

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDO DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO
RIO GRANDE DO NORTE – FARN.**

**O Ministério Público e a *Persecutio Criminis*
(Argumentos Contrários e Favoráveis ao Poder Investigatório)**

Diogo Cunha Lima Fernandes

**NATAL/RN
Dezembro/2004**

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO
RIO GRANDE DO NORTE – FARN.**

**O Ministério Público e a *Persecutio Criminis*
(Argumentos Contrários e Favoráveis ao Poder Investigatório)**

**Monografia científica desenvolvida por Diogo
Cunha Lima Fernandes apresentada para o
Curso de Direito da Faculdade Natalense para o
Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.**

Professor Orientador: Luiz Eduardo Marinho

**NATAL/RN
Dezembro/2004**

Catálogo na Publicação_ Biblioteca da FARN
Setor de Processos Técnicos.

Fernandes, Diogo Cunha Lima

O Ministério Público e a *Persecutio Criminis* (Argumentos Contrários e Favoráveis ao Poder Investigatório) / Diogo Cunha Lima Fernandes. _ Natal: FARN, 2004
74 p.

Orientador: Luiz Eduardo Marinho

Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

1. Direito Processual Penal - Monografia I. Título
RN/FARN/BC

CDU 343.1



M
343.1
F 399m
2004

**“O Estado será tão mais perfeito quando sua vontade
coincidir com a vontade geral”**

(Rousseau, Jean Jacques – O Contrato Social)

RESUMO

A presente monografia demonstra os argumentos contrários e favoráveis da atuação ministerial na *persecutio criminis*. Como fundamentação, direcionou-se às Ciências Sociais e fontes do Direito. Iniciado em meados dos anos 90, as organizações criminosas movimentam milhões de reais, seus crimes tornaram-se complexos e causadores de prejuízos imagináveis. Diferentemente do Estado que foi corroído pelo tempo. O sucateamento de armas, despreparo policial, falta de vontade política e a burocracia excessiva foi necessária para o agravamento da crise social. O sistema processual penal adotado pelo direito pátrio é falho, necessita de reformas e inserção de políticas emergenciais. Todavia, a imperfeição legislativa não induz auxílio ao crime. O aparelho estatal age por dois órgãos distintos: a Polícia Judiciária e o Ministério Público. A Polícia Judiciária possui, dentre outras, a função de investigar os crimes. Ao Ministério Público, lhe é privativo a ação penal. O *parquet* é um órgão criado para a defesa da coletividade e originário do Estado Democrático de Direito. Com a ampliação de suas funções, os membros do Ministério Público passaram a atuar na fase investigatória, a fim de garantir maior efetividade a atuação estatal. Daí, inúmeras foram as ações judiciais que pediam a declaração de ilicitude às provas produzidas. Tanto a doutrina quanto jurisprudência divergem. O Superior Tribunal de Justiça, utilizando uma interpretação ampliativa, legitima o Ministério Público à atuação na investigação policial. O Supremo Tribunal Federal tende a decidir sobre a impossibilidade. Todavia, o pleno do órgão de cúpula do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal - está na iminência de finalizar a controvérsia, com o julgamento do inquérito 1968-2.

Palavras Chaves: Sistema Processual, Investigação Policial, Autoridade Policial e Ministério Público.

RESUMEN

Esta monografía señala los argumentos contrarios y a favor de la actuación ministerial en la *persecutio criminis*. Para su sustentación, se han buscado subsidios tanto en las sociologías como en diversas fuentes del Derecho. A partir del medio de los años noventa, cuando tuvieron su inicio, las organizaciones delictivas mueven millones de Reais, sus crímenes se pusieron complejos y causadores de daños y perjuicios inimaginables. Diferentemente del Estado que se ha corroído durante el tiempo. La depreciación de las armas, la inhabilidad de la policía, la falta de preocupación política y la burocracia excesiva han sido factores determinantes para el empeoramiento de la crisis social. El sistema procesal penal adoptado por el derecho patrio es defectivo, necesita de reformas y de la inserción de políticas de emergencia. Pero, la imperfección de la legislación no induce ayuda al crimen. El Estado actúa a través de dos órganos disímiles: la Policía Judicial y el Servicio de la Prosecución Público. La Policía Judicial posee, entre otras, la función de investigar los crímenes. Al Servicio de la Prosecución Público, le es privativo el procedimiento procesal penal. El *parquet* es un órgano creado para la defensa de la colectividad y se origina en el Estado Democrático de Derecho. Con la amplificación de sus funciones, los miembros del Servicio de la Prosecución Público empezaron a actuar en la fase de investigación criminal para garantizar una más grande efectividad a la actuación estatal. Entonces, fueron innumerables los pleitos que pidieron la declaración de ilicitud de las pruebas producidas. La doctrina y la jurisprudencia divergen. El Tribunal Superior de Justicia, usando una interpretación ampliativa, legitima el Servicio de la Prosecución Público a actuar en la investigación policial. El Supremo Tribunal Federal tiende a decidir por la imposibilidad. Pero, el lleno del órgano de cúpula del Poder Judicial - el Supremo Tribunal Federal - está en la inminencia de finalizar la controversia, con el juicio del el proceso administrativo criminal 1968-2.

Palabras llaves: Sistema Procesal, Investigación Policial, Autoridad Policial y Servicio de la Prosecución Público.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	A VIOLÊNCIA COMO UM PROBLEMA MULTIDISCIPLINAR ..	11
3	PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL	16
3.1	PRINCÍPIO DA VERDADE REAL	17
3.2	PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	19
3.3	PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES.....	20
3.4	PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ E DO LIVRE CONVENCIMENTO	22
3.5	PRINCÍPIO DA INICIATIVA DAS PARTES	24
3.6	PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DE PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS	25
3.7	PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	26
3.8	PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	27
4	SISTEMAS PROCESSUAIS	28
4.1	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O VOCÁBULO SISTEMA	28
4.2	SISTEMA INQUISITIVO	29
4.3	SISTEMA ACUSATÓRIO	30
4.4	SISTEMA MISTO	31
4.5	A EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ADOTADO PELO BRASIL	32
5	O APARELHO ESTATAL EM COMBATE COM A CRIMINALIDADE	34
6	POLÍCIA JUDICIÁRIA	35
7	MINISTÉRIO PÚBLICO	38
7.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	38
7.2	CONCEITO E PRINCÍPIOS NORTEADORES	39

7.3	GARANTIAS E VEDAÇÕES CONSTITUCIONAIS	39
7.4	FUNÇÕES INSTITUCIONAIS	41
7.5	<i>JUS PUNIENDI</i> COMO EXERCÍCIO DA SOBERANIA	41
8	A INVESTIGAÇÃO PENAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO	43
9	ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	46
9.1	PRECEITUAÇÃO CONSTITUCIONAL	46
9.2	CONCENTRAÇÃO DAS FUNÇÕES	48
9.3	DA ÉTICA PROFISSIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	50
9.4	TENTATIVA DE INSTAURAR O JUIZADO DE INSTRUÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	51
9.5	CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA - O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO É SUPERIOR HIERÁRQUICO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA	53
10	LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROMOVER A INVESTIGAÇÃO JUDICIÁRIA	56
10.1	PREVISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL	56
10.2	A FRAGILIDADE DA <i>PERSECUTIO CRIMINIS</i>	59
10.3	EFETIVIDADE DA INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	60
10.4	O MINISTÉRIO PÚBLICO E O RELATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS	61
10.5	CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA	63
10.6	CREDIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PERANTE A SOCIEDADE	64
11	A FUNÇÃO INVESTIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO COMPARADO	67
12	CONCLUSÃO	68
13	REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia possui como objeto de pesquisa a fundamentação jurídica sobre a atuação ministerial na fase pré-processual. Serão demonstrados e criticados tanto os argumentos que legitimam a atuação ministerial quanto os que denegam.

Preliminarmente, far-se-á um estudo sobre os problemas sociais e processuais que envolvem matéria:

O primeiro, é o retrato da violência no cotidiano brasileiro e em cenário internacional. Serão demonstrados os altos índices de criminalidade, bem como sua influência na esfera governamental: surgimento, crescimento e organização do crime. Em meio a inércia estatal, esclarecer-se-á a atuação conjunta entre o *parquet* e a Polícia Judiciária, ensejando maior idoneidade e moralidade nas investigações.

O segundo, são os princípios constitucionais. Diferentemente do ocorrido em Estados Absolutistas, analisar-se-á sua criação e obediência nos Estados Democráticos de Direito, enfatizando, principalmente, sua influência nas funções institucionais do Ministério Público.

Por terceiro, têm-se os sistemas processuais. Comprovar-se-á que o sistema processual adotado por um Estado é fundamental no efetivo combate ao crime. Será demonstrada a fragilidade do sistema brasileiro, bem como a burocracia excessiva que gera impunidade e traz pânico a população. Esclarecer-se-á a legitimidade ministerial na fase pré-processual e sua adaptação ao sistema processual vigente.

O quarto é a atuação estatal no combate a criminalidade. Serão esclarecidas as formas de prevenção e punição dos atos criminosos. Delimitar-se-á os órgãos Estatais munidos de tal atribuição, sua eficácia e atuação: as operações conjuntas da Polícia Judiciária e do Ministério Público.

No quinto, serão demonstrados os diversos meios de atuação da Polícia Judiciária, utilizando principalmente, o entendimento doutrinário e jurisprudencial, sua regular atuação na prevenção e opressão ao crime.

Por derradeiro, a atuação ministerial. Sua evolução histórica e atribuições constitucionais. Demonstrar-se-á a ampliação e restrição de suas funções conforme o sistema político vivenciado, principalmente, com o advento da Constituição de 1988.

Ultrapassada a fase inicial, aparecerá o surgimento da problemática sobre essa matéria.

A evolução científica e social trouxe consigo o mais grave problema enfrentado: o crime. Em meio a ineficácia policial frente ao crime organizado, os membros do Ministério Público passaram a atuar na fase investigatória do delito. Como consequência, diversas quadrilhas foram desorganizadas e seus membros indiciados. A impunidade e ineficácia estatal não poderiam prosseguir. Todavia, àqueles investigados, indiciados e denunciados pelo *parquet* argüiram em juízo sua ilegitimidade na condução das investigações.

Inúmeros debates jurídicos envolveram a matéria. A divergência atingiu os campos doutrinários e jurisprudenciais.

Os Tribunais Estaduais possuem as mais diversas decisões. A divergência é tamanha, que nem os órgãos superiores do Poder Judiciário unificaram a matéria. O Supremo Tribunal Federal, em virtude do julgamento do R.H.C. 81.326-7 DF e do inquérito 1968-2 volta seu entendimento para a ilegitimidade do Ministério Público em participar da investigação criminal. O Superior Tribunal de Justiça - RHC 11888/MG 5ª T. e o RHC 10029/CE. 6ª T - defende a ampliação dos poderes do *parquet*.

Os Ministros dos tribunais superiores enriquecem a matéria com os votos proferidos. Doutrinadores renomados divergem: José Afonso da Silva, Miguel Reali Júnior e José Carlos Fragoso são contrários à legitimidade ministerial. Por outro lado, Júlio Fabbrini Mirabete e Hugo Nigro Mazzili se posicionam favoravelmente.

A confusão esta gerada. Tanto os argumentos denegatórios quanto os que legitimam o Ministério Público à investigação criminal possuem fundamentações jurídicas relevantes.

Inobstante argumentos contrários, comprovar-se-á por meio de fontes do direito, principalmente, pelas normas legais (Constituição Federal e leis infraconstitucionais), doutrina, jurisprudência, direito comparado, resoluções internacionais e pesquisas desenvolvidas por órgãos oficiais, a legitimidade do Ministério Público na atuação investigatória do crime.

Primeiro, será determinado e esclarecido os pontos relativos à ilegitimidade do *parquet*. Sua previsão constitucional, possibilidade de concentração das funções, dever de ética profissional, interpretações históricas das normas e controle administrativo próprio.

Segundo, será esclarecido os argumentos dos que entendem ser legítima a investigação policial pelo Ministério Público. Comprovar-se-á os diferentes meios de interpretações constitucionais, a fragilidade da *persecutio criminis* na atualidade, a efetividade da investigação promovida pelo *parquet*, a tendência dos entes internacionais, o controle do Ministério Público frente a Polícia Judiciária além de sua credibilidade perante a sociedade.

Por fim, enfocando a tendência mundial, será feito um estudo comparativo com os Estados estrangeiros, principalmente a Alemanha, Itália e França. Além de crítica apurada sobre a séria de regulamentações sugeridas pelas Organizações das Nações Unidas ao governo brasileiro, na tentativa de combater o crime.

A legitimidade do *parquet* na fase investigatória é matéria de vital importância para o direito, especificamente o processo penal. Inobstante a legitimidade ou não do *parquet* em conduzir investigações, certo é que a decisão definitiva da matéria unificaria os entendimentos jurisprudenciais.

Uma decisão favorável ao *parquet* ampliaria seus poderes no combate a criminalidade. Seria uma poderosa arma nas mãos do Estado frente o crime organizado. Todavia, uma decisão denegatória, além de causar nulidade aos processos em que tenha atuado, seria mais uma barreira no combate a criminalidade.

O povo brasileiro – detentor do poder – clama pelo fim da violência. A sociedade não suporta os altos índices de criminalidades vivenciados.

2 A VIOLÊNCIA COMO UM PROBLEMA MULTIDISCIPLINAR

A realidade brasileira, noticiada habitualmente, demonstra a violência com um problema social crescente nesta nova era.

Algumas razões são invocadas na tentativa de explicar esse crescimento. Divergências religiosas, filosóficas, culturais, étnicas e ideológicas são algumas das principais origens do problema.

Em meio às conhecidas mazelas sociais, a violência destaca-se como a principal. Tiroteios, mortes de autoridades e chacinas são fatos já consolidados ao nosso cotidiano. Daí surge todo o sentimento de insegurança da população, que passa a conviver com o terror habitualmente.

Recente pesquisa realizada pela UNESCO,¹ com forte repercussão internacional, veio à baila os números da violência no Brasil. Enfatiza a crescente participação dos jovens em homicídios, havendo um aumento 88,6% entre os anos de 1993 e 2002.

Certo, é que o Brasil investe bilhões de reais por ano no combate a criminalidade, mas o que se vê, na maioria das vezes são atos inoperantes, que desaparecem na burocracia e na

¹ Conclusões do Mapa da Violência IV: A taxa global da mortalidade no Brasil caiu de 633 em 100 mil habitantes, em 1980, para 573 em 100 mil habitantes no ano de 2002. Enquanto isso, a taxa referente aos jovens cresceu, passando de 128 para 137 em 100 mil, no mesmo período. Sendo que as principais causas da mortalidade juvenil são os homicídios e os acidentes de trânsito; Os avanços da violência homicida das últimas décadas no Brasil são explicados, exclusivamente, pelos incrementos dos homicídios contra a juventude. Se as taxas de homicídios entre os jovens pularam de 30,0 em 1980 para 54,5 (em 100 mil jovens) em 2002, as taxas para o restante da população permaneceram estáveis, passando de 21,3 para 21,7 (em 100 mil habitantes); Se na população total houve aumento, entre 1993 e 2002, de 62,3% nas taxas de homicídios, entre os jovens as taxas aumentaram 88,6% no mesmo período; [...]. No Distrito Federal, Paraíba e Pernambuco, esta vitimização ultrapassa a casa dos 300%; Acidentes de transportes são responsáveis por 15,6% dos óbitos juvenis e os suicídios, por 3,4%. Juntando com os homicídios, estas três causas são responsáveis por mais da metade (59%) das mortes dos jovens brasileiros; Na década de 1993 a 2002 os homicídios têm crescido com assustadora regularidade, com um incremento vertiginoso de 5,5% ao ano; [...]; Nos finais de semana, os homicídios aumentam dois terços em relação aos dias da semana; Nas comparações internacionais realizadas, entre 67 países pesquisados, o Brasil encontra-se em 4º lugar nas taxas de homicídios na população geral e em 5º na sua população jovem; De 1999 até 2002, os homicídios cresceram mais rapidamente no interior dos estados do que nas capitais ou nas regiões metropolitanas; Em 2002, para o país como um todo, 39,9% das mortes de jovens devem-se a homicídios. E essa proporção vem crescendo de forma acelerada nos últimos anos. Na população não jovem essa proporção é só de 3,3%; As maiores taxas de homicídios (acima de 50 em cada 100.000 habitantes) no ano 2002, registram-se nos estados de Rio de Janeiro, Pernambuco e Espírito Santo. As menores (em torno de 10 homicídios em 100.000 habitantes) em Santa Catarina, Maranhão, Piauí e Rio Grande do Norte; Diversos estudos, tanto nacionais quanto internacionais, já alertaram que as mortes por homicídios, inclusive entre os jovens, são ocorrências notadamente masculinas. E os dados disponibilizados pelo SIM permitem confirmar esse fato (a vitimização masculina chega a 93,8%). Só 7,8% das vítimas dos homicídios acontecidos no país durante o ano de 2002 pertencem ao sexo feminino. Entre os jovens, essa proporção é ainda menor: 6,2%; [...]. Disponível em 25 de novembro de 2004: http://www.unesco.org.br/noticias/releases/mapaviolenciaIV/mostra_documento.

falta de vontade política para resolvê-los. Tanto é assim, que o Brasil se encontra em 4º lugar nas taxas de homicídios da população geral e em 5º na população juvenil.

O fracasso estatal em garantir a segurança dos administrados gerou um verdadeiro estado paralelo. Algumas ações estatais apresentaram resultados bastante significativos, embora alarmantes, principalmente quando se trata das apreensões de substâncias entorpecentes.

No ano de 2004, a Polícia Judiciária apresentou um relatório demonstrando a quantidade de entorpecentes apreendidos, sua origem e destinação.²

A conclusão registrou o aumento crescente no tráfico e o conseqüente aumento do comércio ilegal, além do poderio econômico dos “administradores”.

Recentemente, foi publicada pela revista Época, matéria relativa ao crime organizado frente as ações estatais.³

Iniciado em meados dos anos 90, as organizações criminosas movimentam milhões de reais por ano, possuindo como principal fonte de renda o tráfico internacional de armas e drogas. Atualmente, há uma ampliação dos seus “objetos comerciais”: a pirataria de cds, clonagem de telefones, adulteração de combustíveis e prostituição são alguns dos inúmeros meios de aumentar suas rendas.

O Primeiro Comando da Capital, conhecido como P.C.C. e o Comando Vermelho, C.V, responsáveis pelo pânico que aflige nosso país, são exemplos conhecidos por todos os brasileiros.

Este Estado Paralelo, forte e opressor, ressalta a deficiência policial em obstar tais condutas. O crime, aproveitando-se da omissão estatal, cresceu e se organizou, principalmente pelo aumento do poderio bélico.

O sucateamento de armas e munições, ausência de órgãos de inteligência, falta de preparo profissional são alguns dentre outros motivos que concorrem para comprovar a deficiência policial.

²Dados sobre as apreensões: http://www.policiajudiciaria.pt/hm/dados_estat/relprimsem.pdf. Acesso em 20 out. 2004

³Divulga a reportagem que os candidatos à Prefeitura e Câmara dos Vereadores do Rio de Janeiro só poderiam fazer suas campanhas políticas, após prévia autorização dos chefes do crime organizado – líderes das diversas facções existentes. Ora, estas organizações – Estado Paralelo – agem como um verdadeiro Estado de Direitos, dando “autorizações” para candidatos. Daí, a presença do crime organizado na sociedade vem afrontando, de forma direta, o processo democrático de escolha dos representantes do povo.

Todavia, foge à realidade a crença de que o crime é privativo das comunidades de baixa renda. Ledo engano. O crime organizado há muito desceu dos morros e favelas do Brasil. Atualmente, estão inseridos até nas esferas do poder público. Há membros dos poderes Executivos, Legislativos e Judiciários que são verdadeiros criminosos. A mídia noticia com frequência e com alarde.

Na verdade, houve uma paralisação estatal quanto à Segurança Pública. Daí, as organizações criminosas cresceram, se organizaram e se sofisticaram.

O jornalista, escritor e sociólogo Diogo Mainardi, em artigo publicado pela revista *Veja*, aduz a total deficiência policial no combate ao crime.

Sua opinião causou polêmica ao questionar o monopólio estatal sobre a Segurança Pública. Assim, faz-se necessário a transcrição de parte da matéria:

Nossa Polícia fracassou dos dois lados: aliou a mais absoluta truculência à mais absoluta incompetência. Nenhum país no mundo pode suportar mais de 40.000 homicídios por ano. [...] Num caso extremo como o nosso é preciso reconhecer que a polícia é irreformável. [...] Não há por que manter o monopólio do Estado sobre a Segurança Pública. Sobretudo quando o estado presta um serviço deplorável como o nosso.⁴

Tal entendimento é perfeitamente admissível ao analisar a história da polícia frente aos crimes. Cita-se como exemplo o caso de Paulo César Farias. Onde além da Polícia ter sido ineficiente e, em virtude da pressão popular, o governo contratou uma empresa de investigação estrangeira para o caso. Ora, se há uma Polícia brasileira, com investigadores e agentes devidamente treinados, não haveria necessidade de contratação de uma empresa de investigação.

Mais uma vez, o Estado foi ineficiente para a elucidação de um crime. A certeza da impunidade é um forte aliado ao crescente número da violência.

Com o advento da Constituição de 1988 o Ministério Público passou a atuar na fase pré-processual, dando respaldo e maior respeitabilidade à justiça. Esta é a tendência do Ministério Público moderno.

Entretanto, a figura de um *parquet* atuante incomoda aos criminosos, sejam eles moradores de favelas ou, principalmente, membros das três esferas do poder. Por

⁴MAINARDI, Diogo. A solução para o Crime. *VEJA*, São Paulo, V. 37, n.º 13, p. 121, 2004.

consequência, os que foram investigados, indiciados e denunciados, argüiram em juízo a legitimidade do *parquet* em investigar.

Os julgadores recorreram-se da Constituição Federal para dirimir as dúvidas sobre qual órgão possui atribuição constitucional para atuar na fase pré-processual. Após interpretação, duas correntes surgiram.

A primeira, defendendo a teoria de um Ministério Pública moderno com amplos poderes, investigatórios ou não. Trata-se de um *parquet* atuante nas causas compatíveis com sua função institucional.

A segunda, abarcando um doutrina conservadora e retrógrada, proíbe a atuação do Ministério Público na fase investigatória, no qual é exclusiva da Polícia Judiciária.

Todavia, estas discussões doutrinárias não enriquecem em nada o direito, apenas favorece ao crime organizado. Enquanto o governo discute políticas infundadas, o crime se organiza ainda mais, tornando-se mais poderoso.

Como o jornalista *susomencionado*, a população clama pelo fim da violência. A revolta social é proveniente não só da impunidade como também da ineficácia da máquina estatal.

Tentando diminuir as ações delituosas, o Poder Legislativo editou diversas normas infraconstitucionais, muitas delas com constitucionalidade duvidosa, sob caráter emergencial: as leis dos crimes hediondos e do combate à criminalidade foram algumas destas tentativas frustradas.

No âmbito internacional, inúmeros Estados reformaram totalmente sua política criminal.

Em Nova York, o então Prefeito Rudolph Giuliani, nos anos de 1994 e 2000, diminuiu as taxas da criminalidade com a adoção da política denominada "tolerância zero".

Em virtude do resultado daquela experiência, Cidade do México seguiu as mesmas diretrizes para garantir a segurança da população que se encontrava amedrontada com o crescente número da violência.

Beccaria, em sua obra aduz que as leis não influenciam na prática de delitos, e sim a sua eficácia. O criminoso não teme a pena descrita no tipo, mas a certeza da punição. É o disciplinado: "Desejais prevenir os crimes? Fazei leis simples e claras; e esteja o país inteiro

preparado à arma-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las”.⁵

Daí, a importância da participação do Ministério Público para, em ações conjuntas com a Polícia Judiciária, garantir a eficácia da lei penal, em atingir a finalidade do direito e da justiça: a **paz social**.

O Brasil possui altos índices de criminalidade, tendo inclusive, taxas superiores a países que se encontram em guerra civil.

Por isso, os poderes da administração pública devem atuar em conjunto, a fim de erradicar por completo a violência, que envergonha e destrói a imagem desta nação.

A violência não é um problema enfrentado unicamente pela nossa pátria. A sociedade globalizada encontra-se em estado de alerta. São constantes os atentados terroristas que assolam indistintamente os mais longínquos recantos do planeta.

O mundo – *pós 11 de setembro de 2000* – tornou-se inseguro. A população é obrigada a conviver com os massacres e mortes de milhares de inocentes.

O crime é proveniente da sociedade desorganizada. A violência tornou-se conduta inerente ao ser humano, de tão banalizada, não pode ser objeto, unicamente, das ciências jurídicas, é multidisciplinar.

Cabe aos órgãos incumbidos de atribuições constitucionais atuarem de forma eficaz no combate a criminalidade, respeitando acima de tudo, os direitos fundamentais dos indivíduos.

A Segurança Pública atingiu níveis alarmantes. A atuação estatal deve basilar-se sobre a legalidade, idealizando princípios e respeitando os procedimentos legais.

⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000. p.101

3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

O termo "princípio" expressa os mais altos anseios do homem na sociedade. Utilizando a interpretação literal, temos como conceito: momento, local ou trecho onde algo tem origem; ⁶ preceito, regra, causa primária, proposição ou começo.⁷

Pode-se dizer que os princípios são valorações de fatos sociais inseridos na consciência de pessoas e grupos.

Para o direito, são alicerces de um ordenamento jurídico. Além de constituir importante fonte de interpretação, delimitam caminhos e limites a serem seguidos.

Ao referir-se aos princípios constitucionais, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma:

A norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam.⁸

Assevera Paulo Bonavides:

A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.⁹

Na Ciência Jurídica, esses princípios possuem três funções: a) informadora: inspiração ou orientação para o legislador, dando base à criação de preceitos legais; b) normativa: fonte supletiva, utilizada em casos de lacunas ou omissões da lei; c) interpretativa: auxilia na interpretação das normas.

No processo penal existem infindáveis gamas de princípios. Faz-se necessário apenas o estudo daqueles que realmente interessam à pesquisa, tais como: o princípio da verdade

⁶FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1986 p. 1393

⁷GUIMARÃES, Deocleciano. **Dicionário técnico jurídico**. 5.ed. São Paulo: Ridel, 1999. p. 450

⁸ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 26.

⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 260

real, da publicidade, do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do juiz, do devido processo legal, da persuasão racional ou do livre convencimento, da iniciativa das partes, do *ne eat iudex ultra petita partium*, da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, da inocência, do duplo grau de jurisdição e da identidade física do juiz.

Os princípios aqui abordados originam-se do Estado Democrático de Direito, sendo imprescindível o devido respeito aos direitos e garantias constitucionais.

O fato de alguns não estarem previstos expressamente na Constituição Federal, não lhes retira sua importância, bastando lembrar a norma de extensão do art. 5º, §2º.

Antes de adentrarmos aos princípios, importante é registrar o ensinamento do mestre constitucionalista José Afonso da Silva, quando em interpretação ao renomado José Joaquim Gomes Canotilho aduz haver uma divisão quanto aos princípios constitucionais positivos: princípios políticos constitucionais e princípios jurídicos constitucionais.

Os artigos 1º, 2º, 3º e 4º da Constituição Federal são exemplos do primeiro princípio, trazendo as opções políticas fundamentais. Quanto ao segundo, princípio jurídico-constitucional, são “informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos dos fundamentais”.¹⁰

Feita as considerações preliminares, necessário é o estudo individualizado.

3.1 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Verdade é a representação real de algo. “Conformidade com o real, exatidão, realidade”.¹¹ Inobstante ser escopo primordial do direito processual penal, é uma utopia entre os juristas.

O garantismo penal de Luigi Ferrajoli trouxe ao processo todos os direitos inerentes ao acusado, só admitindo a possibilidade de sanção penal após comprovada a certeza da autoria e materialidade do crime.

Assim, conclui-se que no direito penal brasileiro inexistente a figura da revisão *pro societate*. A doutrina garantista é intimamente ligada a busca pela verdade real.

¹⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999 p. 96

¹¹FERREIRA, op. Cit., p. 1765

Todavia, a verdade real não é absoluta. Apresenta limites: a dignidade da pessoa humana, as provas obtidas por meios ilícitos e o equilíbrio entre princípios.

O Magistrado deve conduzir a instrução com o fim de atingir a realidade fática. Neste caminho, deve obediência aos direitos fundamentais, sob pena de manifesta ilegalidade.

O processo penal é um constante choque de princípios. O Magistrado, antes de prolatar a decisão, realiza o equilíbrio entre o direito da liberdade do acusado e o interesse social em seu confinamento.

Daí, a restrição à liberdade somente poderá ocorrer com a absoluta certeza de que seja o acusado o autor do fato delituoso.

Com o processo penal moderno, surgiu a figura da verdade processual. Apesar da busca incessante pela verdade real, o juiz delimita sua sentença às provas constantes no processo.

Isto ocorre, devido ao sistema processual penal adotado pelo Brasil, qual seja: sistema acusatório não puro. Ao prolatar a sentença deve o juiz se ater, unicamente, às provas constantes nos autos.

Desta delimitação, conclui-se que apesar da busca pela verdade real, a sentença é baseada na verdade processual.¹²

Consolida-se o entendimento jurisprudencial:

O juiz só pode decidir de acordo com as provas existentes nos autos, mas na sua apreciação tem inteira liberdade de valorá-las e sopesá-las. Se é certo ficar ele adstrito às provas constantes nos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade real.

(TJCE – APen 1999.00729-5 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. José Evandro Nogueira Lima – DJCE 01.11.2000)

Doutrina dominante representada por Paulo Rangel:

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza absoluta (dentro dos autos), quem

¹²⁴[...] Vigora no processo penal brasileiro o princípio da verdade real; livre é a escolha e a exploração das fontes de prova; o juiz não está preso a critérios legais de estimativa das provas: "Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material" (Exposição de Motivos do Código de Processo Penal)".

(TRF 4ª R. – ACr 2000.70.04.001895-9 – PR – 1ª T. – Rel. Juiz Amir Sarti – DJU 06.06.2001 – p. 1238)

realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual a fez.[...] A valoração e a motivação recaem sobre tudo que se apurou nos autos do processo.¹³

Discute a doutrina se a participação do Ministério Público na fase investigatória do crime poderia viciar toda a apuração da verdade no momento da *opinio delicti*.

Sobre o tema, interessante notar é que os membros do *parquet*, ao menos em tese, são agentes públicos treinados para as adversidades da profissão. Devem, na *opinio delicti*, distinguir a investigação criminal do oferecimento da denúncia, tudo, objetivando a lisura do procedimento judicial. A apuração da verdade pelo promotor de justiça não deve viciar sua atuação em juízo.

Além disso, a investigação criminal e o oferecimento da denúncia são atos independentes e relacionados a sistemas processuais diferentes. Enquanto a investigação é proveniente do sistema inquisitivo, a denúncia origina-se do sistema acusatório. Sobre o tema, será esclarecido em momento oportuno.

3.2 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Característica dos Estados Democráticos de Direito, o princípio da publicidade veda qualquer tipo de sigilo ou segredo dos órgãos jurisdicionais. Os julgamentos devem ser realizados a portas abertas, objetivando o conhecimento e controle externo do povo.

Em virtude de sua importância, a constituição preconiza no artigo 5º, LX: “[...] a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Mais adiante, no artigo 93, IX determina: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, [...], podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

Nota-se aí a preocupação do constituinte originário em tornar público o ato processual. O princípio da publicidade garante a efetivação de diversos outros, como a recorribilidade das decisões, do contraditório, da ampla defesa¹⁴ e etc.

¹³RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004. p 5

Inobstante a regra geral ser da publicidade, existem algumas exceções a determinados atos ou procedimentos. Trata-se de medida protetiva excepcional.¹⁵

No inquérito processual os atos não são públicos, ficando a critério da autoridade policial o sigilo das investigações. Do sigilo do inquérito policial surge um *contra sensu* jurídico no que tange a publicidade dos atos do *parquet*.

Em virtude da incongruência de procedimentos, há doutrinadores que afirmam carecer o *parquet* de legitimidade para instaurar e presidir inquéritos, pois todos seus atos são públicos, prejudicando assim, o procedimento investigatório.

Todavia, é possível a participação ministerial no inquérito, haja vista a permissão legal do sigilo quando o interesse público exigir.

3.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES

Uma das maiores conquistas do indivíduo frente ao Poder Estatal é o princípio do contraditório e ampla defesa.

Dispõe o artigo 5º LV da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Trata-se de ônus processual às partes. A simples comprovação da validade de citação é o bastante para possibilitar a defesa.

Entretanto, há situações em que esse princípio não pode ser garantido desde já, tendo sua aplicação diferida ou postergada. É o caso do procedimento de interceptação das comunicações telefônicas - lei n. 9.296/96 - que inviabiliza ao investigado o conhecimento da realização da diligência. O contraditório é postergado para assegurar o sucesso da investigação criminal.

¹⁴“O princípio da ampla defesa, de magnitude constitucional, tem como um dos seus principais campos de projeção a publicidade dos atos processuais e a consêquente intimação da defesa para os mesmos, em especial para as sessões de julgamento.” (STJ – HC 11687 – PE – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 27.11.2000 – p. 188)

¹⁵No mesmo sentido: TJMG – CPar 000.203.820-6/00 – CM – Rel. Des. Herculano Rodrigues – J. 04.12.2000

No inquérito policial, é afastado o princípio do contraditório por não haver expressa previsão constitucional. O artigo 5º LV supra, garante o princípio aos litigantes em processo judicial ou administrativo, nada referindo quanto a fase investigatória.

Sobre o tema, mister transcrever parte do acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

O fato das investigações correrem em segredo de justiça não macula o princípio constitucional da ampla defesa, haja vista que na fase inquisitorial não se cogita da incidência deste princípio, tampouco o do contraditório e o do devido processo legal, não vigindo o in dubio pro reo, até porque não há acusação formalizada, inexistindo, portanto, relação processual que reclame a observância aos já referidos princípios. Corrobora este entendimento a própria natureza inquisitiva e sigilosa do inquérito, que se caracteriza por ser um procedimento informativo sobre o fato e sua provável autoria, consubstanciando-se numa mera proposta de trabalho, direcionada ao dominus litis. Considerando que no inquérito policial preponderam o segredo e o sigilo dos atos, consoante o disposto no art. 20 do Código de Processo Penal e que, nessa fase, vige o in dubio pro societate, tenho por eleger a inquisitorialidade do inquérito, revestida do necessário sigilo, como interesse preponderante.
(TRF 4ª R. – MS 2000.04.01.004651-3 – PR – 2ª T. – Rel. Juiz Vilson Darós – DJU 07.03.2001 – p. 137)

Atualmente, juristas crêem na participação da defesa no inquérito policial. Afirmam que o Ministério Público há muito deixou de ser favorável a justiça, sendo órgão acusador. Ora, se a parte acusadora participa de toda a investigação pré-processual é plenamente admissível a participação da defesa. Seria um verdadeiro afronto ao princípio do contraditório não permiti-la.

Trata-se de corrente ultrapassada e minoritária. O inquérito policial não deve ser comparado ao procedimento judicial. Àquele, necessita de agilidade na investigação, expurgando qualquer tipo de burocracia.

Por consequência, não há incidência do contraditório no inquérito policial, trata-se de procedimento pré-processual, inquisitorial, dirigido por autoridade policial judiciária. Seu objetivo é elucidar os fatos proporcionando ao Ministério Público a formação da *opinio delicti*.

Do princípio do contraditório, deve o Magistrado manter o equilíbrio entre as partes. Embora estejam em pólos opostos da relação processual, buscam objetivos únicos. Por consequência, devem ter os mesmos ônus, obrigações e faculdades.¹⁶

3.4 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ E O DO LIVRE CONVENCIMENTO

Desde que o Estado tomou para si o monopólio da jurisdição, o juiz foi incumbido de resolver a relação jurídico-processual sem qualquer interesse na causa.

A imparcialidade judicial é primordial para uma decisão livre e eivada de vícios.

É inaceitável a existência de juiz parcial. Por consequência, a Carta Magna em seu artigo 95 estabeleceu como garantia à função jurisdicional a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, além das vedações constantes no parágrafo único, quais sejam: exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidário.

Existem países que o sistema processual permite a atuação do juiz na fase investigatória. Neles, a investigação policial será legalmente estabelecida quando houver plena atuação do órgão jurisdicionado.

No Brasil, mesmo sendo adotado o sistema acusatório não puro, o ordenamento jurídico brasileiro isenta, por completo, a influência do Magistrado no inquérito policial.

Trata-se de vedações constitucionais que devem ser expurgadas do ordenamento jurídico sob o prisma de inconstitucionalidade (verdadeiro afronto ao princípio do contraditório).

¹⁶Neste sentido, é o acórdão proferido pelo STJ determinando que as partes devem ter os mesmos prazos processuais, fundamentado pela igualdade entre as partes: "*Não obstante possuir o Ministério Público o privilégio da intimação pessoal, o seu prazo começa a fluir independentemente do lançamento do "ciente" nos autos pelo seu membro atuante. Caso contrário, estar-se-ia permitindo que o órgão acusador tivesse o total controle sobre os seus prazos processuais, em clara afronta aos princípios do devido processo legal e da igualdade das partes, norteadores do nosso Processo Penal. [...]*"

(STJ – HC 14650 – MG – 5ª T. – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 05.03.2001 – p. 00196)

Além das finalidades institucionais, cabe também ao Ministério Público retirar o juiz da persecução penal, garantindo a imparcialidade nos julgados.

Além das garantias e vedações constitucionais, a legislação extravagante disciplinou os casos de impedimento, suspeição e incompatibilidade do exercício da Magistratura e dos membros do *parquet* em determinados casos. Tanto o legislador constitucional quanto o infraconstitucional prima pela lisura do processo judiciário, garantindo às partes uma sentença justa e imparcial.

Proveniente do sistema acusatório surge o princípio do livre convencimento ou da persuasão racional. Nele, deve o juiz valorar as provas conforme sua convicção.

Sob esta ótica, disciplina o artigo 157 do Código de Processo Penal: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova".

Entende a doutrina que as provas não possuem hierarquia, sendo de inteiro arbítrio do Magistrado.¹⁷ Tourinho Filho: "Ele tem inteira liberdade de julgar, valorando as provas como bem quiser, sem, contudo arredar-se dos autos. Mas a sociedade e em particular as partes devem saber que motivos levaram o Magistrado a esta ou àquela posição".¹⁸

Mister é a transcrição do acórdão do Tribunal de Justiça do Ceará:

O Nosso sistema processual penal brasileiro, prestigia, inconfutavelmente o princípio do livre convencimento ou da persuasão racional, o que não enseja jamais o despotismo judicial, que o sistema da íntima convicção poderia acarretar. [...] "O juiz só pode decidir de acordo com as provas existentes nos autos, mas na sua apreciação tem inteira liberdade de valorá-las e sopesá-las. Se é certo ficar ele adstrito às provas constantes nos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade real.

(TJCE – APen 1999.00729-5 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. José Evandro Nogueira Lima – DJCE 01.11.2000)¹⁹

No mesmo sentido, o Colendo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Desse sentir, adotamos o sistema da persuasão racional, que não escraviza o juiz penal, contrariando a consciência formada pelo conjunto probatório,

¹⁷ "Por não existir hierarquia de provas em sede de direito penal e pelo princípio da persuasão racional, cabe ao juiz valorar as provas trazidas à colação".

(TJMA – ACr 16696/99 – (31.158/2000) – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Mário Barros Ferraz – J. 23.05.2000)

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva 2001 p. 17

¹⁹ (TJCE – APen 1999.00729-5 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. José Evandro Nogueira Lima – DJCE 01.11.2000)

característica do sistema de prova legal, bem como veda o poder de ampla discricionabilidade, intangível e retrograda, contrária do sistema de livre convicção; 2) De registrar, nesse passo, na esteira do Codex Iuris Canonis, que o juiz penal deve ter a liberdade de avaliar as provas por sua convicção, condicionado às colhidas no processo, às admitidas, às sujeitas a um juízo de credibilidade e de acordo com o valor probante, devendo ter a obrigatoriedade de fundamentar e motivar suas decisões para que se tenha conhecimento das condicionantes que o conduziram à convicção dos fatos, a fim de se poder sopesar do acerto ou não do provimento judicial.

(TJRJ – ACr 1148/94 – (Reg. 150995) – Cód. 94.050.01148 – RJ – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Álvaro Mayrink da Costa – J. 20.06.1995)

3.5 PRINCÍPIO DA INICIATIVA DAS PARTES

Seguindo os princípios garantidores da imparcialidade, surge o princípio da iniciativa das partes, vedando a interposição de ação *ex officio* pelo juiz.

A iniciativa será legítima quando realizada nos casos previstos em lei. A Constituição Federal atribuiu ser o Ministério Público o titular privativo da ação penal pública, afastando por completo a possibilidade de iniciativa por parte do Juiz.²⁰ Como o ordenamento brasileiro adotou o sistema acusatório não puro, ao Magistrado é permitido interpor *habeas corpus* e decretar prisão preventiva.

Por ser privativo da ação penal deve o próprio *parquet* instruir sua peça inaugural. Ensejar a possibilidade de interpor a ação penal e não permitir que o mesmo embase sua pretensão – colhendo provas – é o mesmo que retirar a função acusadora do *parquet*. O dispositivo permissivo constitucional seria um artigo inócuo.

Não garantir a intervenção ministerial na fase investigatória é o mesmo que torná-lo dependente funcional da Polícia Judiciária. O *parquet*, por expressa previsão constitucional, é um órgão independente.

²⁰(TJRJ – ACr 3093/98 – (Reg. 130599) – 8ª C.Crim. – Rel. Des. João A. da Silva – J. 04.03.1999)

3.6 PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DE PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

No processo criminal, o Estado deve conduzir as investigações e produções de provas respeitando as normas legais e os direitos e garantias constitucionais.²¹

Expressamente previsto na Carta Magna, dispõe o artigo 5º LVI. – “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

É o entendimento dos Tribunais:

[...] Os direitos do homem não podem ser entendidos de forma absoluta. Assim, o princípio da convivência das liberdades deve ser respeitado de modo a não tornar-se danoso à ordem pública e às liberdades alheias.

(TRT 12ª R. – RO-V-A 5743/2000 – (02757 /2001) – 2ª T. – Relª Juíza Maria Aparecida Caitano – J. 13.03.2001)

Na aceitação de prova não autorizada (ilícita). Provas ilícitas e ilegais, oriundas de gravações forjadas por terceiros, sem legitimidade para exercer o múnus investigatório, não podem fundamentar veredicto condenatório.

(TJCE – APen 1998.01974-1 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Francisco Gilson Viana Martins – DJCE 07.04.2000)

A seara penal é um choque de princípios. Quando postas em conflito a liberdade e o contraditório versus o *jus puniendi* estatal, passou-se a admitir a utilização das provas ilícitas em benefício da defesa.

A súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP disciplina: “Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”.

Sobre a súmula, é o pensamento de Tourinho Filho:

Na verdade, se a proibição da admissão das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o princípio visa resguardar o réu. Sendo assim, se a prova obtida por meio ilícito é favorável à defesa, seria um não-senso sua inadmissibilidade.²²

²¹No mesmo sentido: “São desprovidas de validade jurídica o auto de prisão em flagrante e a subsequente ação penal fundados em provas ilícitas, obtidas por meio de operação policial realizada com vulneração ao princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio”.

(STJ – RHC 8753 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 11.12.2000 – p. 00244)

²²TOURINHO FILHO, op. Cit., p.24

Questão interessante é a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Esta ocorre quando sua origem é viciada, inobstante ter o ato, em si, obtido lícitamente.

Regularmente chamada no direito norte americano como *the fruits of poisonous tree* – frutos da árvore envenenada. É um vício probatório que induz a ineficácia jurídica, não podendo constituir prova à condenação.²³

Das provas colhidas pelo Ministério Público na fase investigatória do crime, argüiu-se sua ilicitude pela falta de atribuição constitucional.

3.7 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Originário do iluminismo, só veio alcançar o disciplinamento legal com a Constituição Francesa: “Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.”²⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, consolidou-se o artigo 5º LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Este princípio representa a luta contra o sistema inquisitório, no qual o direito de liberdade era expurgado dos acusados.

Com a aceitação do princípio da presunção de inocência, é vedado a antecipação punitiva enquanto não consolidado o trânsito em julgado, todavia há exceções quanto as causas de natureza cautelar.

Consolida-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma de sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva na forma inscrita no art. 312, do CPP.

(STJ – HC 19718 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 09.12.2002)

²³ Neste sentido: Informativo 250 (HC-80949). Prisão Ilegal e Prova Ilícita

²⁴ Texto original: “Tout homme étant presume innocent jusqu’à ce qu’il été déclaré coupable; s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui en serait nécessaire pour s’assurer de la personne, doit être sévèrement réprimée par la loi”.

3.8 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Considerado por muitos doutrinadores como o mais importante princípio constitucional, dele, advieram todos os outros, como o contraditório, a ampla defesa e a publicidade.

Dispõe o artigo 5º LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se da garantia constitucional de respeito aos direitos individuais àqueles que respondem a processo judicial criminal.

Pode-se dizer que o princípio do devido processo legal é a maior característica do Estado Democrático de Direito, em que traz a certeza de justiça nos julgamentos e a real vontade da lei.

Com o passar do tempo a doutrina e jurisprudência ampliaram o campo de atuação do devido processo legal, tendo, na atualidade, repercussão em todos os ramos e matérias jurídicas, principalmente, àquelas que tratam dos mais importantes bens da sociedade.

Garante ao indivíduo que seus bens e direitos só serão restringidos após processo judicial com a observância aos ditames legais.

Uma das funções do *parquet* – fiscal da lei – é garantir aos acusados os direitos e garantias que lhe são inerentes. É tamanha a importância dada a esta função institucional que a ausência ministerial no processo em que deveria atuar induz nulidade absoluta dos atos processuais subseqüentes.

Não só no processo jurisdicional é a participação do Ministério Público. Sua concepção moderna aduz num órgão participativo, eficiente nas funções estatais, garantindo uma melhor prestação de serviço à comunidade.

Desta feita, a atuação ministerial foge aos campos do processo, principalmente quanto a fase pré-processual do crime, a investigativa. Seja atuando como parte ou mero fiscal da lei, sua função precípua é zelar pelos direitos e garantias do acusado, tornando idôneo o processo penal.

4 SISTEMAS PROCESSUAIS

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O VOCÁBULO SISTEMA

Em virtude da complexidade do tema, imperioso é a interpretação do vocábulo sistema. Juridicamente, é o “método, critério, complexo de regras para a concretização de certas atividades.”²⁵

Quando a conduta humana atinge interesses conflitantes, o Poder Judiciário determina, por meio do sistema jurídico, o direito positivo a ser utilizado no caso concreto, propiciando o ideal de justiça.

A ciência do direito possui como principal função construir uma sociedade livre e justa, no que pese a harmonia entre os povos e a racional solução dos conflitos.

Esta função social, utopia para muitos, possui como premissa maior um estudo organizado das fontes do direito, e a valoração das condutas dos cidadãos.

A ciência do direito tem como escopo a criação de um sistema jurídico. É o conceito Paulo Dourado de Gusmão:

Conhecimentos, metodicamente coordenados, resultante do estudo ordenado das normas jurídicas com o propósito de aprender o significado objetivo das mesmas e de construir o sistema jurídico, bem como de descobrir suas raízes sociais e históricas.²⁶

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema único, ensejando aos cidadãos a lógica jurídica necessária para a uniformidade jurisprudencial.

Seguindo o mesmo Doutrinador:

O legislador formula as normas, enquanto compete a ciência do direito reduzi-las a unidades lógicas, evitando assim as contradições dentro de uma ordem jurídica. Sistema jurídico é, pois, a unificação lógica das normas e dos princípios jurídicos vigentes em um país, obra da ciência do direito.²⁷

²⁵GUIMARÃES, Deocleciano. *Dicionário técnico jurídico*. 5. ed. São Paulo: Ridel, 1999 p. 503

²⁶GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do Direito*. 27. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2000 p. 3

²⁷Ibid; p. 11

Por isso, as diferentes áreas jurídicas não afrontam o sistema como um todo, já que foram criadas para determinar maior praticidades ao estudo do direito.

Apesar de existirem diferentes áreas (Cível, Penal, Trabalhista, Administrativa e etc) o sistema continua sendo único.

Cada ente soberano deve possuir um único sistema jurídico. Impossível sua pluralidade num único Estado. Além de provocar insegurança, causaria a descrença do povo pelas normas estabelecidas.

Intimamente ligado ao conceito de sistema jurídico, são os sistemas processuais. “[...] É o conjunto de princípios e regras constitucionais de acordo com o momento político de cada estado, que estabelecem as diretrizes a serem seguidas para aplicação do direito penal a cada caso concreto”²⁸.

O direito penal é responsável pela tutela dos bens mais importantes da sociedade. Seu objetivo é promover a pacificação social, prevenindo e punindo condutas socialmente reprováveis. Deve o juiz aplicar a pena somente após obediência ao sistema processual adequado, respeitado as garantias constitucionais.

A sanção penal é uma consequência do sistema processual.

Surgiram dois tipos de sistemas processuais: sistema inquisitivo e acusatório.

Nota-se que a conceituação do ilustre mestre Paulo Rangel enfatiza o momento político de cada Estado. Este, quando totalitário, tirano, não respeita os direitos materiais ou processuais do cidadão, sendo chamado de sistema inquisitivo, por outro lado, intimamente ligado ao Estado Liberal, segue o sistema acusatório.

4.2 SISTEMA INQUISITIVO

Introduzido pelo direito canônico e adotado por toda a Europa nos séculos XVI, XVII e XVIII, foi o meio encontrado pelo Estado à desordem vivida àquela época.

Até que o Estado chamasse a si o encargo de punir - o *jus puniendi* - como monopólio exclusivo seu, a sociedade vivia em quase completa desordem. As desavenças ocorridas entre

²⁸op. Cit p. 45

os cidadãos eram livremente resolvidas, inexistindo a justiça e prevalecendo a lei do mais forte.

O fim da vingança privada como consequência do monopólio estatal, fez nascer o estado-juiz. Sobreveio um sistema que, apesar de ser um grande avanço àquela época, teve seus alicerces criados por premissas inteiramente tiranas.

No sistema inquisitivo, o Estado possui as funções de acusar, defender e julgar unificadas numa só pessoa. O que antes era solução dos conflitos, passou a ser objeto de revolta da população.

A junção das funções num único indivíduo, o sigilo dos processos, a inexistência do contraditório e da ampla defesa trouxeram inúmeros casos de injustiças, ensejando movimentos revolucionários.

O primeiro deles, o iluminismo, sob o alicerce da razão, foi o precursor da busca pelos direitos e garantias individuais, além da proposição de penas mais humanas.

Em acontecimentos históricos, viu-se a revolta popular e a resistência estatal para autorizar qualquer mudança no sistema jurídico vigente. Todavia, não resistindo a revolta popular, deu-se a Revolução Francesa, dando início a grandes mudanças e conquistas quanto aos direitos buscados pelos iluministas.

O sistema inquisitivo era incompatível com o Estado Democrático de Direito, modelo político adotado pela Constituição Federal. A inquisição é uma agressão aos direitos e garantias constitucionais.

4.3 SISTEMA ACUSATÓRIO

Neste sistema o acusado possui todos os direitos e garantias constitucionais como o contraditório, a publicidade dos atos, a igualdade entre as partes, a iniciativa do processo, enfim, o suficiente para garantir o devido processo legal.

Apesar do Estado deter as funções de julgar, acusar e defender, estas são executadas por órgãos distintos, havendo uma real separação.

De acordo com o artigo 129, I da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei. Portanto, tendo o Judiciário a

função de julgar, o *parquet de* acusar e o defensor de defender o direito do acusado, vê-se concluído o sistema acusatório.

Tais procedimentos são estranhos ao processo inquisitivo, em que o réu não passa de mero objeto. O sistema acusatório é considerado o “processo das partes”, sendo-lhes incumbidas em ônus e deveres processuais.

Assim, compete a cada integrante da relação processual o ônus de provar as suas respectivas alegações.

O órgão acusatório do processo penal tem o dever processual de provar a autoria, a materialidade e todos os elementos que compõem o tipo.

Para a recriação penal é necessário respeito ao devido processo legal com todos os direitos e garantias constitucionais a ele inerentes.

4.4 SISTEMA MISTO

É a junção do sistema inquisitivo com o acusatório, objetivando suprir suas falhas. No sistema misto há dois tipos de procedimentos: instrução preliminar e fase judicial.

A primeira consiste na investigação pré-processual em que o Magistrado, auxiliado pela Polícia Judiciária, é a autoridade competente para presidir tal fase. Na segunda - fase judicial - é iniciada pelo Estado à partir da denúncia efetuada pelo Ministério Público, com debates orais e presidida por juiz competente. Enquanto na primeira fase os procedimentos são secretos, sigilosos, considerando o indiciado como objeto do processo, na segunda o acusado passa a ser sujeito de direito.

A maior crítica a este instituto diz respeito à fase investigatória que era presidida por um Magistrado - **O juiz de instrução**. De acordo com os princípios do direito processual penal pátrio, registra-se o entendimento que, quanto mais distante o Magistrado estiver da fase investigatória, maior será a garantia de sua imparcialidade no julgamento.

Foi então criado o órgão do Ministério Público, que, em tese, isentaria o juiz da possibilidade de atuar nesta fase. A possibilidade da investigação ministerial será estudada em momento oportuno.

4.5 A EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ADOTADO PELO BRASIL

O Brasil adota o sistema acusatório não puro. Apesar de não ser considerado misto, possui peculiaridades do sistema acusatório e inquisitivo.

Existem duas fases determinantes do sistema processual brasileiro: a fase investigatória e a judicial. A primeira reveste-se do caráter da inquisitorialidade, sua função consiste, unicamente, em elucidar os fatos e produzir provas para servir de base à acusação. Apesar de vedada interferência jurisdicional, há exceções.

Em matéria penal, foram editadas diversas leis que possibilitavam a investigação pelo Magistrado. Felizmente, foram declaradas inconstitucionais por manifesto desrespeito ao sistema acusatório.

Alguns doutrinadores afirmam a legitimidade do juiz para investigar em virtude de sua busca pela verdade real. Outros, mais conservadores e abarcando o entendimento majoritário, não aceitam tal atuação, a fim de garantir a imparcialidade das decisões.

Esta fase pré-processual é necessária para colher os vestígios do crime, indicando as circunstâncias necessárias para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público. Trata-se de procedimento diverso da atuação jurisdicional.

O inquérito policial é peça meramente informativa, não cabe ao indiciado o princípio do contraditório. Daí, a vedação de ser aplicada a sanção penal embasado nas provas colhidas na investigação criminal.

Por ser o inquérito uma peça sigilosa, desenvolvida sem participação do acusado, é de manifesta inconstitucionalidade à prolação de sentença condenatória com base em provas produzidas no inquérito. Haveria uma ampliação injustificada dos poderes policiais.

Sobre a problemática do sistema processual, a doutrina traz importante questão: Estaria o Ministério Público - órgão privativo da ação penal - excedendo suas atribuições constitucionais quando participa da investigação criminal? Além disso, sua intervenção nesta fase pré-processual viciaria a propositura da ação?

A resposta para ambas as questões só pode ser negativa. O sistema acusatório não puro, adotado pelo ordenamento processual penal brasileiro, possui seu início com a propositura da ação penal.

A fase investigatória, prévia ao processo é de origem inquisitiva. Em nada amoldando ao sistema vigente. Desta feita, a participação ministerial nesta fase não obsta qualquer conduta em juízo, são sistemas independentes com funções diferentes.

No momento da propositura da ação, deve o membro do *parquet* distinguir as fases e momentos processuais, para que sua participação no procedimento investigatório não impeça a idônea participação no processo jurisdicional. Sobre a matéria, dispõe a súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça que, em outras palavras, não ser suspeito ou impedido o membro do *parquet* que tenha atuado na investigação policial.

Inobstante o sistema processual adotado pelo Brasil, certo é que o governo brasileiro e seus órgãos de administração devem organizar-se no combate ao crime, que há muito já se organizou. A burocracia só gera impunidade provocando ainda o sentimento de insegurança da população.

5 O APARELHO ESTATAL EM COMBATE COM A CRIMINALIDADE.

O Estado assumiu a Segurança Pública com o dever de prestá-la com eficiência e continuidade, assegurando o bem estar da população.

Reiterando, o crime se organizou. As condutas criminosas que antes existiam, cresceram, tornaram-se cada vez mais complexas e sofisticadas, seus danos atingiram grandes proporções.

Com o progresso da ciência, a sociedade mudou. Desapareceram os limites temporais e espaciais - o mundo globalizado derrubou fronteiras.

Exige-se do Estado uma maior eficácia assegurando proteção à população quanto as ações criminosas atuais ou que eventualmente surjam. No combate ao crime, o Estado deve utilizar todas as armas, especializando seus agentes e renovando permanentemente seu aparelhamento.

No Brasil, a Polícia Judiciária é o órgão encarregado para prevenir e combater o crime, preservando a ordem pública e a incolumidade das pessoas e seu patrimônio.

A Constituição de 1988 atribuiu nova roupagem ao mais democrático órgão do Estado de Direito: o **Ministério Público**. O *parquet* era integrante do poder executivo. Com o advento da Carta Magna tornou-se independente, além de ter acrescido em outras atribuições a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Proveniente da ineficácia da atuação da Polícia Judiciária, o Ministério Público passou a atuar na fase investigatória, a fim de garantir um melhor desempenho na elucidação do crime. Uniram-se dois órgãos de extrema importância no combate ao crime – Polícia Judiciária e Ministério Público.

Bem verdade que o trabalho em conjunto poderia ser considerado excessivo. Todavia, há delitos que em detrimento de sua complexidade ou mesmo da influência política dos criminosos exigem o trabalho conjunto.

Estas “forças tarefas” são necessárias e primordiais para a real elucidação dos fatos. Em alguns Estados foram criados grupos de combate ao crime organizado. Em São Paulo, por exemplo, há o GAERCO - grupo de atuação especial para prevenção e repressão ao crime organizado.

6 POLÍCIA JUDICIÁRIA

A Constituição Federal no título destinado a Defesa do Estado e das Instituições Democráticas - Título V, Capítulo III - destinou um capítulo referente a Segurança Pública.

Assim dispõe o artigo 144 da Constituição Federal: "A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos".

Com fundamento nesta previsão constitucional, imperioso é a conceituação do vocábulo "segurança". Em interpretação estritamente literal, é a garantia, proteção, cuidado, meio de evitar algum dano.

A doutrina delimitou diretrizes para a conceituação da segurança, todas, baseadas em crivos diferentes: jurídica, social, pública e etc.

Considerar-se-á jurídica quando houver estabilidade nas relações jurídicas, assim como no direito adquirido. Isto, além de ensejar maior proteção às relações sociais, proporciona aos administrados a segurança necessária para viver em sociedade.

A Segurança Social protege os direitos elencados no artigo 6º da Constituição Federal propiciando condições dignas para sobrevivência. Por fim, entende-se por Segurança Pública aquela de preservação da ordem pública interna.

José Afonso da Silva, conceitua:

A Segurança Pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem [...]. Na sua dinâmica, é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas.²⁹

Portanto, somente será atingido o objetivo verdadeiro da Segurança Pública quando for estabilizada a convivência pacífica entre os cidadãos, respeitados seus direitos individuais e a possibilidade de exercê-los.

Malgrado divergências doutrinárias faz-se necessário demonstrar três funções da atividade policial: a polícia administrativa, a de segurança e a judiciária.

²⁹SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999 p. 732

Cabe às polícias militares a força ostensiva e a preservação da ordem pública, aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe-lhes a execução das atividades de defesa civil.

Apesar de não haver específica disposição constitucional, os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações.

Mesmo após o disciplinamento legal, há dúvidas quanto aos limites desta atuação. Na prática, vários são os casos em que um órgão da polícia investiga fatos diversos de suas atribuições constitucionais.

Nesse sentido, a jurisprudência e doutrina majoritária acompanham o entendimento de que a atuação policial não induz nulidades, são vícios presentes na competência.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator o Ministro Fernando Gonçalves:

Não se mostra viável o pleito de trancar inquérito policial instaurado pela Polícia Federal, em atendimento a requisição de Procurador da República, em crime que, posteriormente, o Tribunal Regional entendeu ser de competência da Justiça Estadual. 2. Consoante pacífico entendimento doutrinário-jurisprudencial, a autoridade policial o membro do Parquet agem por atribuição, e, nosso sistema processual-penal refere-se tão-somente à ausência de competência como causa de nulidade.

(STJ – RESP 232760 – CE – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 04.02.2002 – p. 00581)

Assim, vê-se que a fase investigatória é meramente informativa. Sua finalidade consiste na coleta de provas quanto a autoria e materialidade do crime, requisitos estes necessários para o oferecimento ou não da denúncia.

7 MINISTÉRIO PÚBLICO

7.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Em detrimento aos acontecimentos sociais vivenciados no Brasil, diversos foram os movimentos que atingiram nossas Constituições Federais. As mudanças bruscas de regimes políticos provenientes dos golpes de Estados, provocaram enormes mudanças, que por vezes levavam a avanços e retrocessos quanto à atuação ministerial. Daí, conclui-se ter sido árduo e longo o caminho percorrido pela instituição até os dias atuais. Ainda há muita estrada a percorrer.

A figura ministerial surgiu no Código de Processo Criminal de 1832, com alusão ao promotor da ação penal. Apesar de existirem leis esparsas acerca deste órgão, sua disposição constitucional só ocorreu em 1934. O Ministério Público foi institucionalizado como órgão de cooperação nas atividades governamentais.

A Carta Federal de 1937, outorgada pelo então Presidente Getúlio Vargas limitou a instituição do *parquet*. Em 1946, com a Constituição promulgada, voltou a ter ampliado suas funções institucionais, ditando regras de organização, escolha do Procurador-Geral da República, ingresso sob concurso, além das garantias de estabilidade e inamovibilidade. O *parquet* da união deveria organizar-se junto aos órgãos judiciários federais.

Após o golpe militar de 1964, foi promulgada nova Constituição em 1967, nesta não houve maiores alterações, com exceção da sua inclusão como órgão do Poder Judiciário.

Mais tarde, com a emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, o Ministério Público passou a integrar o Poder Executivo, tendo seu chefe escolhido por livre nomeação do Presidente. Mesmo apesar de sua vinculação, houve um significativo crescimento das funções institucionais.

Em 1988, foi atingido seu ápice, considerado “independente, autônomo e essencial à justiça”. Esta Constituição ensejou maiores poderes ao *parquet*.

7.2 CONCEITO E PRINCÍPIOS NORTEADORES

Diz o artigo 127 da Constituição Federal: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”³²

Hodiernamente, o Ministério Público teve ampliado seu campo de atuação, tendo na independência e na autonomia requisitos primordiais para a defesa do regime democrático.

Assim, para ter maior eficácia em sua atuação, seja na tutela jurisdicional ou não, possui o Ministério Público alguns princípios a serem obedecidos: a unicidade,³³ no qual seus membros atuam como um órgão, inexistindo a figura individual do promotor; a indivisibilidade, corolário da unicidade, em que promotores podem ser substituídos por outros de forma não autoritária; e a autonomia funcional. Esta última consiste na livre apreciação e decisão no exercício de sua função. A hierarquia existente entre os membros do Ministério Público é de cunho administrativa.

7.3 GARANTIAS E VEDAÇÕES CONSTITUCIONAIS

As garantias constitucionais atribuídas ao Ministério Público são os alicerces para uma atuação independente e eficaz, com intuito de proporcionar uma melhor prestação de serviço à comunidade.

Na concepção leiga, poderia surgir o entendimento de que tais garantias seriam privilégios. Ledo engano, trata-se do meio de conferir aos seus membros a independência frente ao Poderes do Estado, assegurando o livre desempenho de suas funções.

Mister é o entendimento do constitucionalista Alexandre de Moraes:

³²repete a conceituação a LOEMP, LONMP e LOMPU.

³³A unicidade do Ministério Público garante a possibilidade de ser cumprida a finalidade de sua intervenção com a manifestação do Dr. Procurador da Justiça em segundo grau, se não demonstrado que disso decorre efetivo prejuízo ao processo.

(STJ – RESP 279176 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 12.03.2001 – p. 00148)

Todas estas garantias, portanto, são imprescindíveis ao exercício da democracia, à perpetuidade da separação de Poderes e ao respeito aos direitos fundamentais, configurando suas ausências, supressões ou mesmo reduções, obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, no exercício de seu mister constitucional, permitindo que sofra pressões dos demais poderes do Estado e dificultando o controle da legalidade dos atos políticos do próprio estado, que causem lesões a direitos individuais e coletivos.³⁴

Com a maestria que lhe é inerente, diz Hugo Nigro Mazzili:

O Ministério Público, assim como o judiciário, não pode ser servil a governo ou governante. Necessita de estrutura segura, contornos e princípios definidos, assim como seus membros precisam de garantias e predicamentos elevados, correspondentes a alta função de defesa dos interesses indisponíveis da coletividade.³⁵

A administração pública brasileira ainda não possui como principal característica a moralidade. Nossos administradores, com algumas exceções são corruptos e imunes a quaisquer resquícios de bom senso.

O artigo 128, § 5º I, determina as garantias constitucionais:

a) vitaliciedade, adquirida após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa; c) irredutibilidade de vencimentos, fixado na forma do artigo 39, § 4º, e ressalvados os dispostos nos artigos 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;

Quanto as vedações, dispõe o artigo 128, § 5º, II:

a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

³⁴MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001 p. 436

³⁵MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1998 p. 14

7.4 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 atribui ao Ministério Público a maior quantidade de funções institucionais já previstas. O artigo 129, do I ao IX, determina suas funções institucionais.

Faz-se necessário demonstrar as funções institucionais relevantes a esta pesquisa:

Artigo 129: São funções institucionais do Ministério Público:

- I- promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II- [...]
- III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV- [...]
- V- [...]
- VI- expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII- exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII- requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX- [...]

Trata-se de dispositivo meramente exemplificativo, podendo ainda atuar nas causas em compatíveis com sua função social. É legitimado para defender a liberdade pública, o meio ambiente, o interesses difusos e coletivos, o patrimônio público, os crimes em geral e principalmente, a defesa do regime democrático.

7.5 O *JUS PUNIENDI* COMO EXERCÍCIO DA SOBERANIA

Desde o momento em que o Estado proibiu a vingança privada como forma de solucionar os conflitos surgiu seu direito-dever de assegurar a inviolabilidade física e patrimonial dos administrados. A **autocomposição** e autotutela tornaram-se formas primitivas de resoluções dos conflitos.

É o entendimento de João Batista Machado: “Esta (vingança privada) mais era do que a retribuição de um mal por outro mal na sua forma mais primitiva, diante da violação de um direito [...]. A vingança não era proporcional a ofensa na maior parte das vezes”.³⁶

Assim, visando unicamente o interesse público, possui o Estado o dever de reprimir e prevenir condutas criminosas, observando os ditames do devido processo legal.

A consumação de uma infração delituosa enseja atuação do Estado para garantir a especificação legal, enquanto que os bens tutelados no direito penal são eminentemente públicos.

Neste entendimento, segue as lições doutrinárias de Marcellus Polastri Lima:

Cabem ao Estado a função e o dever de assegurar e resguardar a liberdade individual, estando autorizado, em nome da segurança social, a proceder a apuração dos fatos ilícitos penais, punindo seus autores, o que se traduz em defesa a paz social e, em última instância, conseqüentemente, da liberdade individual.³⁷

Sob a influência do ilustre doutrinador, sabe-se que o Ministério Público atua – na seara penal – em nome da coletividade. A paz social tão discutida em suas obras consiste em afastar do convívio social àqueles que, por condutas penalmente reprováveis, demonstraram não estarem aptos a viver em coletividade.

Assim, cabe ao Estado, e somente ele, punir os delinqüentes, exercendo assim uma das maiores características da soberania.

³⁶BARBOSA, João Batista Machado. **Primeiras linhas de Direito Penal**. Rio Grande do Norte: Ed. Fesmp, 2004. v. 1. p. 23-24

³⁷LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 3.ed. São Paulo: Lumem Júris, 2002 p. 25

8 A INVESTIGAÇÃO PENAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Após ocorrência da infração delituosa, cabe ao Estado por meio da *persecutio criminis*, instaurar o procedimento necessário à real elucidação do crime.

Instauram-se duas fases: a investigatória e da propositura ou não da ação penal.

A primeira, é mero procedimento de elucidação do crime. As autoridades policiais buscam a apuração das infrações penais.

A autoridade policial fará um minucioso relatório dos fatos apurados, enviando, logo após ao juiz competente. Daí, será encaminhado ao titular da ação penal – Ministério Público – que pede em juízo a aplicação da lei.

Em virtude do arbítrio da autoridade policial quanto aos procedimentos à serem instaurados, vê-se que o inquérito policial é proveniente do sistema inquisitivo. Inexistindo assim o respeito a alguns princípios processuais como a publicidade dos atos, o contraditório e ampla defesa, além da necessidade do sigilo das investigações.

Apesar de pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial, faz-se necessário à transcrição parcial do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Sendo o inquérito policial um procedimento meramente administrativo, a eventual ausência de intimação do indiciado para defender-se das acusações que lhe foram atribuídas não ofende os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

(TJDF – APR 1955099 – DF – C.Esp. – Rel. Des. Otávio Augusto – DJU 19.11.2002 – p. 125)

Desta feita, clarividente seria informar que ninguém será condenado, unicamente, pelas provas produzidas no inquérito.

A inexistência de contraditório e ampla defesa exige um procedimento jurisdicional mais eficaz, com o devido respeito aos direitos e garantias constitucionais.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O Direito penal, porque regula o jus puniendi do Estado, rege-se por princípios que consubstanciam garantias constitucionais, para conter abusos contra o direito de liberdade, cuja proteção situa-se em plano universal. – Dentre os princípios constitucionais-penais merecem destaque o contraditório, o devido processo legal e ampla defesa, os quais vedam que alguém seja condenado com

base em prova exclusivamente produzidas na fase do inquérito policial. – Não tem validade a sentença condenatória baseada apenas em provas produzidas na fase do inquérito, sendo uniforme o pensamento de que as provas requeridas nessa fase devem ser ratificadas em Juízo, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

(STJ – RHC – 10456 – GO – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 15.10.2001 – p. 00299)

Ultrapassada esta fase meramente administrativa, os autos são encaminhados ao juiz e, logo após, remetidos ao titular da ação penal, podendo oferecer ou não a denúncia.

Questão muito discutida é a possibilidade do Ministério Público promover investigações. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência não possuem entendimento pacífico. Dentre os Tribunais Estaduais existem diversas decisões antagônicas.

Quanto aos tribunais superiores, a divergência continua. O Superior Tribunal de Justiça utiliza uma interpretação ampliativa dos poderes do Ministério Público, tendo inclusive sumulado a matéria.³⁸ Todavia, o Supremo Tribunal Federal tende a decidir sobre a impossibilidade.

Causador de polêmica foi o Recurso Ordinário de *Habeas corpus* n.º 81.326-7, já concluso para o Supremo Tribunal Federal.

Nesse Recurso, acompanhado pelo Ministro Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, o relator Nelson Jobim considerou que o Ministério Público não tem poderes para realizar diretamente investigações, mas sim requisitá-las à autoridade policial competente. A condução do inquérito policial e a realização das diligências investigatórias são atribuições exclusivas da Polícia Judiciária.

Em decisão que afastará as dúvidas sobre o tema, o plenário do Supremo Tribunal Federal esta na iminência de por fim a esta discussão.

No inquérito 1968-2, originário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, O Min. Marcos Aurélio e Nelson Jobim já se manifestaram sobre a ilegitimidade do Ministério Público.³⁹

³⁸Súmula 234: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

³⁹É o informativo 325 de 2003: “[...] O denunciado, em sua defesa, alega a atipicidade da conduta, a inépcia da denúncia, bem como a falta de justa causa para a ação penal, porquanto o Ministério Público Federal não deteria competência para proceder à investigação de natureza criminal, incumbindo-lhe apenas, a teor do disposto no inciso VIII do art. 129 da CF, requisitar diligências e a instauração de inquérito policial. O Min. Marco Aurélio, relator, considerando que os elementos que serviram de base à denúncia provêm exclusivamente de dados obtidos em

Entretanto, o Ministro Joaquim Barbosa, entende que o conjunto de atribuições do Ministério Público previsto na Constituição Federal de 1988 tem o escopo fortalecer a defesa da cidadania, do interesse público e do próprio Estado Democrático de Direito. Daí, respalda a tese da constitucionalidade dos procedimentos investigatórios realizados por promotores e procuradores de justiça. Acompanharam seu voto os Ministros Eros Grau e Cezar Brito.

Em dezembro do ano em curso, o referido inquérito conta com 3 (três) votos a favor do *parquet* e 2 (dois) contra. Entretanto, o que se espera e se comenta nos bastidores do Supremo Tribunal Federal é que este placar possivelmente será revertido. Os ministros que ainda faltam votar manifestaram-se, em outros processos, pela ilegitimidade ministerial.

A confusão esta gerada. Tanto os argumentos contrários quanto os que legitimam o Ministério Público à investigação criminal possuem fundamentações jurídicas relevantes. Assim, limita-se a presente pesquisa a tais discussões.

investigação criminal realizada pelo Ministério Público, proferiu voto no sentido de rejeitar a denúncia, por entender que o Ministério Público, embora titular da ação penal, não possui competência para realizar diretamente investigações na esfera criminal, mas apenas de requisitá-las à autoridade policial competente, no que foi acompanhado pelo Min. Nelson Jobim. Após, o julgamento foi adiado em face do pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa [...]"

9 ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Apesar de inexistir manifestação definitiva sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal volta seu entendimento para ilegitimidade do Ministério Público em promover a investigação criminal.

No curso do inquérito de número 1.968-2, há previsão que, além dos Ministros Marco Aurélio (relator) e Nelson Jobim, mais seis Ministros votem pela inadmissibilidade, como Carlos Velloso, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Diversas são as fundamentações jurídicas para inibir o poder investigatório. A seguir, serão analisadas detalhadamente:

9.1 PRECEITUAÇÃO CONSTITUCIONAL

Assim preceitua a Constituição Federal: Artigo 144 § 4º: Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Clara é a atribuição constitucional à Polícia Judiciária para investigar as infrações penais em caráter ilimitado, ressalvando a atribuição da União e excepcionando os crimes militares.

É o que dispõe quanto às funções institucionais do Ministério Público: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;”

Nota-se, por expressa previsão constitucional e infraconstitucional a ilegitimidade do Ministério Público em promover o inquérito policial.

O próprio texto utiliza a expressão “requisitar”. O *parquet* não poderá instaurar nem presidir o inquérito. Trata-se de função exclusiva da Polícia Judiciária, em virtude da inexistência de intenção do constituinte originário em lhe atribuir tal função.

No caso do Ministério Público receber uma *notitia criminis* que seja necessária uma certa investigação, cabe-lhe apenas requerer diligências à autoridade policial, a fim de coletar informes ao embasamento da *persecutio criminis*.⁴⁰

Além disso, faz-se necessário a interpretação sistemática da Constituição Federal. No mesmo artigo 129, III,⁴¹ o constituinte atribuiu ao *parquet* a função de promover o inquérito civil.

O acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região decide a matéria:⁴²

O Ministério Público, como dominus litis, é o verdadeiro das investigações preparatórias da ação penal, cabendo a operacionalização das mesmas, de forma exclusiva, pela Polícia Judiciária (CF, art. 144, § 1º, IV); Pode o Ministério Público, portanto, presentes as normas do inc. VIII, do art. 129, da CF, requisitar diligências e investigatórias e requisitar a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. As diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial deverão ser requisitadas, obviamente, à autoridade policial (STF. RE 215.301-CE, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, informativo-STF 145, DJ 28/05/99, p. 1303);. Diante da falta de atribuição legal ao Ministério Público Federal para promover diretamente atos investigatórios, há que ser reconhecida a ilegalidade das provas coligidas, sob pena de violação ao princípio do due process of law. *Habeas corpus* concedido. (TRF 2ª R. – HC 99.02.07263-1 – RJ – 4ª T. – Rel. p/o Ac. Des. Fed. Benedito Gonçalves – DJU 15.03.2001)

Ora, se houve expressa previsão constitucional quanto a sua legitimidade no inquérito civil, o constituinte originário teria, se fosse de seu talante, taxado a legitimidade quanto ao criminal. Se assim não o fez, é porque não era o *mens legislatoris*.

Imperioso transcrever parte do voto do Ministro Relator Nelson Jobim pertinente ao Recurso Ordinário em *Habeas corpus*, sob o n.º 81.326:

A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII).

⁴⁰“O Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, tem competência para requisitar a instauração de inquérito policial [...] não consubstanciando tal postura constrangimento ilegal[...]” (STJ – RHC 10029 – CE – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 18.06.2001 – p. 00190)

⁴¹“promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

⁴²No mesmo sentido: TRF 2ª R. – RCCR 1999.02.01.036266-9 – RJ – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Francisco Pizzolante – DJU 15.02.2001;

A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito penal.

Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime.

Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial.

Por fim, ainda em seu voto, transcreveu precedente da 2ª turma, tendo como então Relator, o Ministro Carlos Velloso:

Nesse sentido, decidiu a Segunda Turma (RECR 205.473, CARLOS VELLOSO).

Leio na ementa: "[...]I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. [...] "Do Voto de VELLOSO destaco: "[...] não compete ao Procurador da República, na forma do disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, assumir a direção das investigações, substituindo-se à autoridade policial, dado que, tirante a hipótese inscrita no inciso III do art. 129 da Constituição Federal, não lhe compete assumir a direção de investigações tendentes à apuração de infrações penais (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º) [...]"

Possui o *parquet* o monopólio da ação penal pública, todavia sua atribuição de investigação não passa do poder de requisitar diligências. É somente autorizado na instauração de inquéritos civil.⁴³

9.2 CONCENTRAÇÃO DAS FUNÇÕES

Desde os primórdios da humanidade, o homem busca o poder como forma de controlar a situação. Quanto mais poderês um órgão possuir, maior será sua importância.

Tal afirmação é verdadeira quando interpretada frente ao cotidiano dos Estados Democráticos de Direitos.

Neste sistema, a divisão é imprescindível, haja vista a Constituição distribuir suas atribuições.

⁴³No mesmo sentido: TJRJ – HC 1046/2001 – 5ª C.Crim. – Rel. Des. Sílvio Teixeira – J. 05.06.2001

A soberania, por assim dizer, é característica dos Poderes do Estado. Daí torna-se o seu mais precioso meio de controlar a sociedade. Todos aqueles que dispõem de meios de execução para isso são detentores de poder.

Inserido nos poderes estatais, há divisões de funções tendentes a repartir seu exercício em órgãos distintos e independentes, de forma que um não possa agir sem a participação do outro. É o sistema dos **freios e contrapesos**. Bastante utilizado para alcançar a harmonia e independência entre as funções.

Similar, é o processo judiciário. A função de investigar, acusar, defender e julgar são repartidas em órgãos e pessoas distintas. Há obediência ao devido processo legal.

Assim, a fim de garantir maior lisura ao procedimento investigatório estatal foi desenvolvida uma distribuição de funções.

Por preceituação constitucional, coube a Polícia Judiciária a função de investigação jurisdicional. Ao Ministério Público, se preenchidos os requisitos legais, a acusação, ao defensor a defesa e ao Estado—juiz, por meio da Magistratura, prestar a tutela jurisdicional demandada.

O homem é egoísta por natureza. Tendo numa única pessoa a função de investigar, acusar, defender e julgar torna-se natural que ocorra o abuso de poder. Filósofos como Montesquieu pregava a divisão de poderes e funções por esta índole natural dos seres humanos.

Tal característica é facilmente encontrada em países autoritários, que possui um tirano como Chefe de Estado.

Daí surge o entendimento da proibição de investigação por parte do Ministério Público. Além de haver implícita vedação constitucional, a permissão causaria um descrédito ao princípio do devido processo legal.

Se o detentor do *jus accusationis* for o mesmo da investigação policial ocorrerá a parcialidade na *opinio delicti* do *parquet*. Imperioso destacar a necessidade da imparcialidade do promotor de justiça enquanto analisa os autos do inquérito policial.⁴⁴

⁴⁴“Em face do sistema acusatório, de assento constitucional, a prova indiciária colhida por determinação de juiz que toma conhecimento de fato delituoso deve ser encaminhada ao Ministério Público Federal, para que esse órgão formule *opinio delicti* a respeito dos fatos e decida se irá oferecer a denúncia, requisitar a instauração de inquérito policial ou promover seu arquivamento”.

(TRF 2ª R. – CC. 2001.02.01.020776-4 – RJ – 1ª T. – Relª Juíza Simone Schreiber – DJU 06.09.2001)

9.3 DA ÉTICA PROFISSIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mesmo com a evolução institucional do Ministério Público, alguns promotores de justiça ainda utilizam como premissa maior a sua função acusatória.

Inobstante os bons promotores que auxiliam e defendem a sociedade, existem alguns que acreditam participar de um grande teatro. Vêm no júri um meio de testar suas habilidades de persuasão e conhecimentos jurídicos, criando teses para condenar o acusado mesmo quando clara sua inocência.

Estas “aventuras judiciárias” possuem o intuito meramente condenatório.

Dai, o entendimento que permitir a condução de inquéritos policiais por promotores, seria o mesmo que agredir o princípio do contraditório. Ora, se o promotor de justiça tornou-se uma figura meramente acusatória, imprescindível é a participação do defensor no processo investigatório. Apesar de ser peça de informação, não se pode permitir que o Ministério Público – acusador – atue no feito sem a participação da defesa.

O promotor de justiça é um agente estatal encarregado da função de defender a coletividade. A sociedade atual clama pela eficaz atuação ministerial, em que seja garantindo aos administrados uma melhor qualidade de vida e defesa aos mais importantes direitos constitucionais.

O que se vê, principalmente em épocas eleitorais, são inúmeras denúncias vazias, com intuito meramente políticos. Muitos promotores que se dizem de justiça, invocam seu *jus accusationis* para perseguir políticos em detrimento de outros.

A máquina estatal não pode ser utilizada em interesse próprio, além de contrariar os princípios da administração pública (impessoalidade e moralidade), afronta o bom senso e dever de ética profissional.

Estes não são os únicos problemas. Há membros da instituição que buscam a própria satisfação profissional. Usam a função institucional do *parquet* para atingir a fama.

O contato entre o promotor e a mídia ao invés de trazer benefícios à sociedade, torna-se bastante prejudicial no exercício da atividade profissional. A busca por “holofotes” é uma prática que crucifica e desmerece a instituição.

Assim, já que não há um órgão de controle do Ministério Público, torna-se necessário impor uma restrição em sua atuação, impondo limites e traçando diretrizes a serem alcançadas.

9.4 TENTATIVA DE INSTAURAR O JUIZADO DE INSTRUÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O inquérito policial foi instaurado em nossa legislação processual penal pela lei 2.033 de 20 de setembro de 1871, devidamente regulamentado pelo decreto-lei 2824 de 28 de novembro do mesmo ano.

Apesar da doutrina majoritária entender ser o mais justo meio de investigação, sempre se cogitou a possibilidade de instauração dos juzados de instrução.

Nele, a autoridade policial teria a função de prender os infratores e indicar provas suficientes para a acusação. Ao juiz, instrutor, caberia colher as provas para uma efetiva tutela jurisdicional.

Além de haver supressão do inquérito, a autoridade policial teria seus atos substituídos pelos do juiz instrutor. Caso o Brasil adotasse tal sistema, o juiz instrutor seria suprimido pelo Ministério Público, haja vista ser o princípio da demanda como precursor da imparcialidade.

Encerrada a fase de instrução, caberia ao Ministério Público - caso fosse adotado pela legislação processual penal - decidir acerca da procedência ou não do direito de acusar - *jus accusationis*. Daí, o processo seria encaminhado ao juiz competente à audiência de instrução e julgamento.

Em 1937, o então Ministro da Justiça Vicente Ráo preparou um projeto de lei com a tentativa de instaurar o juzado de instrução. Desde aquela época havia a preocupação em desafogar o Poder Judiciário e a morosidade jurisdicional.

Projeto da Exposição de Motivos:

Retira-se à Polícia, por essa forma, a função, que não é sua, de interrogar o acusado, tomar o depoimento de testemunhas, enfim, colher provas sem valor legal; conserva-se-lhe, porém, a função investigadora, que lhe é inerente, posta em harmonia e legalizada pela co-participação do juiz, sem o que o resultado das diligências não pode nem deve ter valor probatório.

Em virtude do golpe de Estado de 1937, vários foram seus opositores como Magalhães Noronha, Noé de Azevedo e Francisco Campos. A proposta foi rejeitada. Com a Constituição de 1988 a questão foi novamente debatida e mais uma vez rejeitada.

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça acolhendo proposta que lhe foi encaminhada remeteu ao Senado Federal um anteprojeto para a criação do juizado de instrução em casos específicos.

Entre outras considerações, propõe que o inquérito policial não seria suprimido por completo, tendo o juizado de instrução competência para os crimes de maior complexidade e relevante valor social, tudo, previamente definido em lei.

Sobre o assunto, foi realizado um Seminário pelo Superior Tribunal de Justiça. Nele, foi debatida a ineficácia do inquérito policial, propiciando assim, vários estudos sobre a matéria:

É a *ementa*:

É indiscutível que a atividade da Polícia Judiciária, no inquérito, tem prestado relevantes serviços à justiça pública. Nada obstante, esse sistema tradicional de prévia colheita de indícios de provas já se exauriu.

[...] já se revelou, de há muito, sem vigor e ineficaz para investigar, em sua generalidade, em todo o universo de crimes, que se perpetraram nas sociedades modernas.

Sobre o assunto, manifestou-se o Ministro Relator Nelson Jobim, concluindo que a Polícia Judiciária sempre foi exclusiva quanto à realização das diligências investigatórias.

Expõe seu voto proferido pelo RHC 81.326-7:

A legitimidade histórica para condução do inquérito policial e realização das diligências investigatórias, é de atribuição exclusiva da polícia.

Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA CIVIL, o processo de instrução presidido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO voltou a ser debatido.

Ao final, manteve-se a tradição.

O Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao MINISTÉRIO PÚBLICO a supervisão, advocação e o acompanhamento da investigação criminal. A Constituição Federal assegurou as funções de POLÍCIA JUDICIÁRIA e apuração de infrações penais à POLÍCIA CIVIL (CF, art. 144, § 4º).

[...]quando da elaboração da Constituição de 1988, era pretensão de alguns parlamentares introduzir texto específico no sentido de criarmos, ou não, o processo de instrução, gerido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO

Isso foi objeto de longos debates na elaboração da Constituição e foi rejeitado.

O tema voltou a ser discutido quando, em 1993, votava-se no Congresso Nacional a lei complementar relativa ao MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO e ao MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS, em que havia essa discussão do chamado processo de instrução que pudesse ser gerido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO.

Há longa disputa entre o MINISTÉRIO PÚBLICO, a POLÍCIA CIVIL e a POLÍCIA FEDERAL em relação a essa competência exclusiva da polícia de realizar os inquéritos.

Lembro-me que toda essa matéria foi rejeitada, naquele momento, no Legislativo.

O Ministro Nelson Jobim utilizou em seu voto a interpretação histórica do direito. Nela, vemos o real espírito da lei quando discutida sobre os fundamentos vigentes à época de sua elaboração.

No caso *suso*, a rejeição aos projetos de lei referentes ao juizado de instrução demonstra, de forma clara, a intenção do legislador de manter a exclusividade do inquérito com a Polícia Judiciária.

9.5 CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA - O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO É SUPERIOR HIERÁRQUICO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

No RHC 81.326-7, foi suscitada a legalidade sobre ato do Ministério Público em intimar o Delegado de Polícia a fim de prestar esclarecimentos sobre eventuais irregularidades em seu exercício profissional.

Sua finalidade era prestação de informações ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial, com intuito de ser ouvido no procedimento administrativo investigatório supletivo.

Contra essa requisição, o recorrente impetrou HABEAS no TJ/DF. Após indeferimento, impetrou HABEAS substitutivo de Recurso Ordinário no STJ, que indeferiu o recurso.

É a ementa: “Tem-se como válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos, para fins de oferecimento de denúncia”.

Diz o artigo 129, VII da Constituição Federal:

Exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior. O inciso VI dispõe: expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.[...]”.

Dáí, tendo uma interpretação diferenciada sobre o assunto, selaria o entendimento de que não constitui constrangimento ilegal o ato do representante do Ministério Público que, no exercício da atribuição conferida por este dispositivo legal, requisita a notificação de Delegado de Polícia.

Entretanto, tal entendimento não é majoritário, diverge o Ministro Relator do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, em voto proferido pelo Recurso Ordinário de *Habeas corpus* n.º 81.326-7:

I. Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior.

[...] não compete ao Procurador da República, na forma do disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, assumir a direção das investigações, substituindo-se à autoridade policial, dado que, tirante a hipótese inscrita no inciso III do art. 129 da Constituição Federal, não lhe compete assumir a direção de investigações tendentes à apuração de infrações penais (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º).

Conclui seu voto para o deferimento do pedido: O RECORRENTE é DELEGADO DE POLÍCIA. Autoridade administrativa, portanto. Seus atos administrativos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria etc.

Assim, foi anulada a requisição de comparecimento expedida pelo Ministério Público. A este, não cabe intervir na esfera administrativa da Corporação Policia. Existem órgãos hierárquicos próprios na seara administrativa da Polícia Judiciária.

10 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROMOVER A INVESTIGAÇÃO JUDICIÁRIA

As funções institucionais do Ministério Público foram ampliadas e restringidas de acordo com a situação política do país.

Em épocas de grande intervenção estatal na sociedade – ditadura – ocorria restrições às funções do Ministério Público. Com a adoção do Estado Democrático de Direito houve significativas ampliações.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, coube ao *parquet* o maior rol de atribuições até então previstas, tornando-se o principal defensor da sociedade e do Estado Democrático de Direito.

Garantias e vedações constitucionais, independência entre os poderes, independência funcional e administrativa, foram algumas das disposições constitucionais que além de garantir a imparcialidade, propiciou ao cidadão um órgão efetivo de defesa da coletividade.

Atualmente, após 16 anos de promulgada a Carta Constitucional, o Ministério Público esta sujeito a mais severa limitação de seus poderes.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de julgamento do inquérito 1968-2, se encontra na iminência de vedar aos membros do *parquet* a condução de inquéritos criminais, isto é, determinar exclusividade à polícia quanto às investigações na seara penal.

Trata-se de um entendimento equivocado e retrógrado. O Ministério Público é um órgão destinado à defesa da coletividade, por isso, seus poderes devem ser ampliados.

Desta feita, faz-se necessário demonstrar os argumentos sobre a legitimidade do Ministério Público na fase de investigação criminal:

10.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

É o disposto na Constituição:

Art. 144. A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 4º. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Apesar do texto constitucional disciplinar alguns órgãos com atribuição constitucional na apuração de infrações penais, vê-se que o constituinte originário não garantiu exclusividade à Polícia Judiciária. Contrário a isso, a Segurança Pública passou a ser dever do Estado e direito de todos, tornando-se inteiramente compatível com a finalidade social do Ministério Público - órgão defensor da coletividade - que possui rol exemplificativo das funções institucionais.

Corroborando a tese, a Lei Complementar n.º 75 de 20 de maio de 1993 estatui: Artigo 8º: “Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] V - realizar inspeções e diligências investigatórias; [...]”.

A investigação do *parquet* possui fundamentação legal pertinente, além de amplo amparo pela Constituição Federal.

É o posicionamento jurisprudencial:

Não há ilegalidade nos atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos a fim de instruir seus procedimentos administrativos, visando o eventual oferecimento de denúncia, havendo previsão constitucional e legal para tanto.

(STJ – RHC – 11888 – MG – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 19.11.2001 – p. 00291)

Compete ao Ministério Público, por sua função constitucional, a investigação e abertura de procedimento criminal, sem que constitua qualquer irregularidade ou cerceamento de defesa, nessa fase, por ser seu mister – arts. 127 e 129, inciso VIII da Constituição Federal c/c Lei Complementar n.º 75/93.

(TJRR – RSE 003/01 – T.Crim. – Rel. Des. Carlos Henriques – DJRR 21.06.2001 – p. 02)

Nota-se que o direito deve ser interpretado de forma sistemática. Apesar de inexistir expressa disposição constitucional quanto a matéria, foi incumbido em suas funções institucionais a apuração de inquérito civil.

Ex positis, não foi tolhida do Ministério Público a necessidade de apurar infrações. É o que diz o artigo 129, III expressamente. Imperioso combinar o *caput* do artigo 144 – Segurança Pública dever do Estado – com a função institucional do *parquet* em investigar, artigo 129 III.

Objetivando uma melhor explanação do assunto, traz-se a esta pesquisa fatos decorrentes da prática ministerial. Imagina-se que, no curso da investigação civil venha o *parquet* a descobrir um delito. De acordo com a doutrina conservadora, não poderia o mesmo utilizar tais provas ao oferecimento da denúncia nem continuar investigação.

Ora, seria um absurdo aos olhos da justiça deixar um crime impune ou protelar sua investigação por motivos meramente burocráticos. O Inquérito policial sequer é obrigatório, assim, seria um obstáculo à justiça não permitir a investigação.

Inobstante a preceituação constitucional, diversas leis infraconstitucionais prevêm seu caráter investigatório. A lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - em seu artigo 201 VII dispõe expressamente a legitimidade em apurar sindicâncias.⁴⁵ Em atual edição legislativa, o Estatuto do idoso reitera tal entendimento, na edição do artigo 74, VI, da lei 10.741/03.⁴⁶

Uma possível interpretação contrária ao poder investigatório do *parquet* causaria um enorme retrocesso no combate ao crime.

Além de prejudicar todos os processos em que o *parquet* tenha atuado, as edições legislativas seriam alvos de ações de inconstitucionalidades, enfraquecendo assim a defesa da sociedade.

⁴⁵Lei 8.078/90. Art. 201. "Compete ao Ministério Público: II - promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes; VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los";

⁴⁶Artigo 74: "VI – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso";

10.2 A FRAGILIDADE DA *PERSECUTIO CRIMINIS*

Após a consumação do delito, entra em cena a atuação da Polícia Judiciária com a finalidade de apurar os vestígios do crime. Propiciando, mais tarde, os elementos necessários à ação penal.

A todo esse procedimento preliminar ou preparatório denomina-se inquérito policial.

Todavia, apesar de apresentar suporte a propositura da ação, não pode o Magistrado fundamentar sua condenação por provas unicamente diligenciadas nesta fase.

Ora, nosso sistema processual penal é o acusatório não puro e o inquérito é proveniente do inquisitivo. Surge então a primeira manifestação negativa quanto a esta fase preliminar.

O Direito penal regula o *jus puniendi* do Estado garantindo aos acusados os princípios e garantias constitucionais. Dentre eles, vislumbra-se o contraditório, o devido processo legal e ampla defesa. Há por parte do ordenamento jurídico brasileiro a vedação pela possibilidade de condenação por provas produzidas unicamente na fase do inquérito policial.

A doutrina e jurisprudência é uníssona em entender que as provas requeridas devem ser reiteradas em Juízo.⁴⁷

Trata-se de um *contra senso* jurídico. A visão atual do processo reveste-se na celeridade, economia processual e informalidade. Assim, não restam quaisquer dúvidas que a reiteração das provas causam enormes prejuízos à eficaz prestação jurisdicional.

O inquérito policial é uma peça primitiva e retrograda, na prática atual é meramente burocrática, que promove apenas a impunidade.

Por outro lado, há tentativa de instaurar o juizado de instrução. Tal procedimento não se adapta ao sistema jurídico brasileiro por ser presidido por um juiz-instrutor, afrontando o princípio da imparcialidade.

Em meio a esta confusa burocracia judiciária, o Brasil atinge níveis alarmantes de criminalidade. Enquanto o Estado parou, o crime se organizou, abrindo células em todos os estados da federação.

A sociedade brasileira *esta* submetida ao vírus da criminalidade que se alastra de forma mortal em nosso território. A inércia estatal foi fundamental para organização do

⁴⁷No mesmo sentido: STJ – RHC – 10456 – GO – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 15.10.2001 – p. 00299

crime. Agora, deve o governo atuar com políticas emergenciais, unindo os órgãos estatais – **Ministério Público e Polícia Judiciária** – para enfrentar o problema.

Estas discussões jurídicas ricas em doutrinas e normas legislativas só interessam aos criminosos. Não a segurança da população.

O artigo 4º do Código de Processo Penal impõe o princípio da universalidade das investigações ao inquérito policial. Isto implica dizer que inobstante o órgão que atuou nesta fase – meramente administrativa – inexistente a possibilidade de causar nulidade. Trata-se apenas de mera irregularidade não sendo passível de qualquer anulação.

Tanto é verdade que podemos citar como exemplo, a investigação por parte da Polícia Judiciária (todos os órgãos), Comissão Parlamentar de Inquérito, Autoridades Militares e o Ministério Público.

A investigação criminal não passa de um instrumento para a formação da convicção do titular da ação penal, não sendo considerada um fim em si mesma. Além disso, sabendo que o *parquet* é o titular da ação penal, mister é demonstrar um antigo ensinamento jurídico: quem pode o mais (ação penal) pode o menos (inquérito policial).

Por ser o Ministério Público detentor privativo da ação penal, contraria a lógica e a inteligência humana o entendimento pela sua impossibilidade de buscar as provas para embasar sua pretensão. Não pode o *parquet* ficar ao alvedrio da autoridade policial.

10.3 EFETIVIDADE DA INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Não se reporta a presente pesquisa a julgar a capacidade dos Delegados e agentes da Polícia Judiciária. Todavia, a Constituição Federal não lhes proporcionou as garantias em seu exercício profissional.

Vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos são primordiais à garantir a lisura do procedimento investigatório.

Com freqüência, são noticiadas as participações delituosas de pessoas influentes na administração pública. Membros de qualquer dos três poderes, grandes empresários e agentes da Polícia Judiciária são alguns dos inúmeros criminosos noticiados.

Assim, fica o Delegado de Polícia ao alvedrio da vontade dos ocupantes do alto escalão do governo. Muitas vezes, os Delegados que cumprem suas funções com idoneidade e moralidade são removidos ou postos à disposição.

Possibilitar o *parquet* à condução direta das investigações impõe eficiência e celeridade, garantindo, por consequência, maior lisura a este procedimento. Alguns doutrinadores reportam o entendimento de que esta atuação conduziria a uma futura condenação.

Entretanto, pela impossibilidade legislativa, vê-se que tal propositura não reflete a prática jurídica. Toda prova diligenciada no inquérito deve ser rediscutida na instrução processual, assegurando ao acusado o devido respeito aos direitos fundamentais. É o disposto por nosso sistema processual.

Além disso, na investigação policial não se exige imparcialidade e sim impessoalidade. Nota-se que não há qualquer óbice em legitimar a investigação ministerial. Além de ter as garantias necessárias para conduzir com idoneidade as investigações, vê-se a permissão legislativa para tanto.

10.4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O RELATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS

Em virtude dos altos índices da criminalidade, o Brasil possui uma deturpada imagem em cenário internacional. As chacinas, denúncias de corrupção e a crise do sistema carcerário são habitualmente veiculadas nos noticiários de todo o mundo.

Por consequência, o Brasil foi alvo de uma inspeção pelo órgão das Nações Unidas responsável pelas Execuções Sumárias Arbitrárias.

A relatora responsável pelo estudo foi Asma Jahangir, efetuando sua pesquisa entre os Estados da Bahia, Pernambuco, Pará, Rio de Janeiro, Espírito Santo, São Paulo e Distrito Federal, entre o período de 16 de setembro a 8 de outubro de 2003.

A existência de grupos de extermínio e a conivência policial com o crime chamaram atenção da relatora, somados ainda a burocracia e a morosidade da justiça como forma de impunidade.

Em comentário ao Relatório realizado pelas Nações Unidas, a revista eletrônica Consultor Jurídico, no datado em 12 de fevereiro de 2004, publicou:

A Relatora Especial recomenda que o processo penal Brasileiro seja racionalizado sem transgredir o respeito à legalidade, a fim de acabar com a impunidade. O Ministério Público deveria ser reforçado. [...] O processo criminal Brasileiro deveria ser simplificado sem comprometer o devido processo legal: as falhas dentro do processo legal permitindo fácil escape da justiça daqueles acusados deveria ser enfrentadas, de modo a acabar com a impunidade.⁴⁸

O sistema judicial necessita de drásticas reformas para superar atrasos e acúmulos de processos. A burocracia tornou-se um inimigo do estado, auxiliando, unicamente, os infratores da lei.

A sociedade não requer debates doutrinários, tampouco saber quem presidiu ou não a investigação. O Brasil chegou a um ponto em que os criminosos devem ser retirados da sociedade o mais rápido possível.

Para isso, órgãos como o Ministério Público não pode sofrer limitações. A condição de legitimado para investigar é perfeitamente aceitável com a função institucional que lhe foi incumbida.

No relatório, foi desenvolvida uma recomendação quanto ao papel do Ministério Público:

O Ministério Público deve ser fortalecido. O mandato dos chefes das procuradorias deve ser por um período razoável, que permita oportunidades suficientes para consolidarem seu trabalho. Promotores devem receber um time de investigadores e serem encorajados a realizar investigações independentes contra acusações de execuções extrajudiciais. Obstáculos legais que previnem tais investigações independentes devem ser removidas através de nova legislação.

Apesar da discussão se prolongar durante anos nos corredores dos tribunais, é vergonhoso que uma entidade internacional deva fazer uma recomendação para que o governo brasileiro adote-a.

⁴⁸Direitos humanos. Relatório de Asma Jahangir confirma impunidade no país. Consultor Jurídico, 2004. Disponível em <<http://conjur.uol.com.br/textos/24645>> Acesso em 20 jul.2004

Assim, além das manifestações populares internas, vê-se o governo brasileiro pressionado por organismos internacionais, tudo, a fim de garantir à sociedade o óbvio: dar legitimidade ao Ministério Público em conduzir investigações criminais.

10.5 CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

Em expressa previsão constitucional, coube ao Ministério Público a função de controlar a atividade policial para garantir uma melhor coleta de dados à servir de suporte em eventual imputação penal. É uma atividade meramente fiscalizatória, motivada pelo princípio da legalidade.

Não bastasse o disciplinamento constitucional, determina a Lei Complementar n.º 75 de 20 de maio de 1993:

Art. 9º. O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais,[...].

Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.

Tal preceituação legal não condiz em subordinação da Polícia em face do Ministério Público, e sim, no controle externo desta atividade.

Sobre a matéria, é a súmula do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Súmula 10 do TJDF: O controle externo da atividade policial é função institucional do Ministério Público, podendo este requerer informações e documentos em delegacias de polícia para instrução de procedimento administrativo, sendo ilegal a recusa em fornecê-los.

Respeita o princípio da legalidade o ato ministerial que, no exercício da atribuição conferida pelo artigo 129 – VII da CF/1988, e a LC 73/1993, requisita informações à Delegado de Polícia com fim de embasar eventual procedimento administrativo.

Exercendo sua função institucional, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios editaram a Portaria nº 799, de 21.11.1996, que cria e instala o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial.⁴⁹

10.6 CREDIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PERANTE A SOCIEDADE

No Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, o exercício e atuação dos órgãos públicos dependem da satisfação popular. O povo é detentor do poder do Estado.⁵⁰

Há décadas passadas os crimes se resumiam a pequenas infrações, excepcionando raríssimos casos. Com o passar do tempo, os delitos tornaram-se mais constantes e complexos, causando uma enormidade de prejuízos à população.

Os membros das organizações criminosas circulam livremente com armas em punho, desafiando e humilhando a polícia local. A população se vê aterrorizada.

Suas casas mais parecem fortalezas com muros altos, vigias e cercas elétricas, tudo, para garantir a segurança não prestada pelo Estado.

Há muito, deixou de ser cenas de ficção científica a utilização de morteiros, granadas e artilharia de alto poder de destruição. Nas “batidas” policiais, encontram-se verdadeiros arsenais em poder dos traficantes.

O crime, além de presente nas ruas, invadiu as esferas governamentais. É noticiada pelos meios de comunicação a participação criminosa nos três poderes estatais.

Não raro, vê-se as prisões de membros do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo. Inconformada com esta situação, a sociedade exige uma maior atuação estatal quanto à repressão ao crime. Chegamos a infeliz situação de possuir índices de criminalidade superiores a países em estado de guerra.

Desta feita, foi desenvolvida pelo IBOPE uma pesquisa que demonstra a insatisfação popular com a ineficácia estatal. Registra ainda a credibilidade que o Ministério Público possui com a população.

⁴⁹No mesmo sentido: TRF 1ª R. – HC 01000301628 – DF – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz – DJU 17.12.2002 – p. 107. STF – ADIQU 1.806 – DF – TP – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 23.10.1998 – p. 02

⁵⁰Artigo 1º, parágrafo único da Carta Magna.

A pesquisa⁵¹ de opinião pública sobre o Ministério Público no Brasil foi realizada em fevereiro de 2004, tendo 2000 entrevistas em 145 municípios do país.

Nela, diversas foram as constatações, entre as quais a incrível marca de 66,2% da população desejar ver ampliados os poderes do parquet, enquanto apenas 9%, requer sua restrição.

Esta, é a reprodução gráfica da pesquisa desenvolvida:⁵²



IBOPE Opinião OPP019/2004

Quanto a possibilidade de investigação criminal,⁵³ constatou-se que 68% da população é favorável a legitimidade investigatória enquanto 4% atribui tal função unicamente a Polícia Judiciária.

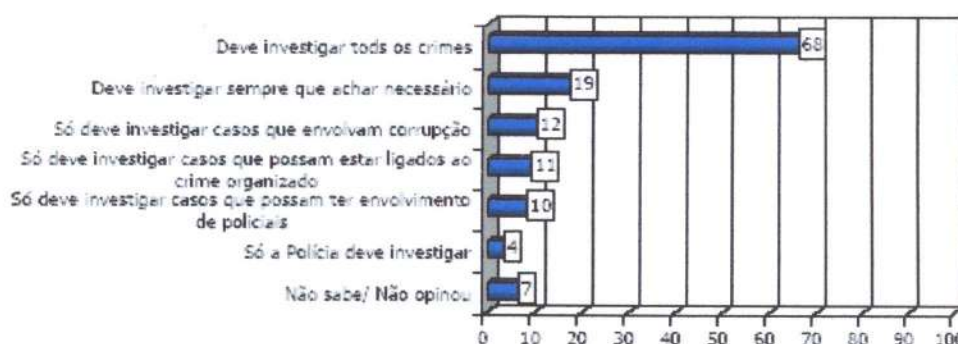
É o resultado gráfico quanto a possibilidade de instaurar investigações:

⁵¹Íntegra da pesquisa: <http://www.mp.sp.gov.br/docs/OPP019-MP.pdf>

⁵²http://www.mp.sp.gov.br/investiga_pesquisa.htm

⁵³http://www.mp.sp.gov.br/atua_pesquisa.htm

INVESTIGAÇÃO DE CRIMES PELO MINISTÉRIO PÚBLICO
(Estimulada - Várias opções)
(%)



IBOPE Opinião Outubro 2004

A Constituição Federal prescreve que todo poder emana do povo. A insatisfação popular é necessária para mudanças jurisprudenciais e legislativas.

O povo brasileiro não suporta conviver com os altos índices de criminalidade. A violência tornou-se um mal que deve ser combatido de forma urgente. Rousseau, em sua obra, aduz que nenhum estado soberano resiste a insatisfação popular. A vontade do povo deve ser a vontade da lei.

Com a divulgação da pesquisa, o Ministério Público ganhou um forte aliado na caminhada pela ampliação de suas atribuições: **o povo**. Com a população do seu lado – detentores do poder – o *parquet* ganha força e credibilidade em sua atuação profissional.

11 FUNÇÃO INVESTIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO COMPARADO

Fruto da nova ordem constitucional há uma tendência mundial em ver ampliado os poderes do Ministério Público.

Por isso, diversos ordenamentos jurídicos impuseram-lhe a qualidade de defensor da sociedade, propiciando uma significativa ampliação de suas funções.

Dentre os países do continente americano, o Chile, a Venezuela, a Colômbia, a Costa Rica e o México adotam a ampliação dos poderes. Este último, por exercer as diretrizes da política "tolerância zero" ampliou indiscriminadamente os poderes do *parquet*, objetivando diminuir as taxas de criminalidade.

Todavia, vê-se que não é característica de países subdesenvolvidos. A Itália, Alemanha, Bélgica, França e Portugal também adotam a ampliação.

Em Portugal, o Ministério Público atua em conjunto com a polícia criminal no exercício das funções investigatórias. Há inclusive uma significativa ampliação de seus poderes. Além de o *parquet* orientar diretamente as investigações, a polícia criminal é seu dependente funcional.

Quanto a subordinação da Polícia perante o Ministério Público, é preciso lembrar que maior parte dos países que entendem ser legítima a função investigatória do *parquet* também impõe esta dependência funcional.

Por tratar de um sistema inovador, os ordenamentos estrangeiros tendem a seguir estas diretrizes, todavia, no Brasil, ainda não é aceito.

A prática penal leva a crer que o sistema processual que permite ampla participação ministerial é o mais eficaz no combate ao crime.

12 CONCLUSÃO

Demonstraram-se de forma concisa e devidamente fundamentada os argumentos que legitimam a atuação do *parquet* na fase investigatória.

Foram criticadas as divergências doutrinárias e jurisprudências que norteiam a matéria. Daí, necessário é a abordagem conclusiva sobre os principais argumentos discutidos, a saber:

1. O artigo 144 da Constituição Federal tratou a segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos. Em seu parágrafo 4º houve atribuição à Polícia Judiciária na apuração de infrações penais, não determinando a exclusividade. Sua interpretação deve ter consonância com a finalidade constitucional do Ministério Público (artigo 129 da Constituição Federal);
2. A doutrina minoritária entende não ser intenção do constituinte originário legitimar o *parquet* na investigação criminal, e sim na civil. Todavia, vê-se que o direito deve ser interpretado de forma sistemática. Apesar de inexistir expressamente na Constituição Federal, é do espírito da norma jurídica legitimar o Ministério Público na investigação criminal. O artigo 129, III o torna legítimo para apurar inquéritos civis. Além disso, o *parquet* possui atribuição para atuar em todas as causas compatíveis com sua função social. Vê-se mais uma vez a interpretação sistemática do direito;
3. Não fosse a preceituação constitucional, a legislação infraconstitucional registra a legitimidade investigatória. Diversas são as edições normativas a este respeito, como exemplo, cita-se a Lei Complementar 75/93 no artigo 8º prevê expressamente. Seguindo o mesmo entendimento, é a lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e Adolescente – e a atual edição legislativa, o Estatuto do Idoso, pela lei n.º 10.741/03;
4. O Ministério Público é o titular privativo da ação penal, sendo contrária à lógica e o bom senso que o dono da ação não possa colher provas a embasar sua pretensão judicial. É o mesmo que ensinar uma função mas não propiciar condições necessárias para tanto. A

investigação não é mais que um procedimento utilizado para construir a *opinio delicti* do *parquet*;

5. A legislação Processual Penal prevê o princípio da universalidade da investigação. De Com observância dos preceitos normativos vários órgãos podem investigar, como as Comissões Parlamentares de Inquérito, Polícias Judiciárias, Ministério Público, Auditorias Militares, investigadores particulares, Receita Federal, INSS e etc;
6. O próprio Código de Processo Penal demonstra a não obrigatoriedade do inquérito policial quando o *parquet* possua elementos suficientes para sua pretensão. Ora, sendo uma peça meramente informativa, seria um *contra senso* jurídico a declaração de nulidade processual pela intervenção ministerial na fase investigatória. Os vícios presentes nesta fase judicial são considerados mera irregularidade;
7. O Direito Processual Penal Brasileiro adota o sistema acusatório não puro. Apesar de compatível com o ordenamento jurídico, se mostra ineficaz no combate ao crime. Deve o governo atuar com políticas emergenciais sendo utilizadas operações conjuntas da Polícia Judiciária e o Ministério Público. A Burocracia excessiva só gera impunidade;
8. O Ministério Público por deter garantias e vedações constitucionais não presentes nas Polícias Judiciárias faz prevalecer a idoneidade no procedimento investigatório. Muitas vezes, os indiciados são pessoas politicamente influentes, sejam membros dos três poderes ou até mesmo da própria polícia. Estes, podem gerar transtornos nos processos em que sejam indiciados;
9. Inobstante o entendimento do Min., Relator Nelson Jobim, no RHC 81.326-7- DF, o Ministério Público, por expressa disposição constitucional – artigo 129 VII – detém o controle externo da atividade Policial. Todavia, será um artigo inócuo se inexistir a possibilidade de investigação criminal independente. O Ministério Público não pode ficar ao alvedrio da Polícia Judiciária;

10. Na prática, vê-se que a atuação ministerial no combate ao crime rendeu várias prisões e dissoluções de organizações criminosas. Bem verdade que a Polícia apresenta importante papel, entretanto, o Ministério Público ganha destaque pela sua eficaz atuação;
11. A doutrina criou entendimento de que a atuação do Ministério Público na fase investigatória favoreceria a uma futura condenação do indiciado. Trata-se de equívoco doutrinário. As provas colhidas nesta fase por não serem submetidas aos princípios constitucionais devem ser reiteradas na instrução processual;
12. A exclusividade investigatória da Polícia Judiciária é uma burocracia excessiva. Sabendo que as requisições do Ministério Público são de obrigatoriedade à execução policial, tornaria mais célere o procedimento quando o próprio *parquet* possa conduzir as investigações, sem requisitá-las inicialmente;
13. Há uma tendência nos ordenamentos jurídicos estrangeiros em ampliar o campo de atuação ministerial. Dentre os países do continente americano, o Chile, a Venezuela, a Colômbia, a Costa Rica e o México adotam a ampliação dos poderes. Na Europa, cita-se como exemplo a Itália, Alemanha, Bélgica, França e Portugal;
14. Em virtude dos altos índices da criminalidade, o Brasil foi alvo de uma inspeção pelo órgão das Nações Unidas responsável pelas Execuções Sumárias Arbitrárias. A relatora responsável pelo Estudo foi Asma Jahangir. No relatório final, foi encaminhado ao governo brasileiro uma carta de recomendações. O ponto 82 do relatório recomendava o aumento das funções institucionais do Ministério Público, principalmente quanto as suas funções investigatórias;
15. Inconformada com os altos índices de criminalidade, a sociedade exige uma maior atuação estatal quanto à repressão ao crime. Após anos de evolução legislativa, o ordenamento jurídico brasileiro deu ao povo a detenção do poder estatal. Após conclusão de pesquisa, demonstrou-se a insatisfação popular com o sistema vigente. O Ministério Público ganhou o mais forte aliado nesta batalha judicial: **o povo.**

Ex positis, após crítica apurada dos argumentos contrários e demonstrados os favoráveis à atuação ministerial na fase investigatória, todos devidamente fundamentados, faz-se necessário registrar como conclusão ter o Ministério Público a legitimidade em instaurar, promover e conduzir as investigações criminais, colhendo provas e instaurando diligências. Enfim, é legítimo para colher o suficiente à formação da *opinio delicti*.

13 REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Otavio O. **Violência e crime, sociedade e Estado**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=945>>. Acesso em: 20 jul. 2004

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. Porto Alegre: FESMP/RS, 2001

BARBOSA, João Batista Machado. **Primeiras Linhas de Direito Penal**. Rio Grande do Norte: FESMP/RN, 2004 v.1

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva 1990 v.2

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRAZ, Mirele Alves. **Reflexões sobre a violência e a participação da sociedade nos novos rumos da Segurança Pública**. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2269>>. Acesso em: 20 jul. 2004.

CAMPOS, Wlamir Leandro Motta. **A investigação criminal e a batalha pelo seu monopólio**. DireitoNet, São Paulo, 08 set. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/17/13/1713/>>. Acesso em: 17 nov. 2004

CAMPOS, Wlamir Leandro Motta. **Os números da violência urbana no Brasil no século XXI**. DireitoNet, São Paulo, 09 jul. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/16/63/1663/>>. Acesso em: 20 jul. 2004

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001

_____. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no Processo Civil e Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Investigação criminal e Ministério Público**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760>>. Acesso em: 30 set. 2004

DA FONSECA, José Arnaldo. **Juizado de Instrução Criminal**. Disponível: <http://www.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/propostas_da_comissao/06_juizado_de_instrucao_criminal_ministro_jose_arnaldo.pdf> acesso em: out. 2004.

DE MENDONÇA, Anadyr. **A Corrupção no Brasil**. Revista Justilex. Brasília, ano I, n.º10. out. de 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 13º ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Direitos humanos. Relatório de Asma Jahangir confirma impunidade no país. Consultor Jurídico, 2004. Disponível em <<http://conjur.uol.com.br/textos/24645>> Acesso em 20 jul.2004

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2º ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRANÇA, Hécio; VIEIRA NETO, João. **Não pode o Ministério Público realizar investigação criminal**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 410, 21 ago. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5599>>. Acesso em: 23 ago. 2004.

GUIMARÃES, Deocleciano. **Dicionário Técnico Jurídico**. 5. ed. São Paulo: Ridel, 1999

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002 v.1

_____. **Direito Penal**. São Paulo. São Paulo: Saraiva. 2002 v.2

SALLES Júnior; ALMEIDA, Romeu de. **Inquérito Policial e Ação Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 3. ed. São Paulo: Lumem Júris, 2002

LINS, Artur de Lima Barretto. **O crime organizado: diligências investigatórias do Ministério Público**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 370, 12 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5422>>. Acesso em: 12 jul. 2004.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060>>. Acesso em: 05 jul. 2004.

MAINARDI, Diogo. A solução para o Crime. **VEJA**, São Paulo, V. 37, n.º 13

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito penal**. São Paulo: Atlas. 2001 v.1

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas. São Paulo, 2000.

- MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. **Direito Constitucional**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentário à lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998 v.1
- PONTAROLLI, André. **A violência e a ineficácia das leis**. DireitoNet, São Paulo, 28 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/15/46/1546/>>. Acesso em: 20 jul. 2004.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004
- RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RIOS, André Ricardo de Oliveira. **A narcoautoridade imperante**. DireitoNet, São Paulo, 09 out. 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/13/29/1329/>>. Acesso em: 20 jul. 2004.
- SANTOS, Eduardo Camilo Terra dos. **Lei 8.072/90 X aumento da criminalidade**. DireitoNet, São Paulo, 12 set. 2000. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/87/77/87/>>. Acesso em: 20 jul. 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004
- SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. **Direitos desumanos**. DireitoNet, São Paulo, 08 jul. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/16/59/1659/>>. Acesso em: 20 jul. 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1999
- SOUZA, Raquel Costa de. **A violência contra a mulher**. DireitoNet, São Paulo, 26 out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/48/77/487/>>. Acesso em: 20 jul. 2004.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva 2001