenda*, de imposição de pena capital).[10]

Ora, não se pode perder de vista que o importante não é a norma pela norma, e sim pela sua eficácia. Em suma, para adequado combate aos crimes, não basta editar mais uma lei especial, nela descarregando todo o rigor do legislador. Isoladamente considerada, será mais uma lei dentre milhares, que enfrentará as mesmas vicissitudes para ingressar no campo da eficácia real.

Estamos, pois, diante da sensação de impunidade generalizada. A população se convence de que, na maior parte das vezes, violar a lei "*não dá em nada*", e procura soluções à margem da lei. A descrença no sistema policial e judiciário, ao mesmo tempo em que é poderoso estímulo ao criminoso, também é um vigoroso desestímulo para as vítimas e para todos os que se sujeitam à lei. Vítimas não noticiam a maioria dos crimes que suportam; testemunhas fornecem dados falsos para não serem mais localizadas; delinquentes têm ampla sensação de poder e desprezam a lei. O povo faz linchamentos,

---

9. Por exemplo, o administrador que recebe percentagens de empreiteiras de obras públicas, para financiar suas campanhas eleitorais; o promotor que é subornado para não agir; o juiz que resolve não mais aplicar a lei vigente que pune o *jogo do bicho*.

10. Não acreditamos seja solução a pena de morte, cuja vedação faz parte do cerne rígido da Constituição (arts. 5º, XLVII, *a*, e 60, § 4º, IV, da CF) e que, sob o aspecto filosófico, não recebe nossa sustentação.

as pessoas buscam defender-se pelos próprios meios (seguranças particulares, porte de armas). O cidadão se sente inseguro, não só nas grandes cidades, como no interior.

Enfim, isto é a perda da credibilidade da Justiça, especialmente da Justiça Penal. E o que é pior: nem só os criminosos perdem o respeito pela lei: até mesmo as pessoas de bem se sentem desestimuladas.

A esta altura, somos levados a crer que só mesmo uma reforma global, de base e de estrutura, poderá enfrentar e corrigir as imperfeições do sistema. De certa forma, isto é verdade, mas, e aqui vem o paradoxo, é justamente a necessidade de uma solução tão ampla e drástica que tem impedido aperfeiçoamentos menos ambiciosos e mais factíveis, os quais têm ficado condicionados a uma reforma geral que nesses anos todos ainda não veio, e nada indica que, quando vier, tudo resolverá de uma só vez.

Assim, algumas providências menores podem e devem ser tomadas desde já, porque independem de uma reforma global e até mesmo estarão sedimentando conquistas e abrindo caminho para ela. É possível e desejável de imediato buscar soluções para alguns dos principais problemas do vigente sistema processual penal, que não confere tratamento adequado para a investigação e o processo da grande maioria das infrações penais, à espera de solução mais ágil e de maior eficiência na prevenção geral. Devemos aprimorar a investigação criminal; simplificar a solução das ações penais; impor responsabilidade penal adequada à gravidade da infração; resgatar, enfim, a credibilidade da Justiça e a confiança da população.

É preciso um aperfeiçoamento gradativo, que possa repercutir imediatamente e de forma benéfica sobre o sistema como um todo.

A partir de constatações fundadas na experiência profissional, podem ser trazidas algumas propostas concretas, não como soluções prontas e acabadas para um problema tão complexo, mas apenas para ventilar idéias, que necessariamente se destinam à análise crítica da comunidade jurídica, para alterações e correções, até chegar-se a um anteprojeto que, aí sim, possa exprimir uma real solução.

4. PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA[11]

a) A mitigação do princípio da obrigatoriedade

---

11. A respeito dessas e outras sugestões, *v*., também, nosso artigo *Algumas propostas de alterações no processo penal*, publ. em *RT*, 689/320.

Uma das pedras de toque do aperfeiçoamento sugerido é a mitigação do chamado *princípio da obrigatoriedade no processo penal*.

Tudo se resume em examinar o alcance do *dever de agir*. Partindo do Ministério Público a iniciativa da ação, não é correto falar-se em *direito de agir*; há antes um *dever* de agir. Daí se afirmar a indisponibilidade da ação pelo Ministério Público.

Essa indisponibilidade da ação, porém, deve ser bem compreendida. Segundo válida lição de Calamandrei, não se admite que o Ministério Público, identificando uma hipótese em que deva agir, se recuse a fazê-lo: nesse sentido, sua ação é um dever. Todavia, se não tem discricionariedade para agir ou deixar de agir quando identifica a hipótese de atuação, ao contrário, tem liberdade para apreciar se ocorre hipótese em que sua ação se torna obrigatória.

Em outras palavras, não há dúvida de que o Ministério Público tem ampla liberdade para apreciar os elementos de convicção do inquérito, para verificar se houve ou não crime a denunciar; mas, identificando a hipótese positiva, não poderá eximir-se do dever de exercitar a acusação penal.

Quebra alguma ao princípio da obrigatoriedade ocorre se o Ministério Público dá a última palavra sobre o arquivamento do inquérito policial, por entender ausente a justa causa para propor a ação penal pública (art. 28 do Código de Processo Penal). Se fundamentadamente deixa de propor a ação penal pública por entender ausente a violação à lei, não quebra o princípio da obrigatoriedade.

Já na hipótese contrária, reconhecendo a existência de violação da lei que lhe torne obrigatória a atuação, não se compreenderia que o Ministério Público se recusasse a agir: nesse sentido se fala em caráter vinculado de sua atuação.

Contudo, *de lege ferenda*, e autorizado pelo permissivo constitucional (CF, art. 98, I), é possível admitir que o Ministério Público não promova a ação penal, mesmo identificada a lesão ao direito, quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo. Para tanto, é preciso que a lei ordinária discipline a *transação* entre o titular da ação penal pública e o autor da infração.

Do mesmo modo que já o faz no inquérito civil (art. 9º da Lei n. 7.347/85),[12] o Ministério Público, *de lege ferenda*, deve poder fazer a transação penal, bem como

---

12. Na Lei da Ação Civil Pública, temos os úteis *compromissos de ajustamento*, de que cuida o § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/85, introduzido pela Lei n. 8.078/90.

determinar diretamente o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação destinadas a formar sua convicção.[13] Quando se decide a não propor a ação penal pública e propende pelo arquivamento do inquérito policial, não há necessidade de prestação jurisdicional.

É imprescindível estabelecer um eficiente sistema de controle do arquivamento, à guisa do que já o fazem o art. 9º da Lei n. 7.347/85 e o art. 6º da Lei n. 7.853/89, que instituíram uma disciplina em muito superior à do art. 28 do Código de Processo Penal. A solução da lei processual penal não satisfaz, por concentrar de forma incontrastável nas mãos de uma única pessoa — o procurador-geral de Justiça — a última palavra a respeito da não propositura da ação. Já pelo art. 9º da Lei da Ação Civil Pública ou pelo art. 6º da Lei n. 7.853/89, a revisão do ato de arquivamento do inquérito civil cabe a um órgão colegiado — o Conselho Superior do Ministério Público. A Lei n. 8.625/93 — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público — já mitiga os poderes do procurador-geral de Justiça, pois, nos casos de sua atribuição originária (que até há pouco eram atos incontrastáveis do procurador-geral), o ato de arquivamento poderá ser revisto pelo Colégio de Procuradores (art. 12, XI).

Até mesmo iríamos além. Como fruto de nossa vivência da carreira, exercida em todos os campos, quer na Capital como no interior, acreditamos que, para pequenas infrações, mesmo em matéria penal, deve ser cogitado de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação civil ou da ação penal pública, como prevê o art. 98, I, da CF. Afinal, a lei não pode estar em falta de sintonia com a realidade. Não podem o jurista e o legislador fingir que desconhecem o que acontece na vida real, em que, por decisão dos próprios interessados, às vezes das próprias vítimas diretas, e com plena aceitação social, apenas pequena parcela das infrações penais é levada ao conhecimento das autoridades; ou o que acontece principalmente nas delegacias de polícia, onde só uma ínfima parcela dos crimes cuja ocorrência é registrada, é regularmente apurada, deixando-se de lado muitas infrações, por critérios de oportunidade e conveniência que, entretanto, são hoje ilegais e arbitrários. Não podem ainda olvidar que diversos pedidos de arquivamentos de inquérito e muitas improcedências em ações penais, sob o ponto de vista jurídico, estão inadequadamente fundamentados, ora violando-se a tese jurídica, ora a prova dos autos, porque na verdade a última razão do arquivamento do inquérito ou da improcedência do pedido foi um critério de oportunidade e de

---

A respeito da transação na ação civil pública, *v.* nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, Cap. 23, 5ª ed., 1993, Rev. dos Tribunais, São Paulo.

13. Na ação civil pública, o arquivamento do inquérito civil é determinado diretamente pelo promotor de Justiça, com revisão obrigatória e automática de seu ato pelo colegiado competente (art. 9º da Lei n. 7.347/85).

conveniência, que visou a buscar uma verdadeira justiça para o caso concreto, mas sem o adequado amparo no sistema positivo.

É necessário antes preferir o caminho que combate a iniquidade, sim, mas dentro da legalidade. E a maneira correta de assim proceder é corajosamente estimular a mitigação do princípio da obrigatoriedade, sem quebra da legalidade, para casos específicos, restritivamente previstos em lei, quando verdadeiramente não haja interesse social na propositura ou no prosseguimento da ação penal pública. É o caso de pequenas infrações, quando o dano pôde ser integralmente reparado pelo agente ou quando a ação pública e a própria sanção objetivada se mostrarem totalmente desnecessárias e às vezes até injustas ou em desarmonia com suas finalidades.

A sugestão concreta, que aqui fazemos, consiste em mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. E isto pode e deve ser feito desde já, e a nosso ver independe da criação de uma estrutura paralela da Justiça, como os juizados especiais. Com isso se dinamizará a atividade jurisdicional, reservando-se a efetiva responsabilização penal para os crimes de maior gravidade. Vale dizer, é preciso conferir importância à real eficiência do sistema penal, implementando-se a transação em infrações penais de menor potencial ofensivo, sempre com a indispensável participação do advogado e do Ministério Público.

Mitigando-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal, até mesmo evitaremos o que hoje tem ocorrido, quando, agora sob a indesejável sombra da ilegalidade, a maior parte das infrações penais, para grande desprestígio das instituições e da Justiça, sequer é apurada, ora porque a própria vítima já desacreditou do sistema como um todo e sequer traz à Justiça elementos para a investigação, ora porque as próprias deficiências intrínsecas do sistema provocam todo esse quadro desalentador. Ao contrário, o novo sistema proposto, desafogando a Justiça da maior parte de sua atual carga, permitirá que esta se concentre mais especificamente nos casos de gravidade acentuada (como os crimes mais violentos, os que envolvem corrupção e sistemática impunidade, os que, pela sua natureza ou reiteração, podem estar a exigir um esforço repressivo mais intenso). Haverá incalculável proveito e retorno social.

O sistema de transação nenhum prejuízo trará para as garantias constitucionais do cidadão, desde que a transação ora proposta não importe consequências penais, e para ela concorra a indispensável presença do advogado e do Ministério Público, com o adequado equilíbrio no zelo dos interesses do cidadão e da coletividade.[14]

---

14. Num primeiro passo da implantação da transação em nosso sistema, recomendaríamos não produzisse ela consequências penais (como perda da primariedade; possibilidade de conversão em sanção corporal; óbice à futura concessão de outros benefícios legais etc.).

Ainda dentro do campo da mitigação do princípio da obrigatoriedade, em crimes de menor potencial ofensivo, deve-se admitir a desistência da ação penal, sempre precedida do reconhecimento, por parte do réu, de sua responsabilidade cível pelo evento praticado, ainda que esse reconhecimento não lhe traga ou até dispense consequências de caráter penal.[15]

b) O controle da não propositura da ação

O Código de Processo Penal faz duas claras referências ao dever ministerial de agir, seja quando proíbe a desistência da ação penal (art. 42), seja quando veda a desistência do recurso (art. 576).

Como vimos, o dever de agir não obriga à cega propositura da ação. Sem quebra alguma do princípio da obrigatoriedade, nossa proposta é a de que, esgotadas todas as diligências, se o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação penal, deve promover diretamente o arquivamento dos autos do inquérito policial ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.[16] Afinal, não pode estar obrigado a denunciar, quando falte justa causa para a acusação, até porque sua denúncia seria rejeitada se, por exemplo, o fato narrado evidentemente não constituísse crime, se já estivesse extinta a punibilidade, ou se faltasse uma condição da ação ou um pressuposto processual (art. 43 do Código de Processo Penal).

Há um duplo mecanismo de controle da não propositura da ação penal pelo Ministério Público. De um lado, admite-se o reexame da manifestação do promotor de Justiça; de outro, existe a ação penal subsidiária, em caso de inércia.

No sistema atual, o pedido de arquivamento do inquérito policial é apreciado pelo juiz que, se não o deferir, remeterá os autos ao procurador-geral de Justiça, para reexame da manifestação do promotor (art. 28 do Código de Processo Penal).

O sistema vigente de controle de arquivamento do inquérito policial é tecnicamente menos aprimorado que o do inquérito civil, disciplinado pelo art. 9º e seus parágrafos da Lei da Ação Civil Pública (cf. Leis ns. 7.347/85 e 7.853/89). O Código de

---

Ainda a propósito da transação penal, *v*. adiante, tópico n. 4, *e*, deste trabalho.

15. O fundamento para a ausência de consequências penais, nesse caso, é o mesmo que acima desenvolvemos a propósito da transação.

16. Aqui propomos um sistema de controle do arquivamento do inquérito policial idêntico ao do arquivamento do inquérito civil: revisão automática e obrigatória, *em todos os casos*, pelo Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º da Lei n. 7.347/85 — Lei da Ação Civil Pública).

Processo Penal vale-se de uma série de eufemismos processuais para explicar o ato final do Ministério Público, quando se decide a não acusar (um "requerimento" para arquivar o inquérito, a que o juiz está "obrigado a atender"...).[17] Na Lei da Ação Civil Pública, eliminando-se a intervenção do juiz e do procurador-geral, a revisão do arquivamento do inquérito civil fica a cargo de um órgão colegiado do Ministério Público (o Conselho Superior). Trata-se de garantia de um reexame mais arejado que o do arquivamento do inquérito policial, sujeito este aos critérios imperscrutáveis do procurador-geral de Justiça, cuja nomeação e atuação não raro estão sujeitas à conveniência política e até político-partidária. Além disso, o julgamento colegiado geralmente é o preferido em matéria recursal.

Nossa proposta consiste, pois, em que o controle do arquivamento do inquérito policial passe a ser feito por um órgão colegiado do Ministério Público, que deverá deliberar em sessão pública. Assim, se o promotor de Justiça, em vez de oferecer denúncia, lançar promoção de arquivamento, deverá fazer a remessa dos autos ou das peças de informação em breve prazo, ao Conselho Superior do Ministério Público, sob pena de falta grave, sem que haja necessidade de qualquer manifestação do juiz. A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior, conforme dispuser o seu regimento. Até que, em sessão pública do Conselho Superior, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderá qualquer interessado apresentar razões escritas, documentos ou informações, que serão juntados aos autos do procedimento. Mas, deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará no ato outro órgão do Ministério Público para prosseguir nas investigações ou para desde logo oferecer a denúncia.

O outro mecanismo de controle da não propositura da ação civil pública é a ação privada subsidiária, cabível em caso de inércia do Ministério Público (art. 5º, LIX, da CF; art. 29 do Código de Processo Penal).

Para fins acadêmicos, já que a matéria não tem encontrado maior contestação jurisprudencial ou doutrinária, interessa afirmar a constitucionalidade do sistema que coloca nas mãos do Ministério Público a última palavra sobre o arquivamento do inquérito policial.[18] Não é inconstitucional permita a lei que o Ministério Público monopolize a não propositura da ação penal pública — ao contrário (CF, art. 129, I): quando

---

17. Tornaghi observou, com razão: que *requerimento* é esse que o juiz está *obrigado* a atender?! Quanto amaneiramento, para evitar dizer que o Ministério Público determina o arquivamento do inquérito policial...

18. Aliás, o art. 28 do Código de Processo Penal, em última análise, também atribui ao Ministério Público a última palavra sobre o arquivamento, embora o faça por caminhos mais tortuosos.

se trata do *ius puniendi*, interesse este de que é titular o Estado, em nenhuma inconstitucionalidade se incorre quando o próprio Estado, por seu órgão adequado, resolve não propor a ação penal, emanação direta de sua soberania.

c) A tramitação direta do inquérito entre a Polícia e o Ministério Público

A primeira garantia do cidadão, no processo penal, antes mesmo de ter um julgamento justo, consiste em ser acusado por um órgão imparcial e independente do Estado, escolhido previamente por critérios legais, e não casuisticamente.[19]

Para assegurar a necessária imparcialidade do juiz que vai julgar o caso, a Constituição Federal corretamente extinguiu o teratológico procedimento penal de ofício, impedindo que o juiz, a um só tempo, acuse e julgue o réu que acusou: a promoção da ação penal pública passou a ser privativa do Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal).

É preciso extrair as consequências dessa premissa. Cabe dizer que, se for para criar algo sério e se é o Ministério Público o titular da ação penal (*dominus litis*), torna-se indispensável que, na investigação dos crimes, destinada a fornecer elementos para formar sua convicção (necessária para exercitar a pretensão punitiva), exerça ele um controle mais efetivo sobre a investigação criminal. Passa a ser condição do próprio êxito do trabalho de prevenção e repressão ao crime seu contato direto com a atividade policial, encarregada da investigação dos crimes na sua materialidade e na sua autoria.

Nessa fase pré-procesual, ressalvada a necessidade de alguma medida cautelar (prisão processual, liberação de bens apreendidos, *v.g.*) ou de defesa do *status libertatis* do cidadão (por exemplo, o *habeas corpus*), — normalmente, enquanto não há denúncia, não há porque ser chamado o juiz para acompanhar os trabalhos investigatórios; de regra, não há ainda necessidade de jurisdição.[20]

O sistema vigente de controle do arquivamento do inquérito policial provém do Código de Processo Penal de 1941, ou seja, de uma época em que o Ministério Público ainda não estava adequadamente estruturado nem tinha as funções constitucionais

---

19. Daí nossa luta contra o *promotor de encomenda* e a favor do princípio do *promotor natural*. Nesse sentido, cf. de Jaques de Camargo Penteado, *O princípio do promotor natural*, *Justitia*, 129/114; Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *O Ministério Público no processo civil e penal*, ed. Forense, 1992; *v.*, ainda, nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 68, 116-8, 1993, ed. Saraiva, São Paulo.

20. A necessidade da prestação jurisdicional surge com a apresentação formal da imputação (denúncia), salvo se, antes disso, alguma ilegalidade estiver sendo cometida (passível de correção por meio de *habeas corpus*), ou se houver necessidade de uma medida cautelar (prisão temporária ou provisória, confirmação ou relaxamento do flagrante etc.).

privativas que tem hoje na promoção da ação penal pública. Por isso que para o controle do ato ministerial foi chamado um órgão judiciário para tarefa que não é jurisdicional, obrigando-o a submeter-se ao critério ministerial (art. 28 do Cód. de Processo Penal).

Pela nossa proposta, porém, é evidente que, se no curso das investigações, qualquer lesão de direito individual estiver sendo praticada, o interessado ou o próprio Ministério Público deverão acionar de imediato o Poder Judiciário. Certamente aí sempre caberá jurisdição. Nesse caso, o juiz deverá ser chamado, seja para decretar uma prisão processual, seja para excluí-la, ora expedindo um decreto da prisão preventiva ou temporária, ora concedendo uma ordem de *habeas corpus* ou outro remédio legal, seja para fazer soltar alguém ilegalmente preso, seja ainda para trancar uma investigação a que falte justa causa. E, sendo constatadas ilegalidades, deverá ser providenciada a integral promoção das responsabilidades.

Com o sistema que ora vem proposto, de tramitação direta do inquérito entre a Polícia e o Ministério Público, busca-se resguardar a imparcialidade do juiz para o recebimento ou para a rejeição da acusação penal, para as questões atinentes à custódia processual do imputado, bem como para a futura condenação ou a absolvição do acusado.

Partindo dessas premissas, é preciso mudar a sistemática atual.

De um lado, nossa proposta busca ampliar a garantia aos direitos do cidadão, pois a acusação eventualmente formulada contra ele será apreciada por um juiz totalmente imparcial, que não participou em momento algum da investigação policial; de outro lado, o cidadão contará com a garantia da participação mais efetiva e direta do Ministério Público desde a investigação policial.

De outro, o escopo também é aprimorar a defesa dos interesses da coletividade, a qual, com esta solução, será diretamente beneficiada com a maior celeridade e eficiência na condução das investigações, feitas agora com o contato direto e profícuo de duas instituições que devem trabalhar lado a lado, com harmonia e eficiência, quais sejam o Ministério Público e a Polícia, cuja falta de entrosamento, porque até hoje inexistente, tem condicionado de forma negativa os próprios resultados concretos do trabalho de combate ao crime.

d) Conceituação das infrações penais de menor potencial ofensivo

Propomos que o legislador defina de plano as infrações penais de menor potencial ofensivo, assim entendidas aquelas a que não seja cominada pena de reclusão — isolada, alternativa ou cumulativamente.[21]

Como não há uma tradição jurídica na definição dessas infrações,[22] nossa recomendação seria a de que não fosse inicialmente admitida senão nos crimes a que não seja cominada a pena de reclusão; e, mesmo nos crimes punidos com detenção, não deve ser admitida naqueles contra a vida (homicídio culposo e infanticídio).

e) A transação no processo penal

A idéia de transação, fortemente impregnada de teor civilista, está intimamente ligada à noção de disponibilidade do conteúdo material da lide. Seria possível admitir a transação no processo penal?

Desde que se tenha a correta compreensão do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública — matéria que acima enfrentamos —, não vemos óbice à transação no processo penal.

Propomos que, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, se o infrator admitir sua responsabilidade patrimonial pelas consequências do evento que lhe foi imputado na denúncia, o órgão do Ministério Público, levando em conta as circunstâncias do caso, bem como os antecedentes e a personalidade do réu, deverá poder tomar por termo o reconhecimento da responsabilidade. Estando em andamento a ação penal, obtida a transação, deverá ser admitida a desistência da ação penal.

Para conferir maior eficácia à transação, se o termo, subscrito pelo réu, pelo seu advogado e pelo órgão do Ministério Público, contiver os requisitos de liquidez e certeza, deverá valer como título executivo extrajudicial; em caso contrário, deve ensejar o ajuizamento de ação cível de liquidação.

Em nosso modo de ver, a transação poderá ocorrer tanto *antes* como *durante* a ação penal, desde que presentes os pressupostos que a autorizariam. Caso realizada no curso do processo penal, pode suceder que, submetido o pedido de extinção do processo à autoridade judiciária, discorde esta da extinção do processo. Nesse caso, propomos

---

21. Admitimos, como exceção à regra, não sejam consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo os crimes contra a vida, ainda que punidos com detenção (homicídio culposo, infanticídio), nos quais não nos parece recomendável aceitar que infrações desse porte permitam a transação penal (art. 98, I, da CF).

22. Até porque poderão ensejar a transação penal (art. 98, I, da CF).

seja o processo encaminhado ao Conselho Superior do Ministério Público, que poderá designar outro órgão ministerial para prosseguir na ação, caso em que não terá eficácia o termo de reconhecimento de responsabilidade. Entretanto, mantendo o Conselho Superior a promoção de desistência, o processo deverá ser extinto por falta de interesse de agir.

De qualquer forma, nessa fase de implantação da transação no País, acreditamos que o reconhecimento de responsabilidade não deva ser considerado para aferição de antecedentes nem importar consequências de caráter penal.[23]

A transação, longe de levar à impunidade, acabará permitindo a repressão a infrações menores que hoje simplesmente sequer são apuradas, com muito maior descrédito para o sistema e para a credibilidade da lei.

f) Tratamento mais abrangente para as infrações de menor potencial ofensivo

Entretanto, mais do que apenas permitir a *transação* quando se trate de *infrações de menor potencial ofensivo* (a que se refere o art. 98, I, da CF), é necessário prever todo um tratamento especial para esse tipo de infrações, não só definindo-as de forma abrangente, como dispensando-se o inquérito policial e simplificando-se o processo penal nesses casos, ainda que não se consiga a transação.

Assim, tratando-se de infração penal de menor potencial ofensivo, deverá ser possível dispensar-se o inquérito, salvo se, a critério da autoridade policial ou do Ministério Público, a elucidação do caso exigir sua instauração (por exemplo, quando, pela complexidade das investigações, seja ele necessário ou útil no caso concreto). Sendo possível dispensá-lo, será o inquérito policial substituído por um boletim de ocorrência circunstanciado, feito pela autoridade policial, que terá comparecido ao local, colhido desenhos e fotos, instruído a ocorrência com ficha médica ou pericial, e de tudo fazendo um breve relato, no qual deverá referir as várias versões dos envolvidos e testemunhas, encaminhando tudo, de imediato, ao Ministério Público.

Ao receber o boletim circunstanciado, ou o inquérito policial quando instaurado, sugere-se possa o órgão do Ministério Público, atento às circunstâncias e às consequências do caso, bem como aos antecedentes e à personalidade do indiciado, tomar uma

---

23. Pode parecer muito modesta a transação, se não importar efeitos penais. Contudo, considerando que hoje, o *sursis*, o regime aberto, e, em certos casos, até mesmo o regime semiaberto de cumprimento inicial de pena — todas essas hipóteses acabam identificando-se com a impunidade, uma transação que assegure a responsabilidade patrimonial do réu e a *efetiva* reparação dos danos da vítima já pode ser um grande avanço em termos de eficácia concreta da *norma agendi*.

das seguintes providências: *a*) determinar o arquivamento do caso; *b*) acordar com o indiciado e seu advogado a fixação de uma sanção pecuniária, sem qualquer caráter penal, hipótese em que também determinará o arquivamento do caso; *c*) oferecer denúncia.

Nas hipóteses *a* e *b*, o órgão do Ministério Público, sob pena de falta grave, deverá remeter os autos do inquérito ou das peças de informação ao Conselho Superior do Ministério Público, para revisão de sua manifestação.[24]

O arquivamento do caso, nas hipóteses aqui sugeridas, não deve gerar efeito penal nem ser considerado para fins de antecedentes;[25] contudo, naturalmente deve constituir óbice à propositura de ação penal contra o indiciado, com base nos mesmos fatos.

O termo de ajuste da sanção pecuniária (hipótese *b*) deve ser subscrito pelo indiciado, por seu advogado e pelo órgão do Ministério Público, e valerá como título executivo extrajudicial. Para a fixação do valor da sanção pecuniária, deverão ser levadas em conta: *a*) as circunstâncias, bem como as consequências morais e materiais do evento; *b*) as possibilidades econômicas do indiciado e as necessidades da vítima.

Por sua vez, o valor da sanção pecuniária deverá ser recolhido num Fundo especial, que renda juros e atualização monetária, e gerido da mesma forma que o fundo a que alude o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 — Lei da Ação Civil Pública.[26] Em caso de lesão a direito individual, a vítima poderá requerer o levantamento da parte que lhe caiba do valor arrecadado, o que será decidido pela administração do Fundo; se o valor do prejuízo exceder ao valor recebido, a vítima poderá acionar o indiciado na via cível, pelo saldo, em ação de conhecimento. E, havendo controvérsia sobre a quem deva ser feito o pagamento, a destinação da importância recolhida ao Fundo ficará sustada até decisão judicial. Enfim, não se habilitando nenhum lesado dentro dos prazos de prescrição para a respectiva ação de indenização, o saldo existente no Fundo será utilizado em programas de prevenção à criminalidade.

É necessário ter sempre presente a busca mais ampla possível da efetiva reparação do dano, bem como a imposição de vigorosas sanções econômicas, quando viáveis

---

24. Aqui sugerimos que o controle da não propositura da ação penal seja feito nos mesmos moldes em que acima já foi analisado (tópico n. 4, *b*, deste trabalho).

25. À guisa do que acima propusemos, no tópico n. 4, *e*.

26. Sobre a utilização desses *fundos fluidos* para recomposição dos bens lesados, cf. nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., Cap. 33.

(sem fixar *a priori* um mínimo ou um máximo, que deverão ser encontrados no prudente exame do caso concreto).

g) As intimações no processo penal

Quanto às intimações, sugere-se seja aplicado, no que for cabível, o sistema mais atual do Código de Processo Civil de 1973, valorizando-se a intimação do advogado e admitindo-se intimações pela imprensa oficial, para maior celeridade do processo. Enfim, necessita ser aprimorado o sistema vigente de cientificação dos atos processuais, porque é um dos principais responsáveis pela morosidade da Justiça Criminal.

Nas intimações do Ministério Público, dos advogados, dos réus, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, nossa proposta é a de que seja observado, no que couber, o sistema do Código de Processo Civil, no que for aplicável.

h) A revisão "pro societate"

Sugere-se um necessário aperfeiçoamento, há muito reclamado pela doutrina, consistente em permitir o prosseguimento da ação penal, ainda que declarada a extinção da punibilidade, quando se verifica que a morte do agente é incorretamente reconhecida. Com efeito, não raro a extinção da punibilidade é decretada com base em falsas certidões de óbito, ou por erro fundado em homonímia, havendo entendimentos no sentido de que é hoje incontornável essa situação.[27]

Assim, mesmo extinto o processo penal, é de boa cautela que a lei diga por expresso que, caso se verifique tenha sido incorretamente reconhecido o evento morte, poder-se-á prosseguir na ação penal, se não tiver ocorrido outra causa extintiva da punibilidade.

i) Ampliação do princípio dispositivo

Para melhor proteção às liberdades individuais, bem como levando-se em conta a titularidade constitucional que tem o Ministério Público sobre a ação penal pública, assegura-se que nenhuma prisão será decretada de ofício, sem requerimento do Ministério Público, nem será mantida sem prévia oitiva do órgão titular da ação penal.

---

27. Não comungamos desse entendimento: cf. nosso artigo *Prosseguimento da ação penal depois de declarada extinta a punibilidade pela morte do réu*, *Justitia*, 94/237.

j) O acesso às informações e o sigilo legal

Em face dos novos poderes de requisição que a Constituição Federal conferiu ao Ministério Público, aperfeiçoa-se e atualiza-se o sistema do Código de Processo Penal vigente, tornando-se, porém, o órgão do Ministério Público responsável pelo eventual uso indevido das informações sigilosas por ele obtidas.[28]

Assim, se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos, o Código de Processo Penal deverá permitir-lhe às expressas que possa: *a*) expedir notificações para comparecimento, valendo-se também dos serviços da Polícia Civil e Militar, inclusive requisitando condução coercitiva em caso de não atendimento injustificado da notificação; *b*) requisitar diretamente de quaisquer pessoas ou entidades, bem como de autoridades ou funcionários da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal, exames, perícias, documentos complementares ou novos elementos de convicção.

Naturalmente, o representante do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo.[29] Igualmente, as informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público, prestados pelas instituição financeiras ou bancárias, e os livros e documentos exibidos em Juízo ou perante o Ministério Público, revestir-se-ão sempre do mesmo caráter sigiloso, sendo seu acesso estendido apenas às partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos ao processo.

l) Os pedidos de prazo e o relatório do inquérito policial

Deve-se dar mais organicidade ao sistema de controle de prazos para conclusão dos inquéritos policiais, adequando-o ao sistema da Lei n. 7.960/89 (que instituiu a prisão temporária), bem como ampliando o prazo das investigações para um lapso de tempo que a experiência de meio século de vigência do Código de Processo Penal mostrou ser mais razoável e adequado: *a*) para cinco dias, se o indiciado estiver preso em virtude de prisão temporária; *b*) para dez dias, se o indiciado estiver preso em virtude de flagrante ou prisão preventiva; *c*) para noventa dias, nos demais casos. Nesta última

---

28. A propósito desse assunto, *v*. nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., Cap. 25.

29. É o sistema de diversas leis vigentes, que asseguram ao membro do Ministério Público o acesso à informação sobre a qual recaia o sigilo legal, mas lhe impõem o dever de preservar o caráter sigiloso da informação recebida, responsabilizando-o pelo eventual uso indevido da informação (*v.g.*, art. 201, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA; art. 26, § 2º, da Lei n. 8.625/93 — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público — LONMP; art. 8º, §§ 1º e 2º da Lei Complementar federal n. 75/93 — Lei Orgânica do Ministério Público da União — LOMPU).

hipótese, tratando-se de fato de difícil elucidação, a autoridade policial poderá solicitar ao órgão do Ministério Público a devolução dos autos, para ultimar as diligências, que serão realizadas no prazo que for assinado.

Outrossim, pelos mesmos motivos, deve-se simplificar o relatório da autoridade policial, que, em qualquer hipótese, deverá fazer breve relato e encaminhar os autos ao Ministério Público.

m) O controle externo da atividade policial[30]

Novidade da Constituição de 1988, foi a atribuição institucional do Ministério Público de exercer o *controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior* (art. 129, VII).

Pela própria dicção constitucional, esse controle há de ser disciplinado pela Lei Orgânica do Ministério Público da União (que já o faz nos arts. 3º e 9º)[31] ou pelas leis orgânicas locais de cada Ministério Público estadual. Com isso, porém, não se veda que a legislação processual penal disponha sobre qualquer relacionamento entre Ministério Público e Polícia (ao contrário, de nenhum vício padecem normas como as dos arts. 5º, II, ou 13, II, do Código de Processo Penal, que conferem ao Ministério Público alguns poderes de requisição em face da autoridade policial).

Controles externos fazem parte do sistema de *freios e contrapesos* (ou de *checks and balances*), a que devem estar sujeitas todas as instituições que exercem uma parcela do poder público. Um sistema de controles externos também existe sobre o Ministério Público, pois o Poder Legislativo participa ativamente da escolha (art. 52, III, *e*) e da demissão do procurador-geral (art. 128, §§ 2º e 4º), isso para não mencionar que, na maior parte dos atos da sua atividade-fim, junto ao Poder Judiciário, os atos ministeriais são contrastados pelas autoridades jurisdicionais e assim reciprocamente: o promotor oferece a denúncia, mas pode rejeitá-la o juiz; sentencia o juiz, mas pode recorrer o promotor. Até mesmo em seu concurso de ingresso há a salutar participação da Ordem dos Advogados do Brasil.

É multifária a atividade policial (CR, art. 144), mas bem de ver é que, embora não o diga expressamente a Constituição, o controle externo que o Ministério Público deve exercer sobre a Polícia destina-se especialmente àquelas áreas em que a atividade

---

30. A propósito da matéria, *v*. nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., p. 170-4.

31. Lei Complementar federal n. 75/95.

policial se relaciona com as funções institucionais do Ministério Público, como, por excelência, a polícia judiciária e a apuração de infrações penais pela autoridade policial.

Assim, na apuração das infrações penais, na própria repressão e prevenção criminal — matérias que sem dúvida interessam aos misteres institucionais do Ministério Público — esta instituição poderá e deverá ser chamada para o necessário controle externo.

Examinando-se as diversas formas de controle externo instituídas pela Constituição e buscando a primordial finalidade da atuação ministerial, chegamos à conclusão de que, no inc. VII do art. 129, intentou o constituinte de 1988 criar um sistema precípuo de fiscalização, um sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta dos elementos de convicção que se destinam a formar a *opinio delictis* do promotor de justiça, fim último do inquérito policial. Assim, conquanto tal matéria dependa da lei complementar já referida, pode-se antever que o controle deva ser exercido, entre outras áreas, sobre: *a*) a indisponibilidade da persecução penal; *b*) a apuração de crimes em que são envolvidos os próprios policiais (violência, tortura, corrupção, abuso de autoridade); *c*) os casos em que a polícia não demonstra interesse ou possibilidade de levar a bom termo as investigações; *d*) as visitas às delegacias de polícia e estabelecimentos policiais; *e*) a fiscalização permanente da lavratura de boletins ou talões de ocorrências criminais; *f*) a instauração e a tramitação de inquéritos policiais; *g*) o cumprimento das requisições ministeriais.

Nada impede que a legislação processual penal estipule algumas normas de fiscalização ou de requisição a respeito, sem prejuízo de mais ampla disciplina pela lei complementar local de cada Ministério Público.

Por certo não é intuito do legislador criar verdadeira hierarquia ou disciplina administrativa, subordinando a autoridade policial aos agentes do Ministério Público[32]. Aludido controle externo não importará poder disciplinar do Ministério Público sobre a Polícia. Na área funcional, se o promotor de Justiça verificar a ocorrência de quaisquer faltas disciplinares, tendo esse órgão ministerial atribuições de controle externo — forma irrecusável de correição sobre a polícia judiciária —, há de dirigir-se aos superiores hierárquicos do funcionário público faltoso (delegado de Polícia, escrivão, investigador, carcereiro etc.), indicando as falhas e as providências que entenda cabíveis, para que a autoridade administrativa competente possa agir. Para esse fim, poderá valer-

---

32 Entretanto, não se pode afastar em tese a conveniência de estabelecer uma forma de corregedoria do Ministério Público em relação à polícia, nos moldes que a exercia o Poder Judiciário, antes da Constituição de 1988. Com efeito, entre as formas de corregedoria que a nova Constituição atribuiu ao Poder Judiciário, não está aquela sobre a atividade policial (cf. arts. 96, I, *b*, e 236, § 1º).

se das normas gerais de controle que detém, na forma dos arts. 26 e 27 da Lei n. 8.625/93., e dos arts. 3º e 9º da LC n. 75/93.

5. FILOSOFIA DA REFORMA

O Ministério Público deve, pois, assumir suas responsabilidades constitucionais de órgão titular exclusivo da ação penal, para exercitar mais efetivo combate ao crime. Deve empenhar-se ainda nas tarefas do controle externo da atividade policial, bem como na efetiva participação nas investigações do inquérito policial. Por fim, deve buscar um tratamento penal de acordo com a gravidade do crime.

A adequada concepção a respeito da filosofia das penas consiste na chamada *teoria da prevenção geral positiva*, que busca desenvolver a confiança do povo nas normas concretas: "é uma teoria de prevenção geral (trata da população como um todo) e é positiva, porque não é dissuasória (negativa) e sim meta positiva, ou seja, a construção de uma consciência de normas".[33] Ora, a única maneira de não apenas reprimir ou não apenas dissuadir, mas de fazer do Direito Penal a última instância de socialização, consiste na certeza da aplicação da lei penal, para a qual o Ministério Público é o órgão agente da sociedade.

São Paulo, 27 de agosto de 1993.

33. Cf. Hassemer, "A que metas pode a pena estatal visar?" — *Justitia*, 134/26.