

SISTEMAS PROCESSUAIS E INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL NA PERSECUÇÃO CRIMINAL: UMA CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE

BONNI DOS SANTOS

Procurador de Justiça aposentado. Professor da UNESA.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Século XX, recém findo, foi notável cenário de avanço tecnológico, social e político. Paralelamente, os conflitos entre indivíduos e grupos aumentaram em dimensão e complexidade, deixando exposta uma chaga social, que se manifesta por meio da desigualdade socioeconômica e cultural que situa, de um lado, ricos e poderosos e, de outro, os demais segmentos da população.

Na verdade, quando refletimos sobre a trajetória da humanidade, ao longo da história, podemos constatar as raízes dessa tendência, pois que, nas diferentes épocas, é possível detectar um grupo de privilegiados, no topo da pirâmide social, que se arroga o direito de definir os direitos de todos, segundo seus interesses e conveniências. Por isso, ainda hoje, a despeito do discurso que atribui ênfase à mobilidade social, o que se verifica é o preservação do *status quo*, com raras e honrosas exceções.

Nessa linha de pensamento, parece verdadeira a máxima atribuída a Franz Von Liszt de que a lei foi uma grande invenção da minoria, para dominar a maioria, sendo a Carta do Rei João Sem Terra (1215) um inegável exemplo.

De longa data, é nítida a luta entre o capital e o trabalho, em que o titular da força do trabalho foi submetido a aprendizado, treinamento e espoliação, para mais produzir e acrescentar ganhos ao capitalista.

As chamadas novas estruturas, inegavelmente complexas no referente às relações sociais, inclusive as do Estado com os súditos (administrados) não foram convenientemente observadas e reguladas pela ciência do Direito. Nesse contexto, são compreensíveis os atuais conflitos de interesses e os

debates a respeito das garantias da cidadania, do acesso à justiça e da interpretação do Direito e sua adequação ao mundo novo, que é o século XXI, em que precisamos avançar em termos de conhecimento e desenvolvimento em todas as áreas, tendo em vista tornar efetivos os princípios democráticos e os direitos de cidadania.

Se o Estado detém o monopólio das leis e da justiça, sua atividade deve, necessariamente, estar submetida a um controle de legalidade, notadamente se direitos e garantias fundamentais do ser humano estiverem em jogo. A violação desse limite torna a atividade estatal ilegal e sem possibilidade de gerar efeitos no mundo do Estado de Direito. Insta acentuar que o Estado não se confunde com os eventuais governantes encastelados no poder, que buscam a manutenção do *status quo*, elaboram e aplicam a lei, segundo sua ótica dominante, fruto de um autoritarismo alucinante, inspirado em outros sistemas policiaiscos.

O Código de Processo Penal Brasileiro, editado pelo Estado Novo, sob influência do autoritarismo implementado por Getúlio Vargas, traz, em seu ventre, resquícios de uma persecução criminal inquisitória, matizada em solvente nebuloso de democracia.

Em face da permanência do problema no contexto do Direito pátrio, neste artigo discutimos aspectos polêmicos relativos à interpretação da lei penal na persecução criminal.

1.1 Processo Inquisitivo versus Acusatório: explicitação das diferenças

Habitualmente, designamos como sistema todo conjunto de elementos pré-ordenados e/ou coordenados entre si, sob forma de estrutura organizada para alcançar determinados fins. Transpondo esse conceito genérico para o âmbito do direito penal e considerando o ensinamento de Paulo Rangel (1985), podemos dizer que sistema processual é o conjunto de princípios e regras constitucionais, estruturados de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto.

São duas as formas clássicas do processo: *a inquisitiva* e *a acusatória*. A primeira encontra abrigo no Estado totalitário, tirânico, repressivo, policiaisco; a segunda é a que se apóia no princípio de garantia dos cidadãos contra o arbítrio do Estado.

No sistema inquisitivo, a característica marcante é a não-separação das funções, havendo mesmo confusão entre o órgão que acusa, o que de-

fende e o que julga. Como assinala o respeitável Paulo Rangel (1985, p. 42), o sistema inquisitivo apresenta outras características próprias, tais como:

a) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo;

b) não há contraditório, nem ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direito, não se lhe conferindo nenhuma garantia;

c) o sistema de provas é o da prova ratificada ou prova legal, sobresaindo a confissão como a rainha das provas.

Ainda conforme análise do doutrinador supramencionado (p. 42): “*Este sistema processual não condiz com o Estado de Direito, por não oferecer garantias mínimas de respeito à dignidade da pessoa humana*”.

No sistema acusatório, é nítida a separação de funções, figurando o juiz como elemento imparcial, que só se manifesta se provocado e após análise segura da prova. Assim, diferente da maneira como se organiza e funciona o sistema inquisitivo, aqui há marcantes peculiaridades nas funções de acusar, defender e julgar: a regra é que os atos procedimentais são públicos; o acusado é sujeito de direitos, sendo que os princípios do contraditório e ampla defesa compõem o devido processo legal. Em outras palavras: o processo é realizado em obediência à lei vigente; o juiz julga de acordo com o convencimento, este regrado ou vinculado ao complexo probatório. Note-se que é vedado ao julgador formular o veredicto, exclusivamente a partir de experiências adquiridas ao longo de suas atividades judicantes.

Afrânio Silva Jardim (1997), em estudo doutrinário sobre a estrutura do nosso processo penal atribui relevo aos princípios da *imparcialidade do juiz e do contraditório*, porque, a seu juízo, os demais são conseqüências lógicas desses dois fundamentos.

O princípio da demanda ou da iniciativa das partes, que decorre do *ne procedat judex ex officio*, indica que o juiz não pode provocar sua própria jurisdição, certo que a iniciativa, a *opinio delicti* é privativa do Ministério Público, conforme art. 129, inc. I, da Constituição Federal.

Já no sistema inquisitivo, o juiz não fica sujeito ao pedido da parte. Ele, *sponte propria*, inicia a apuração da infração e desempenha o papel hoje reservado à polícia, ao autor e ao acusador.

Nosso ordenamento jurídico já consagrou, excepcionalmente, é certo, o sistema inquisitivo, no concernente às contravenções penais, nos casos denominados de *judicialiformes* pelo eminente juriconsulto Pontes

de Miranda.

O sistema acusatório moderno tem como pressuposto maior a demanda, que se subsume no ato de requerer, exigir, pleitear, postular que o juiz faça a entrega da prestação jurisdicional.

Extreme de dúvida, os sistemas processuais acima variam entre o autoritarismo, com redução das garantias do acusado e o Estado de Direito, no qual são asseguradas ao infrator as garantias constitucionais, notadamente a dignidade. Não aludimos a Estado Democrático de Direito, por entendermos aí uma inequívoca redundância: se é de direito é porque é democrático.

1.2 Vertentes de Interpretação da Norma no Direito Criminal

Para a perfeita aplicação do que enuncia a lei, é mister que se conheça com segurança a mensagem que ela traduz. As normas penais e processuais penais estão presentes na Lei Constitucional ou ordinária; eventuais omissões são preenchidas através de interpretação analógica, à luz dos princípios gerais de direito. A esse respeito, é esclarecedor o disposto no art. 3º do Código de Processo Penal Brasileiro: “*A lei processual penal admite interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito*”.

Na concepção de Hélio Tornaghi (1959, p. 118):

*“chama-se **compreensão** o conjunto de elementos de uma idéia, seu conteúdo interno. Chama-se **extensão** o conjunto de objetos a que uma idéia convém, sua dimensão externa. (...) compreensão é profundidade, extensão é superfície. Compreender é incluir, conter, encerrar. Entender-se é alcançar, atingir, tocar. Quanto maior é a compreensão de uma idéia, menor a extensão. Já interpretar é trazer à luz todos os elementos que uma idéia compreende, é buscar-lhe o conteúdo.”* (Destaques do autor deste artigo)

A interpretação, elucida o estudioso referido (p. 119), “*consiste exatamente em exteriorizar, mostrar, exhibir, ostentar o conteúdo da norma, trazer à tona o que nela se encerra*”.

Numa tentativa de distinguir abordagens da interpretação, merecem destaque, porque pertinentes com o tema em testilha: *a interpretação histórica, a interpretação sociológica e a interpretação teleológica*. Por meio da primeira, o intérprete chega ao conhecimento da evolução do direito, das raízes, do direito anterior, bem como passa a conhecer a proposta de

modificação legislativa. A segunda aplica-se ao estudo das relações que se estabelecem, consciente ou inconscientemente, entre pessoas e grupos que vivem numa comunidade, instituição, ou outras formas associativas, que interagem, no seio de uma sociedade mais ampla. É ela a que se recorre, quando tomamos em consideração as aspirações, tendências e cultura de determinada comunidade, de modo a aferir se a norma está ajustada a suas efetivas necessidades, expectativas e valores.

Essa vertente fica clara, quando refletimos sobre a seguinte formulação: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”. (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil)

Por sua vez, a interpretação teleológica vincula-se ao conhecimento da causa final da lei, que, em última instância, é a justiça.

1.3 A Persecução Criminal em Sítio Policial: o Inquérito Policial

Ao refletir sobre esse tema, é pertinente trazer à baila o princípio de que a soberania é a expressão de poder do Estado. No plano interno, essa prerrogativa é exercida em conformidade com as funções básicas e complementares: legislativa, administrativa e judiciária. Segundo o sistema de freios e contrapesos e como estabelecido pelo art. 2º, da Constituição Federal, tais funções devem ser harmônicas e independentes.

O convívio social e o comportamento individual são regulados pelas normas elaboradas pelo legislativo. O administrativo orienta-se para garantir que todos os que habitam o território brasileiro (nacionais e estrangeiros) acatem as normas a eles endereçadas indistintamente, visando ao bem comum e ao princípio da coexistência pacífica. O judiciário entra em cena, se provocado, para solucionar controvérsias ou conflitos na sociedade, decorrentes do desacato ou desrespeito ao comando do ordenamento jurídico.

São atividades múltiplas que objetivam possibilitar à coletividade de pessoas e grupos a obtenção de bens materiais e imateriais, os chamados bens da vida ou de valor juridicamente relevante. Trata-se de função preventiva e reparadora do Direito que, extreme de dúvida, se afigura de maior significado, entre todas que incumbe ao Estado contemporâneo.

Entretanto, circunstâncias existem em que, mesmo em funcionamento apropriado, o Estado fica vulnerável na sua vigilância preventiva e alguém infringe norma de conduta. Emerge, então, a outra face do Estado, a severa, a poderosa e soberana, subjugando o infrator ao interesse da coletividade, que se vê perplexa e na expectativa de o judiciário dizer ao desviante de conduta

que o crime não compensa, pois que a sanção penal vai tornar-se realidade.

Trata-se da repressão penal, a persecução criminal que surge como direito/dever do Estado, com observância, contudo, do procedimento previamente ajustado em regras e princípios.

Este procedimento, denominado *persecutio criminis* é bifásico e compreende um conjunto de atos praticados pelo Estado, no âmbito de suas funções administrativas e judiciais, com a finalidade de, apurado o binômio materialidade-autoria e a respectiva responsabilidade, aplicar ao infrator a sanção penal, que acompanha a norma infringida.

Para o mestre Tornaghi (1959, p. 198), de quem sorvemos seguros ensinamentos na antiga Faculdade Nacional de Direito, na década de 1960, *o processo como procedimento inclui também o inquérito (...) (omissis)*.

A persecução criminal é, em sua primeira fase, tarefa da Polícia Judiciária. A apuração do fato e suas circunstâncias, objetivando a aferição da responsabilidade como pressuposto da pena tem sido, tradicionalmente, tarefa entregue às autoridades policiais. As informações, assim obtidas num primeiro momento, são levadas à consideração do Judiciário.

A legislação brasileira tende a manter o inquérito policial como instrumento de apuração dos ilícitos penais, que reúne elementos formadores da *opinio delicti* do legitimado a exigir a prestação jurisdicional. O projeto de um novo código, com trâmite no Congresso Nacional, preserva a fase investigatória preliminar à instauração do processo acusatório, o inquérito policial como procedimento formal. É bem verdade que o atual Código de Processo Penal prevê hipótese de dispensa do inquérito, *ex-vi* dos dispositivos dos arts. 27 e 39, § 5º, exemplificadamente.

O dispositivo do art. 4º do citado diploma legal incumbe à Polícia Judiciária a apuração das infrações penais e da sua autoria e inicia o procedimento denominado inquérito, por portaria ou por auto de flagrante.

A natureza da infração praticada e de suas circunstâncias quer endógenas, quer exógenas, irá balizar a atividade investigatória a ser desenvolvida pela autoridade policial. Em se tratando de infração cuja ação penal seja de interesse da coletividade, o *ius persecuendi* é atribuído ao Estado, ou melhor, misto de direito/dever. Por sua vez, a Polícia Judiciária, como órgão de atuação do Estado Administrativo, deve, seguindo o princípio da legalidade, pôr-se em ação imediata, de forma espontânea, independentemente de provocação, logo que tiver notícia do fato-crime.

Observe-se que o procedimento legal preconizado é o inquérito, de

acordo com o art. 5º, I c/c § 3º, do mencionado código, tanto que intolerável o esdrúxulo expediente da prévia sindicância ou VPI (Verificação Prévia das Informações), que mascaram a realidade, ora servindo para encobrir a criminalidade real, com números estatísticos falsos; ora utilizadas para escusas negociações ilícitas por maus policiais.

Se a infração é de ação penal privada, sem requerimento da parte interessada (o ofendido, seu representante ou sucessor legal), a autoridade policial não pode iniciar a investigação, instaurar inquérito, nos termos do art. 5º, § 5º do CPP.

Casos há, contudo, em que o entrelaçamento de circunstâncias de fato(s) de ação penal pública com outro(s) de ação penal privada, torna complexa a situação, não tendo como a autoridade policial separá-las, devendo assim apurá-las em sua globalidade.

Como exemplo, imaginemos que se tenha encontrado um cadáver de mulher, com as vestes em desalinho, apresentando ferimentos produzidos por arma de fogo. Em tal caso, a autoridade policial terá o cuidado de determinar a realização de exame pericial para averiguar eventual ataque sexual (estupro, por exemplo), embora se trate de crime de ação penal, originalmente privada.

Como deixa claro o legislador, no art. 4º anteriormente referido, o inquérito policial, como peça preparatória da ação penal, tem natureza inquisitiva e por finalidade a investigação dos aspectos de materialidade e autoria do fato-crime, não sendo, contudo, pré-requisito para exercício do direito de ação penal, que poderá alicerçar-se em peças de informação, consoante referimos anteriormente.

Os aspectos de inquisitorialidade e de sigilo são característicos do inquérito, que constitui procedimento meramente administrativo, ao qual não se aplicam os princípios da publicidade, do contraditório, das nulidades, entre outras inerentes à atividade jurisdicional. É bem verdade que a audição do indiciado, a teor do art. 6º, inciso V, do CPP, traduz contraditório, embora de forma tênue, o que torna relativa a afirmação acima.

Podemos dizer que a finalidade investigatória do inquérito é, a um só tempo, reunir os elementos formadores da *opinio delicti* do órgão acusador (órgão ministerial ou particular, conforme seja a ação penal pública ou privada), dando-lhe a convicção de haver prova material do crime e da autoria; e também proporcionar o embasamento probatório mínimo necessário para ação penal *in judicio*, que é a justa causa, conjunto de elementos fáticos

(binômio materialidade - autoria).

Assim, para instaurar a investigação e a subsequente ação penal, exige-se, como razoável, a presença de elementos materiais do fato e da autoria, sem os quais a atividade persecutória torna-se extravagante, aventureira, ilegal e odiosa, por ferir regras de garantias constitucionais, notadamente a liberdade individual do cidadão.

Não basta, pois, como justa causa para a investigação e ação penal subsequente, a simples descrição de um fato típico no boletim de ocorrência (muitas vezes, feito de forma leviana) ou mesmo na peça exordial da demanda judicial (denúncia ou queixa). Registre-se que, no processo penal, a justa causa constitui o cerne do interesse de agir (interesse processual), sendo condição para o exercício do direito de demandar.

Um dos projetos de reformas parciais do Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional, exige expressamente que todos os atos da autoridade policial indiquem os fatos que os determinaram e serão sempre fundamentados. Trata-se de importantíssima modificação, porque a portaria instauradora do inquérito policial irá especificar e individualizar, ainda que de forma sumária, os fatos típicos a serem apurados e os respectivos suspeitos de autoria.

Hoje, a autoridade policial lança um simples despacho, determinando a instauração do inquérito, o que acarreta reflexos negativos múltiplos, notadamente quando há pluralidade de infrações e agentes.

1.4 Indiciação, Exclusão da Indiciação e Reindiciação

Nesta seção, apresentamos singular abordagem a respeito de um instituto jurídico reparador de iniquidades decorrentes de atuação desastrosa, estouvada, atabalhoada ou açodada e (por que não dizer?) maldosa de quem não tem o necessário discernimento para lidar com a causa pública, desrespeitando, desta forma, as regras de garantia constitucional da cidadania.

A exclusão da indiciação foi por nós concebida, partindo de situação fática, que constrangia, sem justo motivo, pessoa portadora de idoneidade consagrada pelo tempo e plasmada nas relações imaculadas, socialmente mantidas com uma comunidade interina.

Constitui rematado exagero afirmar que o Estado, na sua função persecutória, por seu órgão próprio (polícia judiciária) possa valer-se da natureza inquisitiva/unilateral do procedimento investigatório, até para constranger a pessoa objeto da investigação, com excesso de atuação e de

flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana.

A discricionariedade na atividade da Polícia Judiciária tem fundamento maior na situação de desequilíbrio social, que aparece com a transgressão à norma, tanto que o agente não avisa ao Estado (guardião da paz pública) que vai delinquir.

Se é assim, também o Estado investiga, sem que o investigando possa opor resistência. Não obstante tal ordem de fundamento, na repressão ao crime, a atividade do Estado não pode ser arbitrária. Induvidoso, então, que deve haver um mínimo de discernimento, de prudência, para que não ocorra ofensa irreparável à boa fama das pessoas, como já dito, sem justo motivo. Só nos Estados policiaescos (autoritários) é que a atividade da Polícia Judiciária é deturpada e arbitrária.

A simples suspeita, portanto, não basta para a indicição, ato administrativo específico da autoridade policial. Essa afirmação já fizemos, em duas oportunidades distintas, perante o Poder Judiciário. A primeira, em 28 de julho de 1977, no inquérito nº 419/75, da 5ª Delegacia de Polícia da cidade do Rio de Janeiro, tombado no Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca da Capital; a segunda, em 16 de setembro de 1983, no Inquérito nº 133, da Delegacia de Homicídios, ajuizado a 1ª Vara Criminal (I Tribunal do Júri) da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

No primeiro dos fatos apontados, um cidadão lusitano foi indiciado (qualificado, pregressado, identificado e tudo mais) como emitente de um cheque sem suficiente provisão de fundos, cujo respectivo talonário havia sido subtraído do interior de um veículo de sua propriedade, estacionado em logradouro público (fato registrado em outra delegacia circunscricional).

Numa segunda perícia grafotécnica, mais atenta e por nós requisitada, na qual os ilustres peritos penitenciaram-se pelo equívoco, concluiu-se não ter sido o indiciado o autor da emissão. Enquanto era desenvolvido o inquérito, o lusitano foi impedido de sair do país, como fazia habitualmente, porque constava anotação de crime de estelionato em sua folha de antecedentes do instituto identificador.

No segundo caso, um nacional foi indiciado (também submetido às formalidades legais) porque a vítima de um crime de homicídio havia instituído um seguro de vida em seu favor, pouco tempo antes.

Essa circunstância levou a autoridade policial a afirmar que só ele, o indiciado, tinha interesse na morte do instituidor do seguro. Após a indicição, tomou-se conhecimento de que a vítima deixara várias dívidas

insolvidas, com pessoas de variados níveis sociais. Atentamente analisados os fatos, concluímos por requerer a exclusão das respectivas indicações, com o cancelamento puro e simples das anotações e comunicações no Cartório do Juízo, na Distribuição da Justiça e no Instituto Félix Pacheco.

Com efeito, a lei considera justa causa para indicação a *Convicção ou a Presunção* de existirem indícios, *ex-vi* do art. 5º, § 1º, alínea “b”, do Código do Processo Penal. Com tais expressões, o legislador estabeleceu, para a presunção, valor semântico semelhante ao da convicção face à conjunção alternativa empregada no texto.

O Código de Processo Penal Brasileiro conceitua indício como “*a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (leia-se dedução) concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*”. (art. 239)

O emérito Helio Tornaghi (1959), preleciona: “*Indícios são circunstâncias, são fatos provados, que, por sua relação com o fato criminoso ou o autor dele, levam a admitir a existência do crime, na sua materialidade ou a autoria*”. E arremata o eminente processualista pátrio (op. cit.): “*São, portanto, provas indiretas e podem ser absolutamente convincentes, como é o caso do álibi, indício negativo de autoria*”.

Do mesmo sentir é Afrânio Silva Jardim (1997). Em trabalho publicado na **Revista Forense**, v. 295 - Separata, deixa ressaltado: “*Os indícios (fatos provados), relativos ao fato que se deseja provar, é que permitem, por dedução, termos certeza do fato probandum*”.

A rigor, a lei não exige a certeza; todavia, não se satisfaz com mera suspeita. Se o processo (ação penal) constrange, mesmo que legal, igual consequência opera a indicação e as formalidades dela decorrentes constituem pesado ônus a ser suportado pela pessoa indiciada.

A partir da indicação, a submissão do indiciado à identificação pelo processo dactiloscópico é medida determinada na lei processual penal, com a ressalva modernamente prevista na Constituição Federal.

A questão sempre efervescente de saber se a identificação causa ou não constrangimento tem seu aspecto relevante menos na situação física de sujar as mãos do que na consequente anotação de antecedentes criminais.

Se antecedentes sociais não se confundem com antecedentes criminais, pode-se ter um cidadão de bem contando, eventualmente, com anotação em sua folha penal, ao passo que um contumaz criminoso possua folha imaculada. Aquele, pelas anotações, não pode ausentar-se do distrito

da culpa, notadamente para o exterior, sem autorização especial e expressa; e, em caso de pronúncia em crime da competência do júri, *verbi gratia*, terá sua prisão cautelarmente decretada, a teor do dispositivo do art. 408, § 2º, da lei penal de ritos. Já o delinqüente, enquanto não identificado e sem anotações de antecedentes, estará livre para locomover-se...

A indicição constitui, pois, ato administrativo próprio da autoridade policial. Por isso, deve ser expresso e alicerçado em indícios e não em meras suspeitas. Exige-se, portanto, justa causa para a indicição. O controle da atividade da Polícia Judiciária, no particular aspecto do indiciado, deve ser feito pelo Ministério Público, como *custos legis*.

Intuitivo, portanto que, também no inquérito, haja exigência legal da justa causa para a prática do ato jurídico de indicição do agente da infração penal, consubstanciando-se esta em verdadeiros indícios e não em mera suposição, feita pela autoridade policial.

Se o binômio materialidade/autoria constitui justa causa para o exercício do direito de ação penal, correspondendo ao interesse processual (conforme art. 43, do Código supracitado), no inquérito, o indício de autoria é a justa causa para a indicição.

Como suporte jurisprudencial do acima sustentado, mencionamos dois arestos, transcritos a seguir:

“Se a requisição do Ministério Público, limitando-se a dizer que há crime em tese, mas sem descrever a conduta típica e sem apontar objetivamente o dispositivo legal que a conduta dos agentes teria violado, há que trancar-se o inquérito policial por falta de justa causa ...” (Omissis) - STJ. HC n. 3891/DF, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJU, 11:12. 1995. 43234).

“Inquérito policial. Ausência de elementos que liguem o paciente aos fatos. Não pode a denúncia amparar-se em suposições, visto que não existiu vestígio que ligue o paciente aos fatos denunciados. O ato acusatório deve buscar-se pelo menos em indícios, no que concerne à autoria.” (TJPN, Revista Forense, v. 259, p. 273.)

1.5 Controle Externo da Atividade Policial

O constituinte de 1988, no capítulo referente à instituição do Ministério Público, ressaltou, dentre outras, a atribuição de exercer o controle

externo da atividade policial. (art. 129, VII da Constituição da República Federativa do Brasil)

Sobre o assunto, José Frederico Marques (1980) discerniu, no âmbito da Justiça Penal, uma subordinação funcional da Polícia Judiciária ao Ministério Público, derivando-a dos vínculos surgidos da regulamentação do processo penal. Conclui Afrânio Silva Jardim (op. cit.) ser intuitivo que o *Parquet* deve dispor de mecanismos técnico-judiciais que permitam exercer plenamente a sua atribuição-fim, qual seja, a de instaurar a *persecutio criminis in iudicio*, não se podendo olvidar deva o órgão ministerial exercer o controle da atividade daquele que lhe municiará com informações capazes de moldar a *opinio delicti*.

Assim, se a indicição decorrer de equívoco, de erro grosseiro, de propósitos inconfessáveis (do tipo perseguições de pessoas entre outras), de parte da Polícia Judiciária, cabe ao Ministério Público opor-se a tal prática, promovendo a exclusão da indicição.

Acrescente-se que a indicição não pode ser desfeita pela própria autoridade policial, posto que estaria agindo no sentido do arquivamento implícito da investigação em relação à pessoa indiciada. Ao admitir tal prática, estaria ela (a Polícia Judiciária) contornando o dispositivo do art. 17, do Código Processual Penal, no que veda à polícia arquivar inquérito policial.

Como agiria o Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade persecutória da polícia judiciária? A solução será o *Parquet* propor ao juiz a exclusão da indicição, proposta que ficará sujeita ao mecanismo alvitado no art. 28, do citado código.

Se o juiz concordar e decretar a exclusão, a Polícia Judiciária não mais poderá indiciar a pessoa excluída, enquanto não forem obtidas novas provas indiciantes; e, mesmo assim, deverá contar com a aquiescência prévia do Ministério Público.

Acentue-se que a exclusão da indicição, assim realizada, é mais do que simples arquivamento, embora de natureza semelhante, posto que corresponde a uma desconstituição, a um desfazimento do ato de indiciar, fazendo cessar todos os efeitos deste e desaparecendo com as anotações, registros e procedimentos similares, notadamente no referente a antecedentes criminais.

Diga-se que a hipótese poderá ocorrer inclusive no momento conclusivo da atividade investigatória da polícia judiciária, tanto que o Ministério Público, ao examinar autos de inquérito concluído, se verificar inexistência do menor indício para propor a ação penal e tiver que opinar pelo arqui-

vamento, deverá promover, primeiro, a exclusão da indicição e, depois, o arquivamento dos autos, para que fique desconstituída a indicição e anulados os seus efeitos.

Também interessante é a hipótese de se constatar militar em favor do indiciado uma causa de exclusão de crime, de forma indubitosa, como leciona Weber Martins Batista (1981), na sua magnífica **Liberdade Provisória**, obra com que o autor conquistou a cadeira de Direito Processual Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, “*desde o primeiro momento, a solução correta é (...) o não oferecimento da denúncia contra ele, ou, seu não recebimento pelo juiz, se já oferecida esta*”. Concluimos que, na hipótese, não seria proposto o arquivamento em lugar da denúncia, mas a exclusão da indicição, fazendo desaparecer todos os vestígios do ato da autoridade policial.

Dependendo do estilo, a medida poderá ser embutida no pedido genérico de arquivamento e produz, todavia, os efeitos de desfazimento em relação à pessoa do ex-indiciado.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Derivamos do exposto, como ficou dito na introdução, que, se o Estado é detentor do monopólio das leis e da justiça, suas atividades (mesmo aquelas decorrentes da função administrativa) devem passar necessariamente por um controle de legalidade, notadamente se estiverem em jogo, direitos e garantias fundamentais do ser humano.

Partindo desse princípio e tendo em vista polêmicas na interpretação de normas penais referentes ao indiciamento no inquérito policial, defendemos que:

a) a polícia judiciária só pode indiciar o pretense autor do fato-crime, a partir de verdadeiros indícios e mediante despacho motivado. Note-se que também no inquérito se exige a justa causa para agir, que será em juízo, o suporte maior da demanda;

b) o Ministério Público, no procedimento investigatório desenvolvido pela polícia judiciária, funciona como *custus legis* e, como tal, deve exercer o controle da atividade persecutória, tanto no sentido do princípio da legalidade, como no da garantia dos direitos constitucionais do cidadão;

c) a indicição equivocada, a decorrente de erro grosseiro, de má-fé e distorções similares, deve ser desconstituída, via exclusão, promovida pelo Ministério Público perante o juiz, observando o procedimento alvitado no art. 28 do Código de Processo Penal, se for o caso;

d) o Ministério Público, ao propor arquivamento de inquérito policial, por absoluta ausência de indício (justa causa) em relação à pessoa indiciada, deverá manifestar-se pela desconstituição da indicição e desfazimento de registros e anotações relativos a antecedentes análogos;

e) a Polícia Judiciária não pode reindiciar a pessoa excluída, enquanto não obtiver novas provas e se não houver aquiescência do Ministério Público;

f) extreme de dúvida, a exclusão da indicição é instituto moderno e de salvaguarda da dignidade da pessoa humana. ◆