

MARCIO CESAR FONTES SILVA

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, A POLÍCIA
JUDICIÁRIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO**

MESTRADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO / SP**

2006

MARCIO CESAR FONTES SILVA

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, A POLÍCIA
JUDICIÁRIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO**

MESTRADO EM DIREITO

**Dissertação apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para a obtenção do título de
MESTRE em Direito Processual Penal, área de
concentração Direito das Relações Sociais, sob a
orientação do Professor Doutor Hermínio Alberto
Marques Porto.**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO / SP**

2006

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, A POLÍCIA JUDICIÁRIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

MARCIO CESAR FONTES SILVA

Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto
Presidente e Orientador
1º. Examinador

Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques
2º. Examinador

Professora Doutora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
3ª. Examinadora

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO / SP
2006

Para

**DEUS, pelo dom da vida que me destes,
sempre e sempre.**

**Ana Paula, minha adorada esposa, por seu
amor, carinho, compreensão e constante
incentivo, sempre e cada vez mais presente
em todos os momentos de minha vida.**

Meus Pais, Irmãos e Familiares, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Ao professor e orientador **Hermínio Alberto Marques Porto**, pelo empenho, dedicação, incentivo e orientação, sem os quais este trabalho não seria possível. Mais que professor e mestre, um amigo para toda a vida.

Aos professores Doutores do Programa de Estudos Pós-graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pelas valiosas lições, pelas críticas e correções, sempre em busca de aprendizado e aperfeiçoamento, todo o meu reconhecimento e gratidão: **Oswaldo Henrique Duek Marques, Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Jacy de Souza Mendonça.**

Aos digníssimos amigos e colegas **Hamilton Iribure, Roberto Ferreira, Ricardo Gouveia, André Vinícius e Luciano Santoro**, por todo o incentivo e ajuda que tornaram possível essa empreitada.

A todo o pessoal da secretaria da pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em especial ao **Rui Domingos e à Terezinha Domingos** pela dedicação e empenho a resolver os problemas de nós alunos.

Ao pessoal das bibliotecas da PUC / SP, da USP, do IBCCRIM, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal Regional Federal, pela ajuda na pesquisa.

Ao **Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)**, pela bolsa de estudos a mim confiada, sem a qual seria impossível vencer esta etapa.

Aos meus colegas pelo convívio, pela amizade e pelo aprendizado conjunto.

SILVA, Marcio Cesar Fontes. *A investigação criminal, a polícia judiciária e o Ministério Público*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. (Dissertação de Mestrado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

Orientador: Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto.

RESUMO

A monografia trata da investigação criminal, da polícia judiciária e do Ministério Público, no tocante àquela atribuição. Não há dúvida que a Constituição da República de 1988, outorgou a função investigatória criminal aos órgãos de Polícia Judiciária: Polícia Federal e Polícia Civil (estadual). Contudo, o Ministério Público tem se aventurado nesta seara, aduzindo que também possui atribuição para tanto, usando de diversos argumentos, dentre os quais: a teoria dos poderes implícitos; autorização infraconstitucional, ou seja, das leis orgânicas da instituição, porquanto não sendo a investigação criminal atribuição exclusiva da Polícia Judiciária, a Constituição não veda sua realização pelo Ministério Público; etc. Toda a pesquisa foi realizada à luz da Constituição e da legislação infraconstitucional em vigor, abordando também elementos filosóficos, históricos e jurisprudenciais. Inicialmente abordam-se os fundamentos filosóficos do ordenamento jurídico – bem comum, sociedade, justiça e direito –, vez que imprescindíveis ao seu correto entendimento e compreensão. Logo após são estabelecidas as premissas constitucionais que importam ao tema. Depois são examinados os fundamentos de existência do processo penal sob a ótica da instrumentalidade garantista. Em seguida, passa-se ao estudo dos princípios e dos sistemas processuais penais, tudo em conformidade com o desenho filosófico e constitucional traçado. Prossegue a pesquisa abordando o funcionamento da investigação criminal brasileira. Por fim, disserta-se sobre o problema da impossibilidade do Ministério Público brasileiro dirigir ou realizar diretamente investigação criminal, expondo os motivos que levam a essa conclusão, considerando-se que, apesar de não ser atribuição exclusiva da Polícia Judiciária, a Constituição, expressamente, previu as exceções. Ademais o trabalho critica a iniciativa do Ministério Público em elaborar atos administrativos, buscando usurpar função atribuída pela Constituição à Polícia Judiciária, quebrando, assim, a sistemática vigente.

Palavras-chave: investigação, criminal, polícia, ministério, público.

SILVA, Marcio Cesar Fontes. *A investigação criminal, a polícia judiciária e o Ministério Público*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. (Dissertação de Mestrado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

Orientador: Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto.

ABSTRACT

This Project deals with criminal investigation by both judicial police and Public Office in Brazil, with respect to their constitutional attribution to it. There is no doubt that the Constitution of the Republic attributed this function to the organs of Judicial Police, namely Federal and Civil (State) Police, in 1988. Nevertheless, the Public Office has ventured in this field, stating that they also have attributions, using various arguments, among them the theory of implicit powers, subconstitutional empowering, that is, the organic laws of the institution, since criminal investigation is not a exclusive attribution of Judicial Police, the Constitution does not forbid its carrying out by the Public Office. The whole project was done in the light of the Brazilian Constitution and subconstitutional current legislation, with reference to philosophy, history and jurisprudence. Initially, we tackle with a philosophical foundation of legal ordering –the common good, society, justice and law, as they are basic for a correct understanding of the issue at stake. Next we establish the relevant constitutional premisses. Then we examine the founding of existence of penal process from the point of view of the instruments of right ensuring. After that we study the principles and penal procedural systems, within our philosophical and constitutional design. The research then moves to the functioning of criminal investigation in Brazil. Finally, we deal with the impossibility of Public Office to assume directing or directly performing criminal investigation, through the reasons that lead us to that conclusion, and considering that, in spite of not being an exclusive function of Judicial Police, the Constitution expressly foresees exceptions. The project also presents a critical view of the Public Office initiative in elaborating administrative acts, which represents an attempt to take over a function that the Constitution of Brazil attributes to Judicial Police, and a breaking of the current system in use.

Key words: investigation, Judicial Police, Public Office.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
Capítulo I	
BEM COMUM, SOCIEDADE, JUSTIÇA E DIREITO	
1.1 Considerações iniciais	14
1.2 O bem comum e a natureza humana	14
1.3 O homem como ser social	16
1.4 Bem comum e sociedade	19
1.5 Bem comum, justiça e direito	21
Capítulo II	
A SÍNTESE CONSTITUCIONAL NECESSÁRIA	
2.1 Considerações preliminares	24
2.2 O Estado Democrático de Direito	25
2.3 A interpretação constitucional	35
2.4 A separação ou tripartição do Poderes (funções estatais)	38
2.5 A Constituição e suas funções	43
2.5.1 Organização do poder político	43
2.5.2 Limitação do poder	44
2.5.3 Os órgãos constitucionais e a fixação das respectivas competências	44
2.5.4 Poderes implícitos	45
Capítulo III	
FUNDAMENTO DE EXISTÊNCIA DO PROCESSO PENAL	
INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA	
3.1 Considerações preliminares	47
3.2 A instrumentalidade garantista	51
3.2.1 A exclusividade do direito de punir estatal e do processo penal	51
3.2.2 Direito penal como limite ao poder estatal (direito penal garantista)	53
3.2.3 A instrumentalidade processual penal	54
3.2.4 O garantismo e o processo penal	55
3.2.5 Instrumentalidade garantista e Estado Democrático de Direito	60

Capítulo IV

DOS PRINCÍPIOS E SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS SISTEMATIZAÇÃO COM CONGRUÊNCIA VALORATIVA

4.1 Considerações preliminares: sistematização coerente com a pauta valorativa	62
4.2 Sistemas persecutórios penais	64
4.2.1 O processo penal na Grécia	65
4.2.2 O processo penal em Roma	65
4.2.3 O processo penal entre os germânicos	66
4.2.4 O processo penal canônico	67
4.2.5 O sistema inquisitivo nas legislações laicas	67
4.3 Sistemas de processo penal	68
4.4 Sistema processual penal brasileiro	69
4.5 Sistemas de investigação criminal quanto ao órgão encarregado	72
4.5.1 Investigação criminal policial	72
4.5.2 Investigação criminal judicial	75
4.5.3 Investigação criminal ministerial	79

Capítulo V

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

5.1 Considerações preliminares	86
5.2 Polícia e poder de polícia	87
5.2.1 Conceito de polícia	87
5.2.2 Poder de polícia	87
5.2.3 Breve histórico da investigação criminal	88
5.2.4 Sistemas de atos policiais de processo criminal	94
5.2.4.1 Sistema político	94
5.2.4.2 Sistema jurídico	95
5.2.4.3 Sistema eclético	95
5.2.4.4 Sistema histórico	95
5.2.4.5 Sistemas predominantes na evolução legislativa pátria	96
5.3 Atividade policial: polícia judiciária x polícia administrativa	96
5.4 Investigação criminal	103
5.4.1 Considerações iniciais	103
5.4.2 Inquérito policial: breve histórico e conceito	104
5.4.3 Autonomia e instrumentalidade	108

5.4.3.1 Autonomia do inquérito policial	108
5.4.3.2 Instrumentalidade do inquérito policial	109
5.4.4 Fundamento de existência	110
5.4.5 Características do inquérito policial	111
5.4.6 Inquérito policial: peça meramente informativa?	113
5.4.7 Inquérito policial: responsável por sua realização	113
5.4.8 Modos de iniciação do inquérito policial	114
5.4.9 Inquérito policial: direito de defesa e contraditório	115
5.4.10 Validade das provas colhidas no inquérito policial para condenação do réu	117
5.4.11 Arquivamento do inquérito policial: súmula 524, STF x art. 18, CPP	117
5.4.12 Outras investigações criminais	120
5.4.13 A vítima no inquérito policial	120
5.5 Síntese conclusiva	123

Capítulo VI

O PRETENSO PODER INVESTIGATÓRIO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

6.1 Considerações preliminares	124
6.2 A competência para realizar investigação criminal	128
6.3 A teoria dos poderes implícitos (<i>Implied Powers Theory</i>)	133
6.4 O “quem pode o mais, pode o menos” (?)	135
6.5 Função legiferante do Ministério Público de São Paulo	145
6.6 Outros posicionamentos contrários à investigação criminal direta pelo Ministério Público	154
6.7 Conseqüência da declaração da inconstitucionalidade da realização de investigação criminal pelo ministério público	172

Capítulo VII

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA REFORMA PROCESSUAL PENAL PROJETADA

7.1 Brevíssimas considerações	173
CONCLUSÃO	176
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	179

INTRODUÇÃO

O direito processual penal é um poderoso instrumento estatal, a serviço da sociedade como um todo e dos indivíduos que a integram, se consubstanciando numa forma de regramento que disciplina o direito de punir do Estado. Pretende o direito penal regular a vida em sociedade, apenando aquelas condutas que destoem do esperado pela comunidade. Assim, o processo instrumentaliza, vale dizer, estabelece as regras através das quais o Estado, e a sociedade que este representa, pode infligir uma pena.

Destarte, a pesquisa começa pelo estabelecimento dos alicerces da temática, cujo objeto da pesquisa é a investigação criminal, sua titularidade pelos órgãos de Polícia Judiciária e a possibilidade ou não do Ministério Público realizar aquela atividade diretamente. Assim, aborda-se inicialmente a questão do bem comum, da natureza social do homem e da necessidade do estabelecimento do Direito, como forma de ordenamento da vida social, informado pelo valor Justiça.

A delimitação do objeto inicia-se no segundo capítulo e se prolonga por toda a exposição. Desse modo, estuda-se os princípios constitucionais que baseiam não só o estudo do direito processual penal e da investigação criminal em si, mas todo e qualquer ramo do direito. Claro que a linha de pesquisa faz com que o enfoque do sistema constitucional se aproxime mais da seara criminal.

Após os citados aportes filosóficos e constitucionais, aborda-se a instrumentalidade garantista como fundamento de existência do direito processual penal, em consonância com o ideal estabelecido metajuridicamente e com o desenho constitucional vigente, mormente frente ao princípio maior do Estado Democrático de Direito e ao princípio informador dos direitos e garantias individuais, qual seja: a dignidade da pessoa humana.

Em seguida, abordam-se os princípios e os sistemas processuais penais, inclusive faz-se uma breve digressão histórica sobre estes sistemas. Parte-se da idéia do Estado Democrático de Direito como valor norteador do ordenamento jurídico e, então, investiga-se os sistemas processuais existentes, a fim de determinar, com exatidão e coerência com aqueles princípios e valores, qual é o sistema processual brasileiro.

Logo a seguir, enfrentam-se os sistemas de investigação criminal quanto ao órgão encarregado de realizá-la ou dirigi-la, inclusive buscando-se mostrar as vantagens e

desvantagens de um sobre o outro, e para, no correr da explanação, demonstrar, cabalmente, que o sistema adotado pelo direito brasileiro é o da investigação criminal policial.

Passa-se então a examinar-se mais detidamente a investigação criminal no Brasil. Fixa-se conceitos, características, fundamentos, enfim, disserta-se sobre o funcionamento como um todo da investigação criminal, em conformidade com o panorama filosófico, constitucional e legal evidenciado. Alude-se na explanação, outrossim, comentários a cerca de temas que dizem respeito diretamente aos direitos e garantias individuais, mormente o direito de defesa.

Após passa-se à problematização que envolve o objeto do presente trabalho, procurando-se colocar as posições antagônicas existentes sobre a possibilidade da realização direta da investigação criminal pelo Ministério Público e da usurpação da atribuição constitucional da Polícia Judiciária, titular, exime de dúvida, da apuração das infrações penais.

De forma dialética, procura-se contrapor as vertentes conflitantes, trazendo seus principais argumentos – fáticos, legais, doutrinários e jurisprudenciais – sem olvidar de se posicionar frente a cada um deles, com o objetivo de se chegar a uma síntese conclusiva satisfatória e condizente com os fundamentos, previamente e ao longo de todo o texto, estabelecidos.

Nesse ínterim, ameaham-se as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema em questão, inclusive preferindo-se aquelas mais longas e abrangentes, dado a impossibilidade de colacionar todos os posicionamentos sobre o problema, mormente aqueles que repetitivos. Traz-se, assim, ampla doutrina constitucional e processual penal para embasar a impossibilidade da investigação criminal direta pelo órgão do Ministério Público, porque não condizente com o sistema posto, afrontando a Constituição, a legislação infraconstitucional, os princípios e valores informadores do ordenamento, rompendo a harmonia e a coerência de toda a sistematização.

Analisa-se, também, a questão da regulamentação dos pretensos poderes investigatórios criminais do Ministério Público do Estado de São Paulo, através da edição de atos administrativos, em franco descompasso com o ordenamento jurídico pátrio. Neste diapasão, critica-se, com veemência e com base em doutrinadores de escol, alguns dos dispositivos mais achacantes dos referidos atos.

Em seguida, faz-se uma breve incursão sobre o projeto de reforma processual penal que pretende alterar a investigação criminal, trazendo inclusive as razões que levaram a

comissão de reforma nomeada, presidida pela insigne ADA PELLEGRINI GRINOVER, a adotar as modificações que pretendem ser realizadas.

Por fim, após todo o desenvolvimento do trabalho, com o estabelecimento de alicerces que fundamentaram a discussão do problema, chega-se à conclusão. Completa ainda a organização do trabalho a bibliografia, onde são apontados os trabalhos doutrinários que foram consultados com a finalidade de referendar as posições tomadas no curso da pesquisa.

Apesar de não ter a pretensão de esgotar o tema proposto e ventilado, espera-se ter contribuído para o aprimoramento do pensamento jurídico e das discussões que certamente ainda virão, principalmente em face da continuidade pelo Supremo Tribunal Federal do julgamento de rumoroso caso em que a questão central do presente trabalho é debatida.

Capítulo I

BEM COMUM, SOCIEDADE, JUSTIÇA E DIREITO

SUMÁRIO: 1.1 Considerações iniciais. 1.2 O bem comum e a natureza humana. 1.3 O homem como ser social. 1.4 Bem comum e sociedade. 1.5 Bem comum, justiça e direito.

1.1 Considerações iniciais

Necessário se faz trazer a lume, ainda que brevemente, a questão do “bem comum”, buscando estabelecer seu conteúdo e, por conseqüência, sua definição, assim como sua interconexão com a “Justiça” e o “Direito” frente à “sociedade” e ao “indivíduo”. Outrossim, não se pode descurar que o estudo do bem comum deve ser feito em conformidade com os predicados fundamentais da natureza humana: racionalidade, liberdade e sociabilidade.

1.2 O bem comum e a natureza humana

Etimologicamente, em seu sentido *ético*, o verbete “bem” significa qualidade atribuída às condutas humanas que lhe confere um caráter moral, qualidade esta anunciada subjetivamente como sentimento de aprovação, de dever frente à determinada sociedade, ou de modo absoluto, em qualquer tempo e lugar, quer para grupo determinado ou pessoa. Também pode significar “austeridade moral” ou “virtude” quando se assevera, por exemplo, que o homem tem uma disposição inata para fazer o bem.¹

Segundo DE PLÁCIDO E SILVA o substantivo “bem”, expressa “tudo aquilo que é bom, tudo aquilo que se mostra útil a uma pessoa ou à coletividade, que lhe é vantajoso ou agradável”.² Neste sentido, o bem é tudo o que corrobora com a existência humana de modo construtivo.³

O vocábulo “comum” quer dizer aquilo “que pertence ao mesmo tempo a vários sujeitos”, no sentido de comunhão, de união, entre dois ou mais indivíduos para a consecução

¹ Nesse sentido: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 286; p. 848-849.

² DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 17. ed., rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 118.

³ Nesse sentido: SILVA, Marcio Cesar Fontes; IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. “Bem comum”. *Revista dos Tribunais*. V. 843, ano 95, janeiro de 2006, p. 732.

e fruição de algo;⁴ o “que pertence a dois ou mais de dois, à maioria ou a todos os seres ou coisas”.⁵

De se notar que nos enunciados supra, o termo bem está absoluta e intimamente ligado à natureza humana. Só ao homem é dada a aptidão de ver, conhecer e fazer (ou não) o bem. Isso porque o ser humano é, em essência, *racional* e *livre*. A inteligência e a liberdade são, destarte, atributos fundamentais da pessoa humana.⁶

É através da “razão” que o homem pode conhecer o bem e o mal, o verdadeiro e o falso, distinguindo-os, além de poder identificar os valores das coisas. Baseando-se em seu conhecimento, ainda que falho ou imperfeito, o homem pode através da sua liberdade determinar-se, formar opiniões e fazer opções, atuar ou não de um ou de outro modo, conforme suas convicções.⁷

Dessa forma, por exemplo, ele pode ver e compreender o bem, mas optar por outro caminho, que certamente pode conduzi-lo ao mal e à sua ruína, uma vez que, devido à sua *finitude*, sua limitação não apenas existencial, mas principalmente intelectual, sua liberdade e, por conseguinte, suas escolhas podem restar comprometidas.⁸

Nesse sentido é a lição de CARLOS LINS que aduz que o homem é um ser sujeito ao princípio da finalidade, segundo o qual “todo agente age em função de um fim” e o fim do homem é se dirigir à sua perfeição.⁹ O homem é “potência”, por que é capaz de se aperfeiçoar, de construir sua existência.¹⁰

Apenas o homem é um *ser que deve ser*, que deve fazer-se, que deve aperfeiçoar-se, porque somente ele pode ser mais do que é, realizando-se ontologicamente e, neste diapasão, partindo do nada ao absoluto.¹¹ Os demais seres, diferentemente do homem, agem impelidos somente pela causalidade, segundo leis básicas naturais das quais não pode desvencilhar-se.¹²

⁴ LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Tradução de Fátima Sá Correia, Maria Emília V. Aguiar, José Eduardo Torres e Maria Gorete de Souza. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 177.

⁵ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 780-781.

⁶ Nesse sentido: SILVA, Marcio; IRIBURE JUNIOR, 2006, p. 732. Aduzem os autores ainda que: “O animal, diferentemente do ser humano, age por instinto, por um impulso que lhe é inato, sem qualquer razão ou capacidade de discernimento entre bem e mal. Apenas age em conformidade com a lei natural que o programou e com a contingência da situação em que estiver. Assim, por exemplo, se diante de uma presa em potencial e faminto ataca. Caso esteja saciado a deixa seguir seu caminho. Ao deparar-se com um predador foge e caso não consiga fazê-lo luta por sua sobrevivência”.

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ Nesse sentido: FORNACIARI JUNIOR, Clito. “Noção de bem comum”. *Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n. 9 (1 e 2), 1980, p. 143 e 144.

⁹ BANDEIRA LINS, Carlos Francisco B. R. Breves reflexões acerca do bem comum. *Revista Justitia*. v. 95, ano XXXVIII, 4. trimestre, São Paulo, 1976, p. 55.

¹⁰ Nesse sentido: SILVA, Marcio; IRIBURE JUNIOR, 2006, p. 733.

¹¹ MENDONÇA, Jacy de Souza. “Ser e dever ser jurídico”. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: LEUD, 1983, p. 183-185.

¹² BANDEIRA LINS, 1976, p. 55.

Só faz o que pode fazer, age por agir, por instinto, apesar de dentro das suas limitações, de sua contingência, ser apto a desenvolver-se. O Absoluto, o Ser Supremo, Deus, também não pode ser nada mais além do que é. Ele é pleno, não há o que aperfeiçoar. Assim, não há margem para contingência, porquanto não Lhe é possível fazer o mal, só o bem.¹³

Em breve síntese atesta-se que cada pessoa é livre para escolher o caminho de seu desenvolvimento, segundo seu discernimento (que é próprio e único). Assim, Lhe é proporcionada a possibilidade de “realizar o mal que não quer e não o bem que deseja” – Carta de São Paulo aos Romanos (Capítulo 7, versículo 15) –, de realizar ou não as determinações de sua natureza, de atualizar ou não suas potencialidades, por sua livre vontade.¹⁴

1.3 O homem como ser social

Além da racionalidade e da liberdade como predicados fundamentais, o ser humano é um *ser social*. A sociabilidade é, assim, uma das propriedades essenciais do ser humano. Faz parte de sua natureza ser sócio, estar junto ao outro e com ele, em função de si mesmo e do outro, construir sua existência.¹⁵

Aliás, a história humana, desde as mais remotas eras, traduz a certeza de que a dependência recíproca é uma lei constitutiva da natureza do homem.¹⁶ Isto pode ser visto tanto em registros bíblicos¹⁷ como em estudos paleo-antropológicos.¹⁸ Ao fazê-lo, o ser humano não apenas realiza seu próprio bem, mas também o do próximo.

¹³ Nesse sentido: SILVA, Marcio; IRIBURE JUNIOR, 2006, p. 734.

¹⁴ MENDONÇA, Jacy de Souza. “Fundamentos ontológicos do imperativo jurídico”. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: LEUD, 1983, p. 164. Em conformidade com a lição de Bandeira Lins, 1976, p. 55: “O homem, ser livre, aspira também à perfeição, por força de uma impulsão moral, e sua liberdade mais não é do que o poder de atingir, por resolução própria, sua perfeição, ou de, por resolução própria, afastar-se dela”.

¹⁵ Nesse sentido: SILVA, Marcio; IRIBURE JUNIOR, 2006, p. 735.

¹⁶ Nesse sentido a lição de TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. Tomo 2. São Paulo: Max Limonad, 196(?), p. 399-400, para o qual: “O estado social é o estado de natureza do homem”.

¹⁷ Segundo estes, a primeira sociedade da qual se tem notícia foi constituída de um homem e de uma mulher, Adão e Eva, nossos *protoparentes*, cuja origem remonta aos primórdios da criação, conforme é relatado na Bíblia: Deus disse que não era bom que o homem ficasse só e resolveu dar-lhe uma ajuda que Lhe fosse adequada, uma companhia. Então, Deus mandou ao homem um profundo sono e, enquanto ele dormia, tomou-lhe uma costela. E da costela que tinha tomado-lhe, Deus fez uma mulher e levou-a para junto do homem (Bíblia Sagrada, Gênesis Capítulo 2, versículo 18). A partir deste momento, o homem passou a viver em comunidade e, desde então, deixou de viver e de operar isoladamente. Doravante tudo que o homem fez de bom, o fez em função do bem comum, em benefício não só de si, mas da comunidade da qual ele é membro.

¹⁸ Segundo estes, os diversos sítios arqueológicos encontrados, inclusive pinturas (ou gravuras) rupestres, demonstram que o homem e seus ancestrais pré-históricos viviam em grupos, pequenas sociedades, a fim de se proteger, de caçar e de se alimentar. Em suma: de mais facilmente perpetuarem-se na existência.

Os registros, estudos e fatos supracitados demonstram que a condição fundamental para que os homens consigam atingir grande parte de seus bens é a de associarem-se entre si. Certo e incontestável que o homem é um ser imperfeito, não auto-suficiente, pois não basta a si próprio. Para realizar-se e atingir muitos dos seus fins, ele precisa completar-se através de seus semelhantes. Essa é uma lei constante, válida em todos os tempos e lugares.¹⁹

Atua, assim, conjunta e solidariamente com o outro, para si e para o outro, realizando-se em comum, ou seja, na busca comum do seu próprio bem e do bem do outro. O ser humano é sócio por natureza, pois a união de todos em torno de fins comuns que lhes são inerentes, do bem comum a realizar, é a causa eficiente e o objetivo da vida em sociedade.²⁰ Na esteira de LUÑO PEÑA, tem-se que “o bem comum do homem resulta de elementos complexos, correspondendo a um reflexo e imagem de sua própria natureza”.²¹

Daí a exatidão da afirmação segundo a qual o bem comum é um caminho, um elemento indispensável para a realização do bem particular. O ser humano, enquanto membro da sociedade, realizando o bem comum, realiza mais facilmente seus próprios fins.²²

Segundo o pensamento de LACHANCE, citado por LUÑO PEÑA, se a perfeição do homem é a razão de ser da sociedade, isso resulta que o bem comum que esta persegue está apto a produzir o desenvolvimento das potências e atividades humanas.²³ “A sociedade é um meio para alcançar um fim que lhe é transcendente: o bem comum”.²⁴

Neste diapasão, o homem, diferentemente dos animais, cuja existência segue um determinismo rígido, não é apenas um ser, mas um “dever-ser” que a razão e a vontade devem realizar. O homem deve construir sua existência e, ao fazê-lo, realiza uma situação de ordem humana, com liberdade e expressão de sua racionalidade.²⁵

O homem tem uma inclinação natural para colaborar na ordem que vê ao seu redor e em si próprio, como parte dela que é. Tem, deste modo, aptidão para transformar o convívio gerado causalmente, em um convívio estruturado e ordenado em função de fins racionalmente descobertos. O convívio em que se encontrava, regido pela lei da causalidade, transforma-se

¹⁹ TELLES JÚNIOR, 196(?), p. 399.

²⁰ Nesse sentido: BANDEIRA LINS, 1976, p. 55-56; MENDONÇA, Ser e dever ser jurídico, 1983, p. 185.

²¹ LUÑO PEÑA, 1961, p.183-184. (Tradução livre do autor)

²² Idem, ibidem. No mesmo sentido TELLES JÚNIOR, 196(?), p. 415, afirma que cada pessoa deve subordinar-se ao todo social. Porém, e é importante que se frise, a sociedade deve subordinar-se ao bem do homem como meio para atingir um certo fim. A sociedade serve ao homem, é instrumento a serviço da pessoa humana. O homem é o principal, enquanto ser individualmente considerado. A sociedade, nesse diapasão, existe como condição para realização e aperfeiçoamento do ser humano, porque o homem é criado à imagem e à semelhança de Deus, não a sociedade.

²³ LUÑO PEÑA, 1961, p. 184.

²⁴ Idem, ibidem.

²⁵ CÂMARA, Armando. Gênese do conceito de justiça. *Obras Escolhidas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 68.

num convívio em que ele deve estar, regido agora pela lei da finalidade. Em outras palavras: da ordem causal e determinada surge uma ordem finalística e livre.²⁶

Segundo GOFFREDO TELLES JÚNIOR, a sociedade é *natureza* e é *contrato*. É natureza porque surge naturalmente (porque é da natureza humana inclinar-se para a vida social). Mas também é contrato porque viver em sociedade é expressão da vontade humana constituída e voltada à realização de determinados fins.²⁷

Em conformidade com o ensinamento de CARLOS LINS, a razão e a história mostram a variedade de sociedades humanas, cada uma com seu bem comum a realizar, cada uma distinta das outras em função dos fins que buscam.²⁸ Cada grupamento se reúne em torno de uma idéia para a consecução de um bem – causa final da associação – que não pode ser realizado isoladamente.²⁹

Primeiramente o homem encontra-se agregado à sua família e numa comunidade política, dois vínculos sociais necessários, correspondentes imediatos de sua natureza íntima, posto que ele não escolhe a família, tampouco o Estado onde quer estar.³⁰ Após este estágio inicial, ao aprimorar sua capacidade intelectual, torna-se apto a distinguir os fins comuns dos indivíduos que o cercam. Assim o homem livremente agrega-se a outros homens, forma sociedades diversas, umas menores e outras maiores, com fins e interesses próprios, todas inseridas no bojo social maior, o Estado (sociedade politicamente organizada).³¹ A sociedade é, desse modo, uma “realidade de ordem” nas relações entre seres humanos, em face de um “fim comum”.³²

Segundo TELLES JÚNIOR a sociedade é a “união ética de seres humanos, em busca de fins comuns”. E continua: “Predisposto por sua natureza e conduzido por sua vontade, o homem normal vive com seus semelhantes. (...) A sociedade não há de ser, evidentemente, um simples agregado material de indivíduos. Viver em sociedade não é ficar uns ao lado dos outros, como os paus de um monte de lenha. A sociedade é uma multidão organizada, onde

²⁶ CÂMARA, Armando, 1999, p. 69-70. Outrossim, assevera-se que a sociedade é uma unidade ética, um organismo ético, pois constitui um todo harmônico, cujas partes, agindo livremente, se completam, e criam um ambiente propício ao aperfeiçoamento de cada uma. TELLES JÚNIOR, 196(?), p. 414-415.

²⁷ O autor ainda aduz que, todavia, a sociedade não constitui uma necessidade absoluta para o homem, que, excepcionalmente, pode prescindir da sociedade para atingir seus fins (por exemplo, os eremitas). TELLES JÚNIOR, 196(?), p. 400-401.

²⁸ BANDEIRA LINS, 1976, p. 56.

²⁹ TELLES JÚNIOR, 196(?), p. 417-419.

³⁰ PAULO VI. *Constituição Pastoral Gaudium et Spes sobre a Igreja no mundo de hoje*. n. 276. Petrópolis: Vozes, 1974, p. 30.

³¹ FORNACIARI JUNIOR, 1980, p. 146.

³² Nesse sentido: SILVA, Marcio; IRIBURE JUNIOR, 2006, p. 739.

uns suprem o que aos outros falta, e todos em conjunto realizam o que nenhum, isoladamente, poderia conseguir”.³³

Nesse sentido aduz MARIA CÂMARA que “a idéia de bem comum refere-se à existência humana e diz respeito à vida do homem em sociedade”.³⁴ A sociedade, como visto supra, não existe por si só e para si, mas pelo homem que é seu substrato real, que lhe dá forma e corpo, que é sua razão de existir.³⁵

O indivíduo, todavia, não deve sacrificar-se pela sociedade, nem esta por aquele. Nada disto deve ser cogitado. O indivíduo não deve desistir de seu bem próprio pelo bem comum, nem este deve se subsumir àquele. Indivíduo e sociedade, bem particular e bem comum não se anulam; complementam-se harmoniosamente, porque os fins do indivíduo e os da sociedade não se opõem, eles se completam. É claro que o bem de uma pessoa não é igual ao de outra, nem bem particular é o mesmo que bem comum, mas entre eles não há qualquer oposição ou conflito.³⁶

1.4 Bem comum e sociedade

Apesar da imperfeição nata, da carência ontológica que lhe é inerente, não há ser vivo superior ao homem o qual, por força de sua *dignidade*, possui *direitos intangíveis, inalienáveis e impostergáveis*.³⁷

Entre os extremos do individualismo – para o qual a sociedade não passa de mera ficção – e o coletivismo (totalitarismo) – para o qual a sociedade representa a realidade total e única –, passando pelo materialismo que reduz o “ser” ao “ter” e em oposição a estas concepções³⁸, conclui-se pelo “caráter simultaneamente personalista e comunitário do bem comum”.³⁹

Nessa linha de raciocínio e com base no pensamento de SANTO TOMÁS DE AQUINO, enuncia ANDRÉ FRANCO MONTORO que o bem comum é o bem de uma comunidade real, de

³³ TELLES JÚNIOR, 196(?), p. 401.

³⁴ CÂMARA, Maria Helena F. da. Bem comum. *Revista Forense*, v. 327, jul.-ago.-set. 1994, p. 297.

³⁵ MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*. Tradução de Alceu Amoroso Lima. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959, p. 35. No mesmo sentido: SILVA, Marcio; IRIBURE JUNIOR, 2006, p. 742.

³⁶ BANDEIRA LINS, 1976, p. 58-59. O autor ainda afirma que se atingindo o bem comum, mais facilmente serão atingidos os bens particulares (p. 60).

³⁷ Idem, p. 60.

³⁸ Para uma leitura mais aprofundada sobre as teorias do bem comum, recomenda-se: SILVA, Marcio; IRIBURE JUNIOR, 2006, p. 739-747.

³⁹ Ou *personalismo humanista* como prefere BANDEIRA LINS, 1976, p. 61. Nesse mesmo sentido MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 224, segundo o qual: “Em oposição a esses extremos, uma análise objetiva da realidade nos leva a afirmar o caráter, ao mesmo tempo comunitário e pessoal, do bem comum”.

um todo do qual a pessoa é parte. Assim, a pessoa está para a comunidade, como a parte está para o todo. Todavia o homem não é mero componente desse todo, não estando totalmente subordinado aos ditames da comunidade, pois conserva o caráter absoluto de sua personalidade, seu “núcleo interior”.⁴⁰

FRANCO MONTORO define o “bem comum” como sendo, simultaneamente, “o fim da sociedade, a finalidade última de toda lei e o objeto da justiça social”. Explica que os homens, para viver e se aperfeiçoar participam de diversas sociedades: família, escola, trabalho, clube, religião, etc., cada qual com um bem comum, ou seja, o bem daquela comunidade de pessoas. E conclui que o bem comum “consiste, fundamentalmente, na vida *dignamente humana da população*” (Grifo nosso).⁴¹

Segundo SANTO TOMÁS DE AQUINO pode-se distinguir no conteúdo do bem comum três espécies de bens distintas:⁴²

1º - essência do bem comum – consiste na vida dignamente humana da população (boa qualidade de vida, ou *welfare state* dos anglo-saxões).⁴³ Vive-se dignamente, quando é possível desenvolver suas faculdades naturais e exercer as virtudes humanas como amizade, cultura, etc.

2º - instrumento do bem comum – consiste nos bens materiais, necessários à dignidade da pessoa humana, como habitação, saúde, educação, alimentação, transporte, vestuário, etc. É preciso um mínimo de bens materiais para garantir uma existência digna.⁴⁴

⁴⁰ MONTORO, 1999, p. 224. Assim é que expressões científicas, culturais ou artísticas (teoremas matemáticos, peças de teatro e obras de arte) independem da vontade da sociedade civil. Igualmente decisões personalíssimas, como a de contrair matrimônio, constituir família, de pensar de certo modo ou de abraçar determinada crença ou fé religiosa, não podem sofrer qualquer influência da coletividade. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembléia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, aduz: Artigo 12 - Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei. Artigo 16 - I) A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. II) O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. III) A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado (note-se que este inciso fala em “proteção” da sociedade e do Estado, não em intromissão ou interferência). Artigo 18 - Toda a pessoa tem direito de pensamento, de consciência e de religião. No mesmo sentido, a Constituição da República, de 05 de outubro de 1988, em seu artigo 5º, incisos IV, VI e IX.

⁴¹ Idem, p. 219-220.

⁴² Idem, p. 221.

⁴³ Artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988, traz como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana.

⁴⁴ Nesse sentido o Artigo 3º, da Carta de 1988 dispõe que: “Constituem *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil: I - construir uma *sociedade livre, justa e solidária*; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*; IV - promover o *bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (Grifo nosso)

3º - condição do bem comum – é a paz, ou seja, um mínimo de unidade, tranqüilidade e segurança, a fim de garantir a existência e a sobrevivência da sociedade.⁴⁵

Em apertada síntese, conforme o pensamento tomista, para que uma sociedade realize o bem comum deve a mesma assegurar um mínimo de bens materiais, um mínimo de liberdade e condições sócio-culturais para uma existência digna, num ambiente pacífico e estável.⁴⁶

1.5 Bem comum, justiça e direito

Afirma ARMANDO CÂMARA que na “ordem humana” (sociedade) há, necessariamente, “liberdade e razão”. É a razão que descobre os fins e é a liberdade que consente em realizá-los. O “valor” que informa esta “ordem humana” deve ser a “justiça”, para que se realize o “bem comum”. Assim, o homem elabora regras de convivência, um ordenamento jurídico que o encaminha, juntamente com seus consorciados, na direção de seu fim último: sua perfeição, sua plenitude. E conclui: “Assim, o homem faz regras e normas que são precipitados psicológicos da idéia de justiça”.⁴⁷

O ser humano é dinâmico. Desenvolve-se intelectual e espiritualmente. Sua noção do bem comum também se modifica. Assim, guiado para a realização daquele e, em conseqüência, de seu próprio bem, ele se aperfeiçoa e atualiza também as normas que regulam e ordenam o convívio social em função daquela finalidade. Após o nascimento da norma advém o surgimento da autoridade para interpretar e aplicar a norma oriunda do convívio social com vistas ao fim comum. A normatividade, o regramento, o “direito” visa garantir a existência e a sobrevivência do grupo, em conformidade com o bem comum que é buscado.⁴⁸

A norma justa é aquela que coaduna as ações dos partícipes do convívio social ao bem comum; que satisfaz as exigências do bem comum e de sua perpetuação. O valor implícito nestas normas e nelas expressados é a “Justiça”. Conforme aduz ARMANDO CÂMARA: “O Direito é a objetivação da Justiça, é a Justiça objetivada”.⁴⁹

⁴⁵ Assim os artigos 5º, *caput*, e 144 da Constituição da República.

⁴⁶ MONTORO, 1999, p. 222.

⁴⁷ CÂMARA, Armando, 1999, p. 71-72. Onde houver uma sociedade, por menor e mais simples que seja, espontaneamente há que surgir regras. As normas surgem como resultantes necessárias do convívio e para o convívio, para atender um fim comum, que, por sua vez, tem caráter dinâmico, demandando sempre a criação de novas normas para atender melhor as necessidades do bem comum. Aduz, no mesmo sentido, BANDEIRA LINS que é a justiça que fundamenta a sociedade, que deve nortear o estabelecimento das regras de convivência visando sempre o bem comum dos cidadãos (Ob. cit., 1976, p. 61-62).

⁴⁸ SILVA, Marcio; IRIBURE JUNIOR, 2006, p. 749-750.

⁴⁹ CÂMARA, Armando, 1999, p. 73-74.

Ao fixar normas, o legislador não deve ter em vista apenas a sociedade, mas também a realização dos fins dos indivíduos que a compõem. Claro que se deve elaborar normas visando a conservação do grupo, pois sua destruição acarretaria a não consecução do bem comum e, por conseguinte, do bem do indivíduo. Daí poder-se concluir que tudo que for contrário ao bem comum é “antijurídico” – contra o direito, contra as regras de convivência social – e, por isso, passível de punição.⁵⁰

Em contrapartida também é forçoso concluir-se que se tudo o que for “contrário” à consecução do bem comum é “antijurídico”, logo tudo o que for “conforme” o bem comum será “jurídico”. Pode-se afirmar, portanto, que a justiça é a conformidade das condutas humanas com o bem comum.⁵¹

O Direito pressupõe o fato social. Não há relação jurídica sem sociedade, pois é desta que nasce aquele. A finalidade do Direito é, por conseguinte, possibilitar e facilitar a realização do bem comum. O bem comum é elemento integrante e indissociável da idéia de justiça, na qual o direito se baseia. O direito deve realizar a ordem e favorecer a consecução do bem comum, mas sempre norteado pelo valor justiça. É dever do legislador, em conformidade com a natureza humana, visualizar o bem comum e elaborar a norma que melhor e mais facilmente conduza os integrantes da comunidade social a ele.⁵²

A norma, em cada caso concreto, deve ser prudente e sabiamente interpretada para que sua aplicação esteja sempre voltada para a realização do bem comum.⁵³ Nas palavras de ANDRÉ FRANCO MONTORO: “A Justiça está presente na elaboração da lei, na sua interpretação e na aplicação”.⁵⁴ No dizer de LUIZ LEGAZ Y LACAMBRA: “(...) sem a Justiça, não podemos definir o Direito. A Justiça é um horizonte da paisagem do Direito, horizonte que pertence à própria paisagem”.⁵⁵

É o homem, enquanto ser social, nas suas relações com outros homens, o objeto do direito.⁵⁶ É o direito, norteado pela justiça, que regra e ordena o convívio social na direção da realização do bem comum. O direito, destarte, pode ser definido como o conjunto de regras e

⁵⁰ Aqui reside um dos fundamentos que legitimam o Direito Penal como um dos meios de controle social. Com as normas e sanções penais, a sociedade visa a proteção de seus integrantes e a realização do bem comum, punindo aqueles que porventura quebrem o “contrato social”.

⁵¹ CÂMARA, Armando, 1999, p. 75-76.

⁵² SILVA, Marcio; IRIBURE JUNIOR, 2006, p. 750.

⁵³ BANDEIRA LINS, 1976, p. 62-63.

⁵⁴ MONTORO, André Franco. *Estudos de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 55.

⁵⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. *Filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1953, p. 443. (Tradução livre do autor)

⁵⁶ Neste sentido: RADBRUCH, Gustav. “O homem no âmbito do Direito”. *Revista Forense*, v. 166, ano 53, fascículos 637-638. Rio de Janeiro: Forense, jul.-ago. 1956, p. 479. Afirma o autor que: “O homem social ocupa o centro de referência do Direito. Antes de ser reconhecido na qualidade de indivíduo, o homem é pelo Direito reconhecido na qualidade de *socius*”.

normas que regula e ordena a vida em sociedade, cujo valor implícito e norteador, tanto em sua elaboração, quanto na sua interpretação e aplicação é a justiça, direcionando, por conseguinte, todas as condutas humanas ao bem comum.⁵⁷

O direito equaciona a sociedade, ao atribuir aos seres humanos, que a constituem, uma reciprocidade de poderes e de deveres ou obrigações. Assim, “o limite do direito de cada um é o direito dos outros e todos estes direitos são respeitados, por força dos deveres, que lhes correspondem”. É desse modo que o direito harmoniza a vida e assim é que só com o direito dignamente se vive.⁵⁸

A idéia de justiça integra a essência do direito. Funda o ordenamento jurídico e dá sentido às práticas do direito. “Nem sempre o Direito caminha *Pari passu* com a justiça, ainda assim ele a busca, ele nela deposita sua finalidade de existir e operar na vida social. O direito deve ser o veículo para a realização da justiça. Em outras palavras, a justiça deve ser a meta do direito”.⁵⁹ Arremata FERRAZ JR: “A justiça confere ao direito um significado de razão de existir. Diz-se, assim, que o direito deve ser justo ou não tem sentido a obrigação de respeitá-lo”.⁶⁰

O direito, por ser direito, deve expressar a justiça. Esta não pode ser realizada senão através do direito. Enquanto ideal a justiça é ineficaz, pois necessita do direito para se concretizar. O direito é, portanto, a forma através da qual a justiça se materializa e esta é, ao mesmo tempo, a inspiração e a meta do direito.⁶¹

⁵⁷ SILVA, Marcio; IRIBURE JUNIOR, 2006, p. 751.

⁵⁸ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6ª ed., anot. e atual. com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

⁵⁹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 445. Mais adiante, os referidos autores afirmam que a justiça relaciona-se com o direito em três aspectos: “1) serve como meta do Direito, dotando-o de sentido, de existência justificada, bem como de finalidade; 2) serve como critério para seu julgamento, para sua avaliação, para que se possam aferir os graus de concordância ou discordância com suas decisões ou práticas coercitivas; 3) serve como fundamento histórico para a sua ocorrência, explicando-se por meio de suas imperfeições os usos humanos que podem ocorrer de valores muitas vezes razoáveis”.

⁶⁰ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 351.

⁶¹ SILVA, Marcio; IRIBURE JUNIOR, 2006, p. 751.

Capítulo II

A SÍNTESE CONSTITUCIONAL NECESSÁRIA

SUMÁRIO: 2.1 Considerações preliminares. 2.2 O Estado Democrático de Direito. 2.3 A interpretação constitucional. 2.4 A separação ou tripartição do Poderes (funções estatais). 2.5 A Constituição e suas funções. 2.5.1 Organização do poder político. 2.5.2 Limitação do poder. 2.5.3 Os órgãos constitucionais e a fixação das respectivas competências. 2.5.4 Poderes implícitos.

2.1 Considerações preliminares

O povo brasileiro, após longo e conturbado período de regime militar, que durou mais de vinte anos e cujas lembranças ainda estavam (e estão) presentes e vivas em sua memória, ansioso por uma democracia, com liberdade e dignidade, em busca de felicidade e autorealização, elegeu, em 1986, representantes que, em conformidade com a Emenda Constitucional n. 26, de 17 de novembro de 1985, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte “livre e soberana”, viriam a elaborar e a promulgar uma nova Constituição.

Este passado recente forjou toda uma disposição de espírito nos constituintes e que permeou o texto final promulgado em 05 de outubro de 1988. Então, deste modo, houve particular preocupação em “engessar” o Poder Executivo, com a finalidade de evitar que seus integrantes tornassem a concentrar todo o poder em suas mãos.

O preâmbulo da Constituição de 1988 dispôs que o “povo brasileiro”, titular do poder que fez editar a Constituição (soberania), através de seus representantes – os parlamentares constituintes –, firmou o compromisso de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)”.

É pacífico que o preâmbulo constitucional é verdadeira “carta de intenções” do Poder Constituinte originário, o que confere legalidade e legitimidade ao documento, ao tempo em que proclama princípios e fixa as diretrizes filosóficas, políticas e ideológicas que informam o

texto da Constituição, além de demonstrar de modo inequívoco a ruptura com a ordem anterior e o surgimento jurídico do novo Estado.¹

É igualmente exime de dúvida que, mesmo não integrando a Constituição em si e, destarte, não contendo normas de valor jurídico autônomo, o preâmbulo “deve ser observado como *elemento de interpretação e integração* dos diversos artigos que lhe seguem”.² O preâmbulo, assim, não prevalece contra texto expresso da Constituição (“corpo”), mas, por delinear diretrizes que permeiam todo o texto, é uma de suas linhas mestras interpretativas.

Nesse diapasão, o artigo 1º, da Constituição, define a República Federativa do Brasil como um “Estado Democrático de Direito” e enumera, em seus incisos, os seus fundamentos.³ Segundo lição de GUERRA FILHO, todo o restante do texto constitucional deve ser entendido como uma explicitação do conteúdo da fórmula política escolhida pelo legislador constituinte: Estado Democrático de Direito.⁴

A Constituição da República elenca, não à toa, em seu Título I, os “princípios fundamentais” – não os únicos, mas certamente os de maior importância – com a finalidade precípua de advertir o intérprete que, passando pela análise daqueles, faça uma leitura adequada do restante do texto constitucional segundo “os objetivos, fundamentos e formas de convívio do Estado brasileiro estabelecidos na Lei Maior”. Assim, estabelece a Constituição da República de 1988, logo nos artigos 1º e 2º, seus fundamentos, no artigo 3º, seus objetivos fundamentais, e no artigo 4º, a forma de relacionamento ou convivência do Brasil com outros países.⁵

2.2 O Estado Democrático de Direito

A fórmula do Estado Democrático de Direito é o principal elemento caracterizador da Constituição e vetor maior de orientação para a exegese de suas normas e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico. Enquanto opção valorativa e ideológica, a fórmula política

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª ed., rev. e amp. São Paulo: Atlas, 1999, p. 45-46.

² Idem, p. 46.

³ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* e tem como *fundamentos*: I - a *soberania*; II - a *cidadania*; III - a *dignidade da pessoa humana*; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. (Grifo nosso)

⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003, p. 19.

⁵ ARAÚJO, Luiz A. David; NUNES JÚNIOR, Vidal S. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 67-69.

inserida na Constituição se apresenta como um programa de ação a ser seguido por todos os membros da sociedade.⁶

A Constituição da República, logo em sua abertura, o que demonstra sua relevância, trata em seu Título I dos “Princípios Fundamentais”. Princípio, em sentido técnico-jurídico, é um valor ou vetor, que informa todo um sistema, inspirando-o, operacionalizando-o e trazendo-lhe coerência.⁷ Neste sentido BANDEIRA DE MELLO aduz que:⁸

“(...) princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo como critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes do todo unitário que tem por nome sistema jurídico”.

Conforme ensinam ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, não se deve estudar e interpretar a Constituição de um Estado sem antes identificar os “princípios” que informam o documento. Os princípios são, nesta linha de raciocínio, as vigas mestras do ordenamento jurídico, porque estabelecem as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces do sistema de cada Estado.⁹

Neste sentido é a lição de ARI SUNDFELD:¹⁰

“Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. (...)A enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajuda no ato de conhecimento”.

Na precisa lição de CELSO RIBEIRO BASTOS, os princípios constitucionais “guardam os valores fundamentais da ordem jurídica”, porquanto “não objetivam regular situações específicas”, mas lançam “sua força sobre todo o mundo jurídico”. Os princípios não têm “precisão de conteúdo”, são abstratos mesmo, e, desse modo, sobressaem-se, “pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecida de preceitos”. E conclui: “Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas”.¹¹

Os princípios informam o caminho a ser seguido, determinam a regra que deverá ser aplicada pelo exegeta e, assim, vincula-o. Como preleciona JORGE MIRANDA:

“A ação (*sic*) mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema.

⁶ GUERRA FILHO, *Processo Constitucional (...)*, 2003, p. 20.

⁷ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 1-2.

⁸ MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 573-574.

⁹ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 58.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros Ed., 1992, p. 137.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 143-144.

E, assim, o sentido exacto (*sic*) dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tomem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente”.¹²

A democracia se presta à realização de valores de convivência humana, como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa. Assim, se mostra conceito mais abrangente do que o de “Estado de Direito”, expressão jurídica da democracia liberal. O liberalismo, ao evoluir, mostrou-se um modelo insuficiente, tornando-se mister o nascimento do conceito de “Estado Social de Direito”, este nem sempre de conteúdo democrático. Deve-se fazer uma breve explanação acerca destes dois modelos, antes de se passar ao atual e acolhido pela Constituição da República de 1988 no artigo 1º: “Estado Democrático de Direito”, conceito-chave do regime adotado.¹³

Algumas circunstâncias históricas favoreceram a afirmação e consagração da necessidade de registro em documento do “atestado de nascimento” (ou de “renascimento”) de uma organização política nova, autônoma e soberana. Esse fenômeno associou-se ao amadurecimento da sociedade em sua forma estatal, quando da ascensão, no século XVIII, do modo capitalista de produção econômica e da ideologia laica, racionalista e liberal, com suas necessidades de ampla e imparcial (ao menos aparentemente) regulamentação, adequada à organização do exercício do poder na sociedade.¹⁴

A idéia motriz para se galgar esse objetivo foi a de “contrato”, tanto do ponto de vista “macro”, como “microsocial”, já que diversos segmentos sociais se reuniram em tomo de um “pacto fundamental”, do qual a Constituição é a expressão direta, delegando poderes para que se vele por sua integridade, segurança e direitos individuais, enquanto as relações econômicas também seriam regidas pelo respeito mútuo, ao se basearem em contratos de trabalho, de compra e venda, etc.¹⁵

Observou-se, então, um fenômeno de “jurisdicização” das relações sociais em geral, que passam a ser idealizadas e formalizadas nas normas de uma ordenação cada vez mais exaustiva, até se chegar à formação de uma verdadeira dupla realidade: a do Direito, com seu caráter de “dever-ser”, ao lado da social que ele, Direito, se destina a regular.¹⁶

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. V. 2. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998, p. 198.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 112.

¹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002, p. 207.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁶ Idem, p. 208.

O “Estado de Direito” surgiu como conceito liberal e suas características básicas eram: a) submissão de todos ao império da lei, entendida esta como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto por representantes dos cidadãos; b) separação de poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de forma independente e harmônica; c) enunciado de direitos e garantias individuais. Estes postulados continuam a ser aplicados ainda hoje como conquista da civilização liberal, que serviu de apoio aos direitos do homem, não mais meros súditos, mas cidadãos livres.¹⁷

JOSÉ AFONSO DA SILVA anota que o conceito original de Estado de Direito foi vítima de concepções deformadoras, mormente por que “seu significado depende da própria idéia que se tem do Direito”. Com base em CARL SCHMITT aduz que o “Estado de Direito” pode ter tantos significados quanto a palavra “direito”. Assim, há Estados de Direito feudal, burguês, social, etc., conforme o direito natural, racional e histórico. Ainda segundo o autor, a concepção de jurídica de Kelsen também serviu à deformação do conceito de Estado de Direito, pois para este, “Estado” e “Direito” eram conceitos idênticos e, na medida que os confundiu, automaticamente, todo Estado tornou-se Estado de Direito. E conclui:

“Como, na sua concepção, só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma idéia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais”.¹⁸

Tal doutrina, em verdade, converte Estado de Direito em Estado Legal. Se o Direito se confunde com “mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (...), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial”.¹⁹

O Estado de Direito e o liberalismo produziram tremendas injustiças, por seu individualismo e abstencionismo exacerbados, o que redundou em diversos movimentos sociais no século XIX. Amoldou-se, então, como Estado “material” de Direito, pretendendo realizar a “justiça social” e, assim, corrigindo o individualismo liberal através da afirmação dos chamados “direitos sociais”, compatibilizando o modo de produção capitalista com a consecução do bem comum, típico do *Welfare State*. Contudo, na expressão Estado Social de Direito, o termo “social” também pode ter concepções e interpretações das mais diversas. Tanto que embasou a Alemanha nazista, a Itália fascista e o Brasil da era Vargas (1930-1945), Estados esses totalitários e ditatoriais.²⁰

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 112-113.

¹⁸ Idem, p. 113-114.

¹⁹ Idem, p. 114-115. Também nesse sentido: JUNQUEIRA, 2004, p. 2-3.

²⁰ SILVA, *Curso de Direito (...)*, 2002, p. 115-117.

O Estado Democrático, por seu turno, funda-se no princípio da soberania popular, que pressupõe a participação efetiva do povo na Administração Pública e a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. Toda a sociedade participa dos mecanismos de controle das decisões e dos rendimentos da produção.²¹

O surgimento da fórmula do Estado Democrático de Direito ocorreu justamente nas sociedades européias, no período pós-Segunda Guerra Mundial, quando da “falência tanto do modelo liberal de Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa”, sobretudo o fascismo e o nazismo.²²

O Estado Democrático de Direito, proclamado e fundado pela Constituição brasileira de 1988 no artigo 1º, denota a irradiação dos “valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”.²³ Assim, o Direito ajusta-se ao interesse coletivo. O Estado Democrático de Direito pretende superar o Estado capitalista e promover a real justiça social, por meio do exercício da cidadania e fundado na dignidade da pessoa humana.²⁴

O Brasil não é simplesmente um Estado de Direito, mas “Democrático” e “de Direito”. O que significa entender a “incorporação de todo o povo no mecanismo de controle das decisões e da real participação nos rendimentos da produção”. Não é simples “ditadura da vontade da maioria”, mas um modelo de Estado que respeita os indivíduos, ainda que em posição minoritária. Complementa JUNQUEIRA: “As garantias mínimas às minorias, e sua expressão máxima, o indivíduo, são pressupostos necessários da idéia da democracia como *poder que emana do povo*”.²⁵

Outrossim, o Estado Democrático de Direito se sujeita, como todo Estado de Direito, ao império da lei – princípio da legalidade –, não apenas formalmente, mas respeitando-se o princípio da igualdade e a justiça. Segundo a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA:²⁶

“A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder

²¹ SILVA, *Curso de Direito (...)*, 2002, p. 117-118. Outrossim, o autor assevera que: “(...) a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político”. Daí justificar-se a necessidade da criação do Estado Democrático de Direito, como imperativo ao desenvolvimento das potencialidades humanas.

²² GUERRA FILHO, *Processo Constitucional (...)*, 2003, p. 24.

²³ SILVA, *Curso de Direito (...)*, 2002, p. 119.

²⁴ *Idem*, p. 119-120.

²⁵ JUNQUEIRA, 2004, p. 4-5.

²⁶ SILVA, *Curso de Direito (...)*, 2002, p. 121.

estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses”.²⁷

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se, principalmente, pela revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que remontam às revoluções e respectivas Declarações de Direito americana e francesa do final do século XVIII, que passam a ser vislumbrados e entendidos em outro patamar, de maneira a não ser demasiadamente sacrificados em prol da realização de direitos sociais. Noutras palavras: o indivíduo não deve ser sacrificado em nome da sociedade.²⁸

O Estado Democrático de Direito garante as liberdades fundamentais com a aplicação da lei geral e abstrata por juízes independentes e imparciais, exigindo não apenas o cumprimento da lei como produto formal da vontade da maioria, mas o respeito àquelas liberdades, essenciais ao princípio democrático. Em suma: “A demanda do Estado social não pode alterar, enfim, o núcleo fundamental dos freios impostos pelo Estado de Direito e a supremacia do indivíduo que esteia a idéia democrática”.²⁹

O Estado brasileiro, como dito supra, é “Democrático” e de “Direito”. Qualquer idéia, valor ou norma contrária a tal realidade não deve ser considerada válida ou existente pelo legislador ou pelo aplicador do Direito. O princípio democrático é o fator legitimante do sistema. Neste diapasão, não pode haver norma penal ou processual penal que não enfeixe os valores do Estado Democrático de Direito, sob pena de inconstitucionalidade. Por conseguinte, o direito penal e processual penal não podem ser instrumentalizados fora dos limites permitidos por tal vetor, que não seja a promoção da democracia e a busca dos fins do Estado brasileiro, elencados no artigo 3º, da Constituição de 1988.³⁰

São três, portanto, os elementos que compõe a idéia de Estado Democrático de Direito: a) leis que representam a vontade da maioria, porém respeitam os direitos fundamentais das minorias; b) a primazia do indivíduo; e c) a aplicação de leis gerais e abstratas por juízes independentes e imparciais. Daí, forçoso perceber-se que a situação topográfica dos direitos individuais, arrolados como cláusulas pétreas³¹, no início do texto constitucional – artigo 5º –, denota o relevo que quis dar o legislador constituinte aos direitos

²⁷ O autor ainda elenca os princípios informadores do Estado Democrático de Direito, com base no magistério de GOMES CANOTILHO, quais sejam: o da constitucionalidade; o democrático; o da justiça social; o da igualdade; o da separação de poderes; o da legalidade; o da segurança jurídica; e um sistema de direitos fundamentais (individuais, sociais, coletivos e culturais). (Ob. cit., p. 122).

²⁸ GUERRA FILHO, *Processo Constitucional (...)*, 2003, 25.

²⁹ JUNQUEIRA, *Finalidades da Pena*, p. 5-6.

³⁰ Idem, 6-8. “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³¹ Artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição da República.

e garantias individuais, necessários à democracia e à consecução dos fins do Estado, mormente o bem comum.³²

Destarte, a previsão expressa de direitos e garantias fundamentais no seu Título II e, de forma esparsa, em todo o seu corpo, ocupa lugar de destaque para sua interpretação. Assim, para se chegar ao real sentido de qualquer dispositivo do texto constitucional, mister se faz coadunar os direitos fundamentais com os princípios e objetivos fundamentais articulados no Título I da Carta.³³

O Estado Democrático de Direito tem, ainda, o compromisso de harmonizar e equilibrar os interesses das esferas pública (Estado) e privada (indivíduo), assim como, entre uma e outra, a coletiva, formada por interesses de indivíduos integrantes de grupos sociais formados para a realização de determinados fins econômicos, políticos, etc.³⁴

Os direitos fundamentais não têm somente uma “dimensão subjetiva” – como direitos individuais oponíveis perante o Estado – mas também uma “dimensão objetiva”, segundo a qual “os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar”.³⁵

Além dessas duas dimensões expostas, de se lembrar que os direitos fundamentais, em face de sua evolução histórica e incorporação pelos Estados de forma sucessiva, podem ser vistos em “gerações”:³⁶

1ª - “Liberdades públicas” ou “direitos de liberdade” – direitos e garantias dos indivíduos que os resguardam em face de interferências indevidas do Estado em suas esferas jurídicas;

2ª - “Direitos sociais” – direitos a interferências estatais a fim de suprir carências da coletividade;

3ª - Direitos não mais do indivíduo, nem da coletividade, mas do próprio “gênero humano”, inerentes à personalidade e à vida humana, tais como, dentre outros: direitos ao meio ambiente, ao desenvolvimento social e econômico.

Essas gerações, todavia não se substituíram, mas se superpuseram. A posterior agregou a anterior. E mais: assumiram uma nova estatura na medida em que os direitos da geração mais recente tornaram-se pressupostos ao entendimento e realização mais adequada

³² JUNQUEIRA, *Finalidades da Pena*, p. 8.

³³ GUERRA FILHO, *Processo Constitucional (...)*, 2003, p. 29-30.

³⁴ Idem, p. 25-26. Hodiernamente, as Constituições políticas, além da concepção clássica de delimitação do poder estatal em face do indivíduo, devem tratar de interesses difusos e coletivos, ou seja, de certos grupos sociais, entre si e frente a interesses individuais e estatais.

³⁵ Idem, p. 38.

³⁶ Idem, p. 38-39.

daqueles que os precederam e já se encontravam plasmados no ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, o direito de propriedade (primeira geração), com o advento da segunda geração, só pode ser exercido observando-se sua função social e, com o aparecimento da terceira geração, também a sua função ambiental.³⁷

De frisar-se que as normas jurídicas que consagram direitos fundamentais têm status de “princípios constitucionais” e não de “regras”. Diferenciando as normas que são “regras” daquelas que são “princípios”, GUERRA FILHO³⁸ aduz que:

“As regras trazem a descrição de estados-de-coisas formados por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos a que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras”.

Adiante, arremata o autor³⁹ asseverando que:

“(…) enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser a correta, as colisões entre princípios resulta apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro. Já na hipótese de choque entre regra e princípio, é curial que esse deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevalece, em determinada situação concreta, sobre o princípio em que a regra se baseia”.

GUERRA FILHO ainda chama a atenção para outro traço característico dos princípios que é sua “relatividade”. Não existe princípio que deva ser acatado de forma “absoluta” e “irrestrita”, sob pena de “uma determinada pauta valorativa” terminar “por infringir uma outra”.⁴⁰ Em prol da segurança jurídica, por exemplo, não se pode tolher a liberdade dos indivíduos sem uma “razão concreta” para tanto.

Dissertando a cerca de “princípios”, “regras” e “procedimentos” no direito, noutra obra, GUERRA FILHO aduz que já não basta mais ver em uma constituição o instrumento de defesa dos membros de uma sociedade política considerados individualmente, diante do poder estatal, ao conferir àqueles direitos fundamentais e organizar esse poder impondo-lhe o respeito à delimitação legal de áreas específicas e distintas de atuação, na forma de uma tripartição de funções.⁴¹

³⁷ GUERRA FILHO, *Processo Constitucional (...)*, 2003, p. 39.

³⁸ *Idem*, p. 44-45.

³⁹ *Idem*, p. 45.

⁴⁰ *Idem*, p. 45-46.

⁴¹ GUERRA FILHO, *Teoria Processual (...)*, 2002, p. 15.

Hodiernamente, uma Constituição não mais se destina a proporcionar um retraimento do Estado frente à sociedade civil, como no princípio do constitucionalismo moderno (liberalismo). Muito pelo contrário, o que se espera hoje de uma Constituição são linhas gerais para guiar atividade estatal e social, no sentido de promover, o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece.⁴²

A regulação que no presente é requisitada ao direito assume um caráter finalístico e um sentido prospectivo, pois, para enfrentar a imprevisibilidade das situações a serem reguladas ao que não se presta o esquema simples de subsunção de fatos a uma previsão legal abstrata anterior, precisa-se de normas que determinem objetivos a serem alcançados futuramente, sob circunstâncias que então se apresentem.⁴³

Distinguem-se as normas jurídicas que são formuladas como “regras” daquelas que assumem a forma de “princípio”, por que as primeiras possuem estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva amparada em uma sanção (ou, na ausência desta, qualificação de “fato permitido”).⁴⁴

Já os princípios, mormente os fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraíndo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção por determinado valor, a ser levado em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outros princípios igualmente adotados, que, em determinado caso concreto, podem conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, em abstrato, antinômicos entre si.⁴⁵

Os princípios fundamentais também são dotados de dimensão ética e política e apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor, caso ele não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente. A aplicação desses princípios, contudo, envolve um esforço intelectual muito maior do que a aplicação de regras.⁴⁶

⁴² GUERRA FILHO, *Teoria Processual (...)*, 2002, p. 15-16.

⁴³ *Idem*, p. 16-17.

⁴⁴ *Idem*, p. 17.

⁴⁵ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁶ *Idem*, p. 17-18.

Para aplicar as regras é preciso um *procedimento*, para que se comprove a ocorrência dos fatos sob os quais elas devem incidir.⁴⁷ Procedimentos são séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis.⁴⁸

Em epítome, o princípio maior, anunciado no pórtico da Constituição da República, responsável pela organização e estruturação da sociedade sob a égide estatal, a influenciar todo o arcabouço jurídico pátrio, é o princípio do Estado Democrático de Direito, “como resultado da conjunção de duas exigências básicas, da parte dos integrantes da sociedade brasileira, dirigida aos que atuarem em seu nome na realização de seus interesses, e que podem ser traduzidas no imperativo de respeito à *legalidade*, devidamente amparada na *legitimidade*”.⁴⁹

Este princípio também está inserido no artigo 1º, *caput*, do Título I da Constituição da República – “Dos Princípios Fundamentais” –, donde se evidencia que dele outros princípios derivam diretamente. Outrossim, forçoso recordar a lição de GOMES CANOTILHO que qualifica como “princípios fundamentais estruturantes” o “princípio do Estado de Direito” e o “princípio Democrático”.⁵⁰

Como “princípio fundamental geral” deve-se destacar, com proeminência, o princípio que “impõe o respeito à dignidade da pessoa humana”, enunciado no artigo 1º, inciso III, da Carta Política, entendido como núcleo essencial e intangível dos direitos fundamentais, verdadeiro “norte” valorativo destes. Por sua vez, estes podem ser entendidos como “princípios constitucionais especiais” a materializar e concretizar, ainda que com certo grau de abstração, o princípio da dignidade da pessoa humana.⁵¹

Neste ponto se faz necessário relembrar a “imediata aplicabilidade” dos direitos e garantias fundamentais, independentemente de norma regulamentadora⁵², sendo cogente sua observância estrita pelo Estado, mormente daqueles caracterizados como “direitos de liberdade”.⁵³

Os princípios, ao contrário das normas jurídicas carecem de concretude, ou seja, do enquadramento preciso do fato e da respectiva consequência jurídica. Contudo, carregam

⁴⁷ GUERRA FILHO, *Teoria Processual* (...), 2002, p. 18-19.

⁴⁸ Idem, p. 19.

⁴⁹ GUERRA FILHO, *Processo Constitucional* (...), 2003, p. 47-48.

⁵⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 129.

⁵¹ GUERRA FILHO. *Processo Constitucional* (...), 2003, p. 49-50.

⁵² Artigo 5º, § 1º, da Constituição da República de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁵³ GUERRA FILHO. *Processo Constitucional* (...), 2003, p. 51-52.

consigo um valor de tal monta que informam todo o ordenamento jurídico e adquirem, assim, “validade jurídica objetiva”: positividade.⁵⁴

Os princípios estruturantes, segundo GUERRA FILHO⁵⁵ podem ser definidos como:

“(…) aqueles que traduzem as opções políticas fundamentais, sobre as quais repousa toda a ordem constitucional e, logo, toda a ordem jurídica, e que seriam, no Direito brasileiro, como deflui já do “Preâmbulo” e do primeiro artigo de nossa Constituição, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático, bem como o princípio federativo”.

Não se pode descurar que a tensão dialética entre o princípio do Estado de Direito e o princípio Democrático é resolvida pelo princípio da proporcionalidade, segundo Guerra filho, o “princípio dos princípios”, pois aqueles devem ser compatibilizados de forma que um não anule o outro, mormente diante de “interpretação especificamente constitucional” ou “conforme a Constituição”.⁵⁶ A interpretação conforme a Constituição é a “interpretação de acordo com as opções valorativas básicas, expressas no texto constitucional”. Doutrina esta que é aplicada pelo Tribunal constitucional alemão desde 1958.⁵⁷

Mais uma vez discorrendo sobre a diferença entre as normas que são regras e aquelas que são princípios, assevera GUERRA FILHO que os “princípios”, em virtude de sua natureza abstrata e de valores reitores do ordenamento, podem existir “implicitamente no sistema normativo”, enquanto que para as regras isso seria “impensável”.⁵⁸

2.3 A interpretação constitucional

Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO⁵⁹, os princípios constitucionais do Estado brasileiro devem ser vistos sob três ordens: a) os princípios fundamentais – representam as decisões políticas basilares do legislador constituinte, dentre os quais destacam-se: o republicano, o federativo e o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da Constituição) e o da separação de poderes (artigo 2º); b) os princípios gerais – não estruturam o Estado, mas impõem regras que limitam os Poderes em face dos indivíduos, tais como: legalidade, isonomia, liberdade, acesso ao Poder Judiciário, juiz natural e devido processo legal, todos constantes do artigo 5º da Carta de 1988; e c) os princípios setoriais ou especiais – informam determinados setores do Estado, como os que regem toda a Administração Pública: princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, *caput*).

⁵⁴ GUERRA FILHO. *Processo Constitucional (...)*, 2003, p. 52-53.

⁵⁵ *Idem*, p. 54.

⁵⁶ *Idem*, p. 56.

⁵⁷ *Idem*, p. 57.

⁵⁸ *Idem*, p. 58.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 147-150.

A interpretação da constituição não segue as mesmas regras hermenêuticas dos demais ramos do direito, pois na “hierarquia das normas jurídicas, a norma constitucional situa-se no ponto mais alto da pirâmide, não sendo encimada por nenhuma outra”. A norma constitucional, neste diapasão, é “autolegitimante”, coloca-se no vértice superior da pirâmide normativa, donde irradia legitimação para todo o sistema jurídico. Noutras palavras: a “Constituição indica, ao menos genericamente, qual o conteúdo da norma infraconstitucional”.⁶⁰

A interpretação do texto constitucional, portanto, é *sui generis*, porque se trata de um “corpo inicial de regras”, que serve de “vetor para todo o sistema infraconstitucional”, tanto de sua elaboração, quanto de sua interpretação. Por todo o até agora exposto, já se pode sentir a necessidade de uma hermenêutica constitucional diferenciada em relação à tradicional, o que requer o uso dos seguintes princípios de interpretação da Constituição:⁶¹

a) Princípio da supremacia da Constituição – a legislação infraconstitucional deve conformar-se à Lei Maior, no aspecto formal (forma de criação) e no material (compatibilidade com o texto constitucional).⁶²

b) Princípio da unidade da Constituição – determina que seja observada a interdependência das normas constitucionais num sistema integrado, onde cada uma “encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores, expresso na decisão fundamental do constituinte”, qual seja: a fórmula política do Estado Democrático de Direito. Deste modo, qualquer exegese constitucional deve ser feita à luz dessa ideologia que alicerça a Constituição da República de 1988 e pré-orienta toda hermenêutica do texto constitucional.⁶³ Assim, o hermeneuta deve analisar a norma constitucional como parte de um todo sistematizado, a fim de interpretá-la e delimitar seu alcance.⁶⁴

c) Princípio da máxima efetividade ou da eficiência – determina que se atribua à norma constitucional a interpretação que lhe possibilite a maior eficácia de seu mandamento.⁶⁵ Assim, por exemplo, na interpretação constitucional que envolver um direito fundamental e um direito constitucional não fundamental, deve-se atribuir a maior efetividade possível ao primeiro, sem, contudo, suprimir o segundo, ou seja, harmonizando-os.⁶⁶

⁶⁰ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 62.

⁶¹ GUERRA FILHO. *Processo Constitucional (...)*, p.58-59.

⁶² ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 63.

⁶³ GUERRA FILHO. *Processo Constitucional (...)*, p. 59.

⁶⁴ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 63.

⁶⁵ GUERRA FILHO. *Processo Constitucional (...)*, p. 60.

⁶⁶ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 63-64.

d) Princípio da cedência recíproca – também chamado de “Princípio da concordância prática ou da harmonização”, determina que seja buscado, ao máximo, a harmonização entre bens e valores jurídicos conflitantes no caso concreto sob exame em face da Constituição, fazendo-se uso do princípio da proporcionalidade, inerente e essencial ao Estado Democrático de Direito, o qual conclama o “respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos”.⁶⁷ Outrossim, tem-se que entre direitos de igual índole constitucional, tal qual no item anterior, deve-se procurar harmonizá-los, sem que a aplicação de um implique na supressão do outro.⁶⁸

e) Princípio da autenticidade de significado – deve-se buscar o real sentido do texto constitucional, devendo-se interpretar a Constituição no sentido mais “coloquial” possível, por que se trata de instrumento dirigido ao povo.⁶⁹

f) Princípio da presunção de constitucionalidade – deve-se presumir que toda norma é constitucional, salvo inconstitucionalidade gritante, até que o órgão competente reconheça-a como tal, ou seja, não conforme a Lei Magna.⁷⁰

g) Princípio da razoabilidade – a exegese não pode levar o intérprete do texto a uma posição absurda destoante da realidade.⁷¹ Segundo BARROSO, o princípio em tela “é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”. E, mais adiante, aduz: “É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”.⁷²

h) Princípio da proporcionalidade – decorrente do princípio da razoabilidade, pode-se afirmar que, segundo o mesmo, o “intérprete deve colocar-se a favor do menor sacrifício do cidadão na hora de escolher os diversos significados da norma”. No dizer de ARAÚJO e NUNES JÚNIOR: “Constitui medida de adequação dos meios aos fins perseguidos pela norma, sendo que esta deve ser aplicada em sua ‘justa medida’”.⁷³

i) Princípio da força normativa da Constituição – as normas constitucionais devem ser atualizadas em face da constante evolução social, a fim de garantir-se sua eficácia e

⁶⁷ GUERRA FILHO. *Processo Constitucional (...)*, 2003, p. 61-62.

⁶⁸ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 64.

⁶⁹ Idem, *ibidem*.

⁷⁰ Idem, p. 64-65.

⁷¹ Idem, p. 65.

⁷² BARROSO, *Interpretação (...)*, 1996, p. 204-205.

⁷³ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 65.

perpetuidade.⁷⁴

j) Princípio da conformidade funcional – é aquele “que estabelece a estrita observância, do intérprete constitucional, da repartição de funções entre os poderes estatais, prevista constitucionalmente”.⁷⁵

l) Princípio da interpretação conforme a Constituição – como já exposto supra, afasta interpretações contrárias ao real sentido das normas constitucionais, “ainda que favoreça o cumprimento de outras delas”. Estabelece, portanto, limites à interpretação constitucional para que não resulte “numa interpretação *contra legem*”.⁷⁶

2.4 A separação ou tripartição do Poderes (funções estatais)

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, “o *poder* é um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele *pode* exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que *pode* nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que *pode* fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas”. Neste diapasão, mais adiante, o mesmo autor define “poder” como “a energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”.⁷⁷

O Estado, detentor do poder político, tem, assim, por missão precípua coordenar, regar e limitar os fins perseguidos pelos diferentes grupos sociais e indivíduos que o compõem, em função da manutenção da ordem e da consecução do bem comum. O Estado, grupo social máximo, contudo, “carece de vontade real e própria”. Manifesta-se, pois, através de órgãos que exprimem tão somente vontades humanas. O conjunto destes órgãos detentores da vontade estatal chama-se “Governo”. Noutras palavras, aos órgãos governamentais “incumbe o exercício das *funções poder político*”.⁷⁸

Assim, diz-se que não há Estado sem “poder”. Este é o pressuposto lógico daquele. Assim sendo, afirma-se que o poder é “uno”, “indivisível” e “indelegável”. Contudo, o “exercício do poder” pode ser concentrado nas mãos de um só órgão estatal, ou fracionado e distribuído entre vários órgãos. Essa divisão ou distribuição funcional do poder é um processo

⁷⁴ GUERRA FILHO. *Processo Constitucional (...)*, 2003, p. 60.

⁷⁵ Idem, *ibidem*. No mesmo sentido, mas usando a terminologia “princípio da harmonização funcional”: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 65.

⁷⁶ GUERRA FILHO. *Processo Constitucional (...)*, p. 60-61.

⁷⁷ SILVA, *Curso de Direito (...)*, 2002, p. 106-107.

⁷⁸ Idem, p. 108. Anote-se que, em sentido estrito, costuma-se chamar Governo apenas o órgão que exerce a função executiva.

técnico e historicamente eficaz de limitação do poder para evitar o arbítrio do Estado e de seus órgãos.⁷⁹

Segundo CELSO BASTOS, a função constitui “um modo particular e caracterizado de o Estado manifestar a sua vontade”; e os órgãos são, por conseguinte, “os instrumentos de que se vale o Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é assegurada pelo Poder que a embasa”.⁸⁰

A concentração do exercício do poder, sempre lembrada pelas monarquias absolutas, mostrou-se ineficaz e danosa, mormente para a segurança individual frente ao Estado, “por dar a alguém a possibilidade de fazer de todos os outros o que lhe parecer melhor, segundo o capricho do momento. Embora tenha ela a vantagem da prontidão, da presteza de decisões e de sua firmeza, jamais pode servir à liberdade individual, valor básico da democracia representativa”.⁸¹

Foram concebidas algumas técnicas para limitar o poder, dentre as quais destacam-se: a) a divisão territorial ou espacial do poder – através de descentralizações e do próprio federalismo; b) a circunscrição do campo de ação estatal – reconhece-se uma esfera autônoma do indivíduo intangível pelo Estado (v.g. declaração ou bula de direitos e garantias); e c) a divisão funcional do poder – forma clássica de separação dos poderes em três funções: legislativa, executiva e judiciária.⁸²

A forma clássica de separação dos poderes distinguindo três funções estatais – legislativa, executiva e jurisdicional – e atribuindo-as a três órgãos autônomos e independentes entre si, visa impedir ou dificultar ao máximo o arbítrio, estabelecendo um “sistema de freios e contrapesos” entre aqueles, impossibilitando-os de agir isoladamente sem ser “freados” uns pelos outros, salvaguardando-se, sempre, as liberdades individuais.⁸³

Segundo ARAÚJO e NUNES JÚNIOR: “A idéia subjacente a essa divisão era criar um sistema de compensação, evitando que uma só pessoa, ou um único órgão, viesse a concentrar em suas mãos todo o poder do Estado”.⁸⁴ Como adverte NUNO PIÇARRA, a separação de

⁷⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 115. No mesmo sentido: SILVA, *Curso de Direito (...)*, 2002, p. 108; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 241.

⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 340.

⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 115. O exemplo mais próximo que se pode oferecer é o da ditadura que se instalou no Brasil com o golpe de 1964, em que praticamente todo o poder estatal concentrou-se nas mãos dos militares que estavam na cúpula e em cargos-chaves do Poder Executivo, e durante a qual foram cometidos toda sorte de abusos e desvios de poder.

⁸² Idem, p. 116.

⁸³ Idem, ibidem.

⁸⁴ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 242.

poderes surgiu não para “compreender e descrever” minuciosamente as funções estatais, mas com um intuito “prescritivo e garantístico”, ou seja, “em nome da liberdade e da segurança individuais”.⁸⁵

Ensina DALMO DE ABREU DALLARI que:⁸⁶

“O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência”.

Daí poder-se concluir que o poder político (ou estatal) é uno, indivisível e indelegável, mas que pode ser desmembrado em funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A função legislativa consiste “na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas *leis*”. A executiva atua de forma concreta e individualizada em conformidade com as leis. A jurisdicional, por seu turno, tem por escopo aplicar o direito aos casos concretos para dirimir conflitos de interesse.⁸⁷

Ao contrário da concentração de poderes, quando um só órgão exerce todas aquelas funções, a divisão ou separação de poderes consiste em atribuir a órgãos diversos cada uma daquelas, fundamentando-se em dois elementos, a saber: a) especialização funcional; b) independência orgânica. Cada órgão, assim, é especializado no exercício de uma função e é independente dos outros, não existindo subordinação entre eles.⁸⁸

Dita separação, ainda hoje base da organização governamental nas democracias ocidentais, é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, consagrando-se na *Bill*

⁸⁵ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 248.

⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16ª ed., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184-185.

⁸⁷ SILVA, *Curso de Direito (...)*, 2002, p. 108.

⁸⁸ Idem, p. 108-109.

of *Rights* de 1689, que pôs a autoridade do soberano no mesmo patamar da autoridade do parlamento e ainda reconheceu a independência dos juízes.⁸⁹

Tal “divisão” do poder foi teorizada por LOCKE, na obra *Segundo Tratado do Governo Civil*, mas ganhou repercussão com a obra *O Espírito das Leis* de MONTESQUIEU, vindo a ser transformada em dogma pelo artigo 16, da Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, em 1789.⁹⁰

A tripartição das funções estatais, consagrada por MONTESQUIEU, tem como antecedentes a obra *Política* de ARISTÓTELES – que identificou as funções deliberante, executiva e judiciária do Estado, mas não as repartiu entre órgãos independentes e especializados, concentrando-as nas mãos do soberano⁹¹ – e a obra de LOCKE supracitada que reconheceu as funções legislativa, executiva e “federativa”, recomendando a separação entre a primeira e as duas últimas, sendo estas concentradas nas mãos de um único órgão.⁹²

Coube a MONTESQUIEU aprimorar, definir e divulgar a divisão ou separação das funções estatais, atribuindo-as a órgãos estatais distintos, independentes e autônomos entre si, não mais concentradas nas mãos do soberano. Contrapondo-se ao absolutismo, inspirou as revoluções americana e francesa do final do século XVIII.⁹³

A separação propugnada por MONTESQUIEU e adotada pela Constituição brasileira de 1988, entretanto, não é “rígida”, pois a própria Carta prevê expressamente a “interpenetração” dos poderes, vale dizer: o exercício por um Poder de função reservada a outro. Assim é que o Poder Executivo, muitas vezes, legisla, através de medidas provisórias ou por delegação do Poder Legislativo, e julga, por exemplo, no contencioso administrativo; o Poder Legislativo, às vezes julga, por exemplo, nos crimes de responsabilidade do Presidente da República em que o julgamento é feito pelo Senado Federal, conforme o artigo 52, inciso I, da Lei Maior, e administra quando, por exemplo, admite pessoal para suas secretarias; igualmente o Poder Judiciário administra ao organizar suas secretarias e também participa da elaboração de leis pela iniciativa reservada de certos projetos, por exemplo, artigo 96, inciso II, da Constituição.⁹⁴

⁸⁹ FERREIRA FILHO, *Curso de (...)*, 1995, p. 117.

⁹⁰ Idem, *ibidem*.

⁹¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003, p. 179.

⁹² FERREIRA FILHO, *Curso de (...)*, 1995, p. 117. JOSÉ AFONSO DA SILVA anota que o princípio da separação dos poderes também se encontra sugerido na obra *Do Contrato Social* de Rousseau. SILVA, José Afonso da. *Curso (...)*, 2002, p. 109.

⁹³ Neste sentido: SILVA, José Afonso, *Curso (...)*, 2002, p. 109; e LENZA, 2003, p. 179-180.

⁹⁴ FERREIRA FILHO, *Curso de (...)*, 1995, p. 118.

Em síntese, essa separação é relativa, porque cada Poder exerce uma determinada função preponderantemente (função típica) e, de modo secundário, pratica funções que extrapolam sua esfera de atuação normal (funções atípicas). Outrossim, a separação de poderes somada à independência e à autonomia destes é um dos critérios que permite classificar o regime de governo como presidencialista, como é o brasileiro.⁹⁵

Aduz ainda LENZA, com propriedade, que: “(...) Mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário”.⁹⁶

Cada órgão (Poder) atua segundo a parcela de competência que lhe fora constitucionalmente atribuída pelo poder constituinte. Tais atribuições são, a princípio, indelegáveis. Neste diapasão: “Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo”.⁹⁷

A Constituição da República prevê, em seu artigo 2º, que são “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A independência dos poderes significa, na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁹⁸:

“(a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais”.

Já a harmonia entre os poderes significa que “pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”.⁹⁹

Assinala, por fim, JOSÉ AFONSO DA SILVA que: “nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas”. Há interferências recíprocas, por meio de um sistema de freios e contrapesos, que objetiva o “equilíbrio” imperioso à realização do bem comum e imprescindível para evitar o arbítrio e o desmando de um Poder em detrimento do outro e especialmente em face dos governados.¹⁰⁰

⁹⁵ FERREIRA FILHO, *Curso de (...)*, 1995, p. 119-120.

⁹⁶ LENZA, 2003, p. 181.

⁹⁷ Idem, p. 182.

⁹⁸ SILVA, *Curso de Direito (...)*, 2002, p. 110.

⁹⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁰ Idem, *ibidem*. O autor arrola os seguintes exemplos desse sistema: “Se ao Legislativo cabe a edição de

E arrematam ARAÚJO e NUNES JÚNIOR asseverando que a divisão orgânica do poder ampara-se em “três cláusulas-parâmetro”: a “independência e harmonia entre os Poderes”, a “indelegabilidade de funções” e a “inacumulabilidade de cargos e funções provenientes de Poderes distintos”. Ressalve-se, mais uma vez, que a Constituição da República de 1988 prevê, expressamente, exceções àquelas cláusulas, fora das quais haverá usurpação de funções de um poder pelo outro.¹⁰¹

Em suma, consoante ARAÚJO e NUNES JÚNIOR¹⁰², a “separação dos Poderes”, consagrada pelo artigo 2º, da Constituição da República, adota um regime segundo o qual a cada Poder ficam atribuídas funções que lhe são típicas e outras que são atípicas, porém necessárias à manutenção de sua independência. Afora isso, é indispensável existir normas constitucionais expressas.

2.5 A Constituição e suas funções

Assevera GOMES CANOTILHO que a Constituição tem algumas funções clássicas, dentre as quais destaca: “função de revelação de consensos fundamentais, função de legitimação da ordem política, função de garantia e proteção, função de organização do poder político e função de ordem e ordenação”.¹⁰³

2.5.1 Organização do poder político

A Constituição tem por função primeira a “organização do poder político”. Nesse sentido, o magistério de GOMES CANOTILHO:¹⁰⁴

“Dado o seu caráter de ordem fundamental do Estado pertence à Constituição criar os órgãos constitucionais – quer dos órgãos soberanos quer dos órgãos constitucionais simples. Mas, além da criação de órgãos, pertence-lhe definir as competências e atribuições desses órgãos de forma a que se cumpra, de forma tendencial, o chamado princípio da tipicidade de competências. Como já atrás se assinalou, as competências e atribuições dos órgãos de

normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto (art. 66)”.

¹⁰¹ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 244.

¹⁰² Idem, p. 246.

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.334.

¹⁰⁴ Idem, p. 1.337.

soberania são apenas, e por via de princípio, aqueles que forem identificados pela própria Constituição”.

2.5.2 Limitação do poder

Inerente ao constitucionalismo, desde sua consagração no fim do século XVIII, é a idéia de que a Constituição organiza o poder para limitá-lo, prevenindo, na medida do possível, os abusos do Estado. Estabelece a organização que limita o poder através de um sistema de freios e contrapesos.¹⁰⁵ A Constituição organiza o Estado e, na medida que constrói um sistema de limitação do poder, salvaguarda os direitos fundamentais.¹⁰⁶

2.5.3 Os órgãos constitucionais e a fixação das respectivas competências

A Constituição, ao organizar o poder, reparte-o, vale dizer: atribui aos entes que cria esferas de atuação próprias e não colidentes. Esta repartição, no caso pátrio, se opera em dois níveis: o “espacial”, segundo o qual o Brasil é um Estado federal (artigo 1º, *caput*), dividido em União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal; e o “funcional”, que com relação a determinados entes, indispensáveis a diferentes esferas federativas, a Constituição fixa-lhes o perfil, as atribuições, etc., pouco ou nada deixando à discricionariedade da unidade estatal a que se vinculam. É o caso do Ministério Público (artigos 127 a 130); das Polícias (artigo 144), dentre outros, órgãos estes objetos do presente estudo.¹⁰⁷

A Constituição reparte competências, “poderes de ação e de atuação entre órgãos constitucionais, para o fim de realizarem tarefas de que são incumbidos especificamente pela própria Carta”.¹⁰⁸ Desta repartição, em conformidade com GOMES CANOTILHO, resultam dois princípios estreitamente associados entre si: o da “indisponibilidade de competências” e o da “tipicidade de competências”. Segundo este último, “as competências dos órgãos constitucionais (são), em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição”; enquanto que, segundo o primeiro, “as competências constitucionalmente fixadas não (podem) ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribuiu”.¹⁰⁹

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, “O poder investigatório do Ministério Público”, 2004, p. 2. Esta concepção aparece no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Não tem Constituição a sociedade em que não estiverem garantidos os direitos, nem estabelecida a separação dos poderes”.

¹⁰⁶ Idem, *ibidem*. No dizer de CANOTILHO, o fim permanente de qualquer lei fundamental é a limitação do poder (Ob. cit., 1336).

¹⁰⁷ FERREIRA FILHO, “O poder investigatório do Ministério Público”, 2004, p. 3.

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 448.

¹⁰⁹ Idem, p. 491.

2.5.4 Poderes implícitos

Segundo FERREIRA FILHO, deve-se recusar a adjunção de poderes implícitos àqueles que explicitamente a Constituição atribui a determinado órgão constitucional.¹¹⁰ Nesta linha de raciocínio, acentua GOMES CANOTILHO que: “A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo no caso de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado”. E complementa: “No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de ‘poderes implícitos’, de ‘poderes resultantes’ ou de ‘poderes inerentes’ como formas autônomas de competência”.¹¹¹

Aduzem, nesse mesmo sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA:¹¹²

“Mas são claros os limites dos poderes implícitos: eles não podem subverter a separação e interdependência dos órgãos de soberania constitucionalmente estabelecida, estando em especial excluída a possibilidade de eles afetarem poderes especificamente atribuídos a outros órgãos”.

Relembra FERREIRA FILHO que a tese dos “poderes implícitos” (*implied powers*) é uma construção doutrinária e jurisprudencial norte-americana, a partir da Constituição de 1787, reconhecida por seu caráter eminentemente “sintético”, para propiciar o reconhecimento, em favor de órgãos e entes constitucionais, de determinados poderes instrumentais necessários à consecução de certas funções atribuídas por aquela Constituição.¹¹³

No caso de uma Constituição do tipo “analítica”, mais que isto “detalhista”, como a Constituição da República brasileira de 1988, é, no mínimo, inverossímil a ocorrência de poderes implícitos.¹¹⁴ Diferenciando as Constituições analíticas das sintéticas, assevera, resumidamente, LENZA que:¹¹⁵

“**Sintéticas** seriam aquelas enxutas, veiculadoras apenas dos princípios fundamentais e estruturais do Estado. Não descem às minúcias, motivo pelo qual são mais duradouras, na medida em que os seus princípios estruturais são interpretados e adequados aos novos anseios pela atividade da Suprema Corte. O exemplo lembrado é a americana, que está em vigor há mais de 200 anos (é claro, com emendas e interpretações feitas pela Suprema Corte)”.

Quanto às interpretações feitas pela Suprema Corte, verdadeiros precedentes judiciais vinculantes, aduz HART, em comentário ao sistema da *Common Law*, que, entretanto, aplica-se,

¹¹⁰ FERREIRA FILHO, “O poder investigatório do Ministério Público”, 2004, p. 3.

¹¹¹ CANOTILHO, *Direito constitucional*, 1998, p. 493.

¹¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 494-495.

¹¹³ FERREIRA FILHO, “O poder investigatório do Ministério Público”, 2004, p. 3.

¹¹⁴ Idem, *ibidem*.

¹¹⁵ LENZA, 2003, p. 38-39.

nesse mister, ao sistema norte-americano, que o direito, ou a Constituição, é o que os tribunais dizem que é .¹¹⁶

E conclui LENZA dispondo sobre as Constituições analíticas:¹¹⁷

“**Análíticas**, por outro lado, são aquelas que abordam todos os assuntos que os representantes do povo entenderem fundamentais. Normalmente descem às minúcias, estabelecendo regras que deveriam estar em leis infraconstitucionais, como, conforme já mencionamos, o art. 242, § 2º, da CF/88, que estabelece que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Assim, o clássico exemplo é a brasileira de 1988”.

¹¹⁶ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980, p. 155-161.

¹¹⁷ LENZA, 2003, p. 39.

Capítulo III

FUNDAMENTO DE EXISTÊNCIA DO PROCESSO PENAL

INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA

SUMÁRIO: 3.1 Considerações preliminares. 3.2 A instrumentalidade garantista. 3.2.1 A exclusividade do direito de punir estatal e do processo penal. 3.2.2 Direito penal como limite ao poder estatal (direito penal garantista). 3.2.3 A instrumentalidade processual penal. 3.2.4 O garantismo e o processo penal. 3.2.5 Instrumentalidade garantista e Estado Democrático de Direito.

3.1 Considerações preliminares

Como visto supra, o homem é, por natureza, um ser coexistencial. Tende ao convívio com seus semelhantes e, por isso, não subsiste isoladamente. Todos os seres humanos dependem da interação, da cooperação e da confiança recíprocos. Para alcançar seus objetivos, sua plenitude, se obriga a viver com outros homens.

O homem, outrossim, é um ser imperfeito e insatisfeito. Na busca de seus interesses, de seu bem próprio e em meio a outros homens, pratica determinadas atitudes que podem vir a gerar conflitos sociais. Esses “conflitos intersubjetivos de interesses” são disciplinados pelo Direito para salvaguardar a manutenção da vida em sociedade.¹ O direito penal surge nessa realidade como instrumento de manutenção da paz social.² No dizer de WESSELS³, a tarefa do direito penal é proteger os valores elementares do convívio social (bens jurídico-penais), como garantidor da manutenção da paz pública.

O crime, no mundo fenomênico, é tão somente um fato social, realidade intrínseca e natural do convívio social, como se percebe desde a obra de BECCARIA⁴ até os dias de hoje e como tal deve ser tratado. Desabafa JUNQUEIRA ao aduzir que se assiste impassivelmente “à

¹ Neste sentido LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2ª ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1.

² Neste sentido: JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Granada: Comares, 1993, p. 2-3. Segundo Jescheck “la misión del derecho penal es la protección de la convivencia humana en la comunidad”.

³ WESSELS, Johannes. *Direito Penal – Parte Geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto alegre: Sérgio Fabris Editor, 1976, p. 3.

⁴ BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 102. Assevera o Marquês de Beccaria: “Como poderiam, portanto, as leis humanas, no entrechoque das paixões e dos sentimentos opostos da dor e do prazer, impedir que não haja alguma perturbação e certo desarranjo na sociedade?”. E mais adiante aconselha que sejam elaboradas “leis simples e claras” e que “não favoreçam qualquer classe em especial”; e que “protejam igualmente cada membro da sociedade”.

lesão de milhares de vidas diariamente” nas ruas das grandes cidades, no agreste nordestino, enfim, nos mais diversos rincões do país, pessoas marginalizadas⁵ em decorrência de sistemas econômicos e da falência ou ineficiência das políticas públicas adotadas, resultante de toda uma conjuntura social e política, mas, entretanto, não se tolera, sem ânsia por vingança, um homicídio, um furto ou um estupro. E admoesta o autor: “São todos fatos terríveis e, igualmente, destrutivos. Por que um recebe tratamento de fatalismo e outro, de necessidade de resposta bárbara?”.⁶

Ambos fazem jus a respostas “*democráticas de direito*”. No ensinamento de SILVA FRANCO:⁷

“Não há um único modelo social. Numerosos fatores (políticos, culturais, sociais, religiosos, econômicos etc.) determinam a existência de uma pluralidade de modelos de sociedade, o que implica, por via de consequência, a realidade de diferentes modelos de Estado. A existência dessa diversidade de opções 'condiciona, portanto, a orientação dos sistemas de controle social'. *Decidir por uma delas é uma manifestação política*, e, a partir dessa manifestação, é possível identificar o modelo social a que pretende responder a ordem jurídica, ou seja, quais as expectativas, os fins, que esperam alcançar os membros de uma comunidade determinada”.
(grifo nosso)

O direito penal e processual penal devem assumir para o legislador, o intérprete e o aplicador, a posição política de instrumentos a serviço do convívio social em conformidade com a Constituição. É o que se chama “princípio da conformidade dos atos do poder político com as normas e os princípios constitucionais”. Segundo GOMES CANOTILHO: “(...) nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior - princípio da hierarquia - e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e os princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia do princípio da constitucionalidade”.⁸

Além de Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro tem como fins: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de

⁵ Um dos sentidos do termo “marginal” designa a “pessoa que vive à margem da sociedade ou da lei como vagabundo, mendigo ou delinqüente; fora-da-lei” (FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*. Versão 5.0. São Paulo: POSITIVO INFORMÁTICA, 2004). De se lembrar, outrossim, que aquele indivíduo que não é criminoso, porém não tem umlar, passa fome, sede e frio, não tem acesso a educação e saúde de qualidade, etc., é um cidadão (se é que pode-se chamá-lo assim) “marginal”, por que vive e está à margem da sociedade, ou seja, não faz parte do grupo daqueles que desfrutam de uma vida verdadeiramente digna. Repise-se: alguém pode ser considerado “cidadão marginal” não no sentido pejorativo da expressão, mas, simplesmente, por que não tem acesso a bens que certamente dignificariam sua existência e, assim, fariam-no parte da sociedade.

⁶ JUNQUEIRA, 2004, p. 8-9.

⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 46.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1022.

todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, Constituição da República). Estes fins acentuam “o vértice iluminista da primazia do indivíduo de nosso ordenamento”.⁹

Determinadas condutas humanas – voluntárias e finalisticamente dirigidas –, que lesionam ou expõem a perigo bens e valores reconhecidos e protegidos pelo ordenamento jurídico, geram um “juízo de desvalor” da ação e do seu resultado perante a sociedade, o qual se exterioriza através da aplicação de uma “pena” e, assim, configura a função repressiva do direito penal.¹⁰

Contudo, o direito penal não possui “coerção direta”. Noutras palavras: “não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente”. Para que a pena possa ser aplicada, faz-se mister o cometimento de um “injusto típico” e a existência do prévio e devido processo penal. A pena, nesse diapasão, é efeito jurídico da ocorrência do delito e também do processo. Este, porém, não é efeito do delito, mas decorrência da necessidade de se impor a pena àquele que o cometeu por meio do processo penal. Assim, a pena depende da existência do delito e do processo penal. Se o processo terminar antes de desenvolver-se completamente¹¹ ou de forma inválida¹², não há falar-se em imposição de pena.¹³

Segundo lição de Aury LOPES JR: “Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”.¹⁴ Legalidade e devido processo penal se interpenetram e se completam.

Da conjugação dos incisos LIV e LVII, do artigo 5º, da Constituição de 1988, que dispõem, respectivamente, que “ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal” e “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, resulta o princípio do *nulla poena sine iudicio*, um dos princípios fundamentais do direito processual penal. Do delito nasce o direito de punir do Estado. Porém, este não pode infligir a pena antes de verificar se a pretensão punitiva tem fundamento, o que faz por meio do exercício da jurisdição penal.¹⁵ Outrossim, se ninguém

⁹ JUNQUEIRA, 2004, p. 11.

¹⁰ LOPES JR, 2003, p. 1-2.

¹¹ Arquivamento, suspensão condicional, etc.

¹² Nulidade.

¹³ LOPES JR, 2003, p. 2.

¹⁴ Idem, ibidem.

¹⁵ MARQUES, José Frederico. *O processo penal na atualidade. Processo penal e Constituição Federal*. Org. Hermínio A. Marques Porto; Marco A. Marques da Silva. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 16.

pode ser considerado culpado “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, evidente que só através de condenação penal pode ser aplicada a pena.¹⁶

Devido à essa íntima relação entre o direito penal e o direito processual penal de se notar que ao modelo apregoado de “direito penal mínimo” corresponde, necessariamente, um processo penal de índole “garantista”, vale dizer: que garanta os direitos do imputado e que minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial. Desse modo, fundamenta a independência do Poder Judiciário e seu papel de controle de legalidade dos atos estatais.¹⁷

O desenvolvimento do processo penal está ligado à própria evolução da pena, em face da estrutura de cada Estado num determinado período. A titularidade do direito de punir pelo Estado surgiu no momento em que se aboliu a vingança privada e reconheceram-se critérios de Justiça. O Estado, como ente jurídico representante da vontade política, assumiu o direito e o dever de proteger a comunidade e o próprio criminoso – aquele que transgrediu a ordem jurídico-penal –, a fim de cumprir sua missão precípua, qual seja: o bem comum.¹⁸

O Estado, ao se fortalecer, passou a exigir a utilização de estrutura preestabelecida – o Poder Judiciário e o respectivo processo judicial – em que seria solucionado o conflito e sancionado o autor da violação ao bem penalmente protegido. O processo tornou-se, então, a única estrutura legítima para a imposição de uma pena.¹⁹

Por conseguinte, o fundamento de existência do processo penal está posto na própria essência da Justiça. Nisto reside “a lógica do sistema, que vai orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais”. De se lembrar também da recepção dos direitos naturais pelas modernas constituições democráticas e de se perscrutar como concretizar esses direitos fundamentais e inerentes ao ser humano.²⁰

Conforme lição de JAMES GOLDSCHMIDT²¹, o processo penal demarca os elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição. Assim, de antemão, pode-se afirmar que a uma Constituição autoritária corresponde um processo penal autoritário de natureza utilitarista. De outro lado, a uma Constituição democrática, como a brasileira de 1988, arrimada no princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*), corresponde um processo penal “democrático” e “garantista”.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. *O processo penal na atualidade (...)*, 1993, p. 17.

¹⁷ LOPES JR, 2003, p. 2.

¹⁸ Idem, p. 2-3. No mesmo sentido ALONSO, Pedro Aragoneses. *Instituciones de derecho procesal penal*. 5ª ed. Madri: Rubi Artes Gráficas, 1984, p. 7.

¹⁹ LOPES JR, 2003, p. 3.

²⁰ Idem, p. 4.

²¹ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 67.

3.2 A instrumentalidade garantista

3.2.1 A exclusividade do direito de punir estatal e do processo penal

No direito privado, diferentemente do direito penal, as normas possuem eficácia direta, imediata, pois os particulares detêm o poder de praticar negócios jurídicos, de modo que as normas de direito material (civis, comerciais, etc.) se aplicam de plano, sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, chamados, apenas, para dirimir eventuais conflitos surgidos pelo descumprimento do negócio.²²

CLAUS ROXIN²³ parte da premissa de que o direito penal enfrenta o delinqüente de três maneiras distintas: ameaçando, impondo e executando penas. Tais esferas de atividade estatal, portanto, necessitam ser justificadas em apartado. Cada “teoria” se dirige a um dos aspectos do direito penal de forma seqüencial: a concepção da prevenção geral à cominação penal, a idéia de retribuição à sentença e a teoria da prevenção especial à execução penal. Consigna o autor, assim, a necessidade de uma “teoria unificadora dialética” dos fins da pena.

No momento da feitura da norma pelo legislador, a pena tem a função de proteger bens jurídicos por meio de intimidação coletiva e abstrata (“prevenção geral”). A cominação da pena se justifica, apenas e sempre, pela necessidade de proteção preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos e prestações.

Quando da determinação judicial, o juiz impõe a pena, individualizando-a conforme o caso concreto. Assim, materializa o magistrado a reprimenda contida abstratamente no tipo penal (“retribuição”), gradua a pena em conformidade com a “prevenção especial” e atende, ainda, a reclamos de “prevenção geral”. Pode-se dizer que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como “individual”, de bens jurídicos e de

²² LOPES JR, 2003, p. 5.

²³ ROXIN, Claus. “Sentido e limites da pena estatal”. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª ed. Vega: Lisboa, 1986, p. 26-47. Segundo o pensamento do aludido autor, a teoria unificadora dialética evita exageros unilaterais e dirige os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de princípios mediante restrições recíprocas. As melhores Constituições são as que, através da repartição de poderes e de um sistema ramificado de outros controles ao poder, integram, no seu direito, diversos pontos de vista e proporcionam ao indivíduo o máximo de liberdade individual. A idéia de prevenção geral reduz-se à justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpabilidade e pela exigência de prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade. Uma teoria da pena que não pretenda manter-se na abstração ou em propostas isoladas deve corresponder à realidade, reconhece as antíteses inerentes à existência social para, de acordo com o princípio dialético, poder superá-las numa fase posterior. Ou seja: cria uma ordem que demonstra que o direito penal só fortalece a consciência jurídica da sociedade no sentido da prevenção geral se, ao mesmo tempo, preservar a individualidade de quem lhe está sujeito; que o que a sociedade faz pelo delinqüente também é o mais proveitoso para ela; e que só se pode ajudar o criminoso reintegrando-o à sociedade, respeitando sua individualidade, sua personalidade e sua dignidade.

prestações estatais, através de um processo que salvguarde a autonomia da personalidade do imputado e que, ao impor a pena, limite-se pela medida da culpa, ou seja, pelo princípio da culpabilidade que limita o poder penal estatal num Estado Democrático de Direito.

No momento da execução da pena, sobeja seu caráter de “prevenção especial” em que se pretende a (re)inserção social e a (re)educação do condenado. Não se deve forçar sua ressocialização, mas colocar à disposição do delinqüente todos os meios necessários para tanto, segundo seus talentos e aptidões, vale dizer: respeitando-se sua individualidade.²⁴

A essência do direito penal, ainda que os tipos penais tenham função de prevenção geral e de proteção, está na pena e esta não pode prescindir do processo penal. O monopólio da aplicação da pena por órgãos jurisdicionais, representa admirável avanço da humanidade. O processo penal é, nesta linha de raciocínio, instrumental em relação ao direito penal e à pena.²⁵

É o que GOMEZ ORBANEJA denomina de “principio de la necesidad del proceso penal”, segundo o qual não há delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal que não seja para determinar o delito e aplicar a pena. Tal princípio resulta da efetiva aplicação no campo penal do adágio latino *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*, que expressa o monopólio estatal da jurisdição penal e a instrumentalidade do processo penal.²⁶

O Direito impõe que só o Poder Judiciário, por meio do devido processo penal, pode declarar o delito e impor a pena. Assim, cumpre aos tribunais reconhecer a existência do fato criminoso e determinar a pena proporcional aplicável ao seu autor. Essa operação, necessariamente, deve ser feita através de processo penal válido e respeitadas todas as garantias constitucionais do acusado.²⁷

O processo penal constitui, assim, uma “instância formal de controle do crime”. Para a criminologia é uma reação formal ao delito e também um “instrumento de seleção”, naqueles sistemas jurídicos que adotam princípios como o da oportunidade e outros mecanismos de consenso.²⁸ Ademais, conforme assevera LOPES JR, assim como “o direito penal é excludente

²⁴ Nesse sentido, dissertando sobre o movimento da Nova Defesa Social, em especial sobre a obra de MARC ANCEL, com o mesmo título: MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

²⁵ LOPES JR, 2003, p. 6.

²⁶ ORBANEJA, Emilio Gomez. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1951, p. 27. Anota LOPES JR, que: “(...) A pena é uma reação do Estado contra a vontade individual. Estão proibidas a autotutela e a “justiça pelas próprias mãos”. A pena deve estar prevista em um tipo penal e cumpre ao Estado definir os tipos penais e suas conseqüentes penas, ficando o tema completamente fora da disposição dos particulares” (Ob. cit., p. 6)

²⁷ LOPES JR, 2003, p. 6-7.

²⁸ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 365 e ss.

(tanto quanto a sociedade), o processo e seu conteúdo aflitivo só agravam a exclusão, eis que se trata de inegável cerimônia degradante que possui seus “clientes preferenciais”²⁹.

Conforme preleciona Hermínio Alberto Marques Porto: “o direito de punir, para ser satisfeito e efetivado, encontra o meio na atividade persecutória oficial; tal atividade – a persecução penal, justifica os atos investigatórios de levantamento dos informes sobre a violação da norma penal substantiva; justifica, também, a manifestação da acusação para a constituição do processo”³⁰.

3.2.2 Direito penal como limite ao poder estatal (direito penal garantista)

A função primordial do direito penal não é a punição do indivíduo, como instrumento da violência estatal, tampouco a prevenção da prática de crimes. A legalidade penal visa, principalmente, proteger o indivíduo frente ao Estado. A lei penal não busca tornar possível a violência estatal, mas a legitima, controla e vincula. A legalidade é, destarte, uma conquista individual e consequência direta da retomada do antropocentrismo, das alterações estruturais políticas e econômicas e, enfim, da evolução da democracia, inspirada na Ilustração e na limitação do poder do Estado.³¹ Outrossim, de se lembrar que o direito penal e processual penal também são garantias do cidadão contra reações particulares.³²

Na lição de JUNQUEIRA:

“O Direito Penal positivado não é um simples arrolar ordenado de sanções, mas um Direito de liberdades. Garante ao cidadão o conhecimento de toda atitude sancionada pelo ordenamento de forma prévia – daí a importância da publicidade – para que possa conhecer os limites de sua liberdade. A contrapartida é a limitação da atuação estatal, que só pode agir nos estritos contornos autorizados, sob pena de perda de legitimidade, com consequências jurídicas e políticas graves e variáveis”³³.

Não se pode analisar o direito penal e processual penal “fora de sua conjuntura política, histórica e social, como mecanismo neutro de intervenção”, porque “a atuação estatal não é neutra, mas impregnada de valor e finalidade”³⁴. No dizer de SILVA SÁNCHEZ:³⁵

²⁹ LOPES JR, 2003, p. 7.

³⁰ PORTO, Hermínio A. Marques. *Júri – Procedimentos e aspectos do julgamento – Questionários*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19.

³¹ JUNQUEIRA, 2004, p. 18-19. Segundo ANABELA MIRANDA RODRIGUES: “Só com Feuerbach, no entanto, o princípio da legalidade é expresso com o conhecido aforismo latino, vindo a reflectir e concretizar uma das conquistas centrais da Revolução Francesa. Mas, com o princípio, Feuerbach acolhia também o seu sentido de garantia da liberdade do cidadão frente ao poder punitivo do Estado - elemento integrante da ideologia liberal nascida do Iluminismo dando-lhe uma formulação jurídico-penal”. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 63.

³² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoria del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 5ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 331 e ss.

³³ JUNQUEIRA, 2004, p. 20.

³⁴ Idem, p. 20-21.

“(…) En definitiva, debe ponerse de relieve la naturaleza esencialmente axiológica de la construcción del sistema, o cual obliga a fundamentar de modo completo la opción por unas determinadas premisas valorativas como fundamentales en el mismo, así como cada una de las valoraciones que, de modo sucesivo, se van integrando en los razonamientos al descender en el nivel de abstracción”.

O direito penal e processual penal têm por fins principais a realização efetiva do Estado Democrático de Direito e do respeito aos direitos e garantias individuais arrolados na Constituição e, como fundamento histórico-filosófico, a primazia do indivíduo em face do Estado e da sociedade. As funções daqueles não podem ser incompatíveis com os fins e o modelo de Estado elencados na Carta Constitucional.³⁶

O Brasil é um Estado Democrático de Direito. Esta foi a opção política do legislador constituinte eleito para tanto. Isto pôs em evidência o indivíduo, o bem comum como fim do Estado e o respeito aos direitos e garantias individuais. O ordenamento jurídico não é neutro, mas influenciado por valores e princípios, que impedem a aplicação de normas destoantes do texto constitucional. Neste diapasão, de se reconhecer o direito penal e processual penal como garantias, porque estabelecem regras e limites para a perseguição e punição dos indivíduos.³⁷

3.2.3 A instrumentalidade processual penal

O processo é um instrumento. Essa é a razão básica de sua existência. O direito penal é ineficaz sem a pena e esta sem processo é inconcebível. A relação entre o direito material e o processual é inequívoca. A instrumentalidade do processo não é apenas jurídica ou jurídico-processual. Não é um instrumento que tem por única finalidade a satisfação de pretensão acusatória ou a composição da lide (processo civil).³⁸

Segundo DINAMARCO, a instrumentalidade processual classifica-se em “negativa” e “positiva”. A primeira nega a existência do processo como um fim em si mesmo e repudia os exageros processualísticos e o aperfeiçoamento das formas (formalismo). A positiva caracteriza-se pela preocupação em extrair do processo a máxima serventia à obtenção de resultados e confunde-se com a questão da “efetividade do processo”, a fim de que ele cumpra integralmente sua função social, política e jurídica, mormente quanto a utilidade e justiça das

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 83.

³⁶ JUNQUEIRA, 2004, p. 22-23.

³⁷ Idem, p. 23.

³⁸ LOPES JR, 2003, p. 8.

decisões.³⁹

O processo, assim, não é um fim em si mesmo, pois sua razão de existir reside no caráter de instrumento em busca de um fim, que não é apenas jurídico. O processo deve também atender funções sociais e políticas, denotando a finalidade metajurídica da jurisdição e do processo. Por isso, o processo penal preocupa-se com a pacificação social, com o bem comum e, desse modo, abandona fórmulas exclusivamente jurídicas. Ainda aponta DINAMARCO, a tendência à visão liberal da jurisdição que tutela o indivíduo frente a possíveis abusos ou desvios de poder do Estado, equilibrando “poder” e “liberdade”.⁴⁰

Forçoso reconhecer o *status* do direito processual penal de instrumento autônomo a serviço do direito penal, do Estado e da sociedade, que, por si só, carece de fundamento de existência.⁴¹ O processo penal serve ao direito penal e, desta forma, também deve cumprir o objetivo maior deste, qual seja: o de proteção do indivíduo.⁴²

Conclui-se, destarte, “que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência”, mas com um traço característico especial: “é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais”, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao direito penal e, por conseguinte, “à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo”. É o que se denomina “instrumentalidade garantista”.⁴³

3.2.4 O garantismo e o processo penal

A teoria do garantismo penal, estruturada por LUIGI FERRAJOLI na obra *Direito e Razão*, consiste basicamente na tutela de direitos fundamentais – vida, liberdades civis e políticas, expectativas sociais de subsistência dos direitos individuais e coletivos – que representam valores, bens e interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência de construções abstratas, como o Direito e o Estado, cuja fruição por todos constitui a base substancial da democracia. A consecução do bem comum e o respeito aos direitos fundamentais são imperativos dos quais não pode se apartar o Estado.⁴⁴

Com a constitucionalização dos direitos naturais (liberais) pela maioria das

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 456.

⁴⁰ Idem, p. 219.

⁴¹ Idem, p. 454.

⁴² LOPES JR, 2003, p. 10.

⁴³ Idem, ibidem.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Trad. Ana P. Zomer; Fauzi H. Choukr; Juarez Tavares; Luiz F. Gomes. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 28-29. No mesmo sentido: LOPES JR, Aury, *Sistemas (...)*, p. 10-11.

constituições modernas e superado o conflito entre “direito natural” e “direito positivo”, o problema enfrentado agora é a divergência entre “o que o *Direito é*” e “o que *deve ser*” num determinado sistema jurídico, vale dizer: entre a “efetividade” e a “normatividade”.

Sobre o tema assevera LOPES JR que:⁴⁵

“A efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal”.

No garantismo, o juiz assume a função de “garante”, e, portanto, não pode quedar-se inerte frente a violações ou ameaças de lesão a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. O juiz assume nova postura no Estado Democrático de Direito. A legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional. Consubstancia-se na proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos, ainda que contrariamente à opinião majoritária.⁴⁶

Assim, cumpre ao magistrado buscar a máxima eficácia da lei em face da parte mais fraca. No momento do crime, esta é a vítima que, por isso, recebe a proteção penal. Entretanto, no processo penal, há o deslocamento da “debilidade” para o acusado, que sofre a violência institucionalizada (estatal) do processo e, posteriormente, da pena.⁴⁷ Segundo GUARNIERI, o acusado é o principal protagonista do processo, pois em torno dele gravitam todos os atos processuais.⁴⁸

No dizer de NORBERTO BOBBIO, no prefácio da obra *Direito e Razão* de FERRAJOLI:⁴⁹

“(…) as grandes linhas de um modelo geral do garantismo: antes de tudo, elevando-o a modelo ideal do Estado de direito, entendido não apenas como Estado liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas como Estado social, chamado a proteger também os direitos sociais; em segundo lugar, apresentando-o como uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, contraposto ao juspositivismo dogmático; e, por último, interpretando-o como uma

⁴⁵ LOPES JR, 2003, p. 11.

⁴⁶ FRANCO, Alberto Silva. “O juiz e o modelo garantista”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.56, p. 02, jul. 1997. Explicita o autor que: “O juiz e a Constituição devem ter, em verdade, uma relação de intimidade: direta, imediata, completa. Há um nível de cumplicidade que os atrai e os enlaça. Na medida em que, de maneira explícita ou implícita, dá-se positividade constitucional aos direitos fundamentais da pessoa humana, estabelece-se, ao mesmo tempo, um sistema de garantias com o objetivo de preservá-los. O juiz passa a ser o garantidor desse sistema. Não pode, por isso, em face de violações ou de ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, permanecer num estado de inércia ou de indiferença, ou mesmo admitir que o legislador infraconstitucional se interponha indevidamente entre ele e a Constituição. Bem por isso, deve o juiz, no modelo garantístico, renunciar quer à função de “boca repetidora” da lei, quer à função meramente corretiva da lei”.

⁴⁷ LOPES JR, 2003, p. 12.

⁴⁸ GUARNIERI, Jose. *Las partes em el proceso penal*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952, p. 272.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Trad. Ana P. Zomer; Fauzi H. Choukr; Juarez Tavares; Luiz F. Gomes. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 9-10.

filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que, precisamente, do reconhecimento e da efetiva proteção (não basta o reconhecimento!) destes direitos extrai sua legitimidade e também a capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva”.

O sistema garantista sustenta-se em seis pilares básicos, sobre os quais ergue-se o processo penal:⁵⁰

1)Jurisdicionalidade – traduz-se na exclusividade do Poder Judiciário para impor a pena através do processo como caminho obrigatório e necessário. Também representa o direito ao juiz natural, a independência da magistratura (que pressupõe sua imparcialidade) e a exclusiva submissão à lei.

2)Inderrogabilidade do juízo – significa a infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição.

3)Separação das atividades e julgar e acusar (sistema acusatório) – visa garantir a imparcialidade do juiz e submeter sua atuação à prévia provocação através de ação penal. “O sistema acusatório exige um juiz expectador, e não um juiz ator (típico do modelo inquisitório)”.⁵¹

4)presunção de inocência – significa que o imputado deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado da condenação. Implica, outrossim, que o ônus da prova incumbe à acusação e na obrigatoriedade de um processo penal válido, com a observância de todos os direitos e garantias do acusado (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, etc.) e do julgamento, ao final, por sentença. Destarte, obriga o magistrado, em face do acusado, a manter uma “posição negativa” – de não considerá-lo culpado previamente – mas, principalmente, a adotar também uma “postura positiva”, ou seja, tratando-o, efetivamente, como inocente até que se prove o contrário.⁵² Exige, também, a fundamentação (motivação) da sentença como instância de “controle da racionalidade do magistrado”.

5)Princípio do contraditório – consiste no confronto entre as versões da acusação e da defesa, estabelecendo a paridade de armas (igualdade processual) entre ambos, como exigência maior de Justiça. O processo penal deve pautar-se pelo equilíbrio e pela igualdade de oportunidades às partes.

6)Fundamentação das decisões judiciais – visa garantir que houve, por parte do magistrado, a observância dos direitos e garantias do acusado, bem como de que existe prova suficiente para derrubar o princípio da presunção da inocência e, assim, lastrear a condenação.

⁵⁰ LOPES JR, 2003, p. 13-23.

⁵¹ Idem, p. 14.

⁵² Idem, p. 16. O princípio da presunção da inocência encontra-se consagrado no artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Avalia-se, destarte, se a “racionalidade” (saber) da decisão judicial predominou sobre o “poder”. Nos precisos termos de LOPES JR: “O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o *saber* que legitima o *poder*, pois a pena somente pode ser imposta a quem - racionalmente - pode ser considerado autor do fato criminoso imputado”.⁵³

Há uma grande afinidade entre o modelo processual penal garantista e o “direito penal mínimo”. Este se condiciona e se limita correspondendo ao máximo grau de tutela das liberdades individuais em face do arbítrio punitivo estatal, bem como ao ideal de racionalidade e de certeza.⁵⁴

O direito penal mínimo objetiva, nesse diapasão, tutelar direitos fundamentais e, assim, retrata a proteção do “débil” contra o “mais forte”. Tal proteção se dá pelo monopólio estatal da pena e pela necessidade de prévio processo penal para sua aplicação. Implica, também, na existência de instrumentos e limites processuais, destinados a evitar os abusos por parte do Estado na tarefa de perseguir e punir. Logo, a discricionariedade judicial dirige-se, sempre, a reduzir a intervenção penal enquanto não motivada por argumentos cognoscitivos seguros. A dúvida, desse modo, deve ser resolvida pela aplicação do princípio *in dubio pro reo* e pela manutenção da presunção do estado de inocência.⁵⁵

Outrossim, de se aduzir que a verdade a ser perseguida no processo penal como fundamento de condenação é, por seu turno, uma verdade “formal” ou “processual”. Daí, somente pode ser obtida mediante o respeito das regras legais relativas aos fatos considerados penalmente relevantes, mormente os procedimentos e as garantias da defesa. É, assim, “mais controlada” quanto ao método de aquisição e “mais reduzida” quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade material (ou real). É limitada: pela “acusação”, que deve ser formulada e apoiada em prova recolhida através de técnicas preestabelecidas conforme a norma; pela possibilidade de prova e oposição; e pela “dúvida”, falta de acusação ou de provas que impõem a manutenção do *status* de inocência do imputado e, por conseqüência, o não acolhimento das hipóteses acusatórias.⁵⁶

⁵³ Idem, p. 19. Aduz o autor: “No modelo garantista não se admite nenhuma imposição de pena: sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido”.

⁵⁴ Idem, p. 20.

⁵⁵ Idem, p. 20.

⁵⁶ Idem, p. 21-22.

O “formalismo do processo penal” protege a liberdade dos indivíduos contra a introdução de verdades substancialmente arbitrárias ou incontroláveis. É imprescindível destacar a existência de verdadeiras “penas processuais”, porque o processo penal, além de representar uma pena por si só, também redundava num alto custo ao acusado que se vê “vítima” de uma imputação formal como instrumento de culpabilidade antecipada e de estigmatização pública. Por outro ângulo, proliferam milhares de processos anualmente que não se seguem de pena alguma e geram o *status* jurídico-social negativo e humilhante de “investigado”, “perigoso”, “reincidente”, “à espera de julgamento”, etc.⁵⁷

O processo penal é, assim, deformado, por que é utilizado como instrumento de perseguição, de intimidação e de punição antecipada pelos órgãos estatais e pela imprensa, com caráter nitidamente infamante, retomando aquilo que foi denunciado por BECCARIA⁵⁸ e revisitado por MICHEL FOUCAULT⁵⁹. Tal espetáculo degradante, verdadeira execração pública, decorre tão somente da investigação ou da acusação por um fato delituoso, quando o indivíduo deveria estar amparado pelo princípio da presunção da inocência.⁶⁰

O “garantismo”, em arremate, encontra sua antítese no “direito penal máximo” e no “utilitarismo processual”, bastante em voga em face da criminalidade crescente e da ineficiência do poder público na sua repressão e conseqüente redução para números, ao menos, aceitáveis.

O utilitarismo relaciona-se à idéia do combate à criminalidade a qualquer custo. Prega um processo penal mais célere e eficiente, mesmo que em detrimento de direitos e garantias individuais pretensamente em nome do interesse social e estatal de apurar e apenar condutas delituosas mais rapidamente. Contudo, ao fazê-lo, suprime direitos e garantias fundamentais e aprofunda o quadro de exclusão social que assola o Brasil, com o mote da máxima eficiência no combate ao crime (antigarantista). O “garantismo”, calcado na observação dos direitos e garantias fundamentais, é necessário pelo alto custo que o processo penal traz consigo.⁶¹

Assim é que IBÁÑEZ, exemplificando, compara a “busca e apreensão domiciliar” e a “invasão de domicílio”, afirmando que, “materialmente”, nada diferencia uma da outra. Porém, “formalmente”, distinguem-se quanto ao respeito das garantias processuais, ao princípio da proporcionalidade, à necessidade da medida, bem como à natureza e importância

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 5ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 730-731.

⁵⁸ BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 15-70.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 9-56.

⁶⁰ LOPES JR, 2003, p. 22.

⁶¹ Idem, p. 23. Para maior aprofundamento sugere-se a leitura da obra *As misérias do processo penal* do sempre atual FRANCESCO CARNELUTTI.

do bem jurídico tutelado.⁶²

O poder estatal deve reduzir-se a limites “racionais” e “legais”. Assim, o juiz, arrimado, primordialmente, em critérios de necessidade e proporcionalidade, deve cingir-se a causar o menor constrangimento possível ao indivíduo submetido à persecução penal (investigação criminal e processo penal).⁶³

3.2.5 Instrumentalidade garantista e Estado Democrático de Direito

Assevera LOPES JR que a pena não é a única função do direito penal. Tão importante quanto a pena é a função de proteção do direito penal aos indivíduos, por meio do princípio da reserva legal, da própria essência do tipo penal e da complexa teoria da tipicidade.⁶⁴ Assim, o processo penal, como instrumento a serviço do direito penal, tem uma dúplice função: a) viabilizar a aplicação da pena; e b) garantir o respeito aos direitos e garantias individuais pelo Estado. Outrossim, de se relembrar que o processo penal constitui ramo do direito público, cuja essência é a autolimitação do poder estatal.⁶⁵

Segundo BOBBIO, ao prefaciá-la obra de FERRAJOLI, em “consequência direta da teoria liberal das relações entre indivíduo e Estado, conforme a qual, primeiro vem o indivíduo e depois o Estado”, este “já não é um fim em si mesmo, porque é, ou deve ser, somente um meio que tem como fim a tutela da pessoa humana, de seus direitos fundamentais de liberdade e segurança coletiva”.⁶⁶

A proteção individual também resulta de imposição do liberalismo que, insurgindo-se contra os desmandos estatais, exigiu que o homem tivesse uma “dimensão jurídica” intangível pelo Estado ou pela coletividade. O Estado de Direito, desde sua origem, renegou o “Estado de Polícia” responsável direto pelo desrespeito sistemático da liberdade do cidadão.⁶⁷

A democracia, nessa esteira de pensamento, é um sistema político que coloca o indivíduo em primeiro plano frente ao Estado. Manifesta-se em todas as esferas da relação Estado e indivíduo, refletindo no fortalecimento do imputado no processo penal. O princípio que norteia o processo penal é o da “proteção dos inocentes”. Essa inocência deve ser mantida até a prolação de sentença penal condenatória transitada em julgado. Assim é correto afirmar

⁶² IBÁÑEZ, Andrés Perfecto. “Garantismo y proceso penal”. *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada*. N. 2. Granada, 1999, p. 50.

⁶³ LOPES JR, Aury, *Sistemas (...)*, p. 23-24.

⁶⁴ *Idem*, p. 24.

⁶⁵ *Idem*, p. 24-25.

⁶⁶ FERRAJOLI, 2004, p. 11.

⁶⁷ LOPES JR, 2001, p. 25.

que o principal objeto da tutela penal não é a salvaguarda da sociedade, mas a tutela da liberdade processual do imputado, o respeito à sua dignidade como pessoa, como efetiva parte do processo.⁶⁸

Num Estado Democrático de Direito, não se pode tolerar um processo penal autoritário, pois o processo deve adequar-se à Constituição e não o contrário. Isso é básico, todavia, na prática, é diuturnamente esquecido pelos operadores do direito e pelo legislador. A estrutura processual penal deve reduzir ao mínimo o risco de erros e abusos, buscando evitar o sofrimento injusto que dela deriva.⁶⁹

⁶⁸ LOPES JR, 2001, p. 26.

⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. México: Episa, 1997, p. 308.

Capítulo IV

DOS PRINCÍPIOS E SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

SISTEMATIZAÇÃO COM CONGRUÊNCIA VALORATIVA

SUMÁRIO: 4.1 Considerações preliminares: sistematização coerente com a pauta valorativa. 4.2 Sistemas persecutórios penais. 4.2.1 O processo penal na Grécia. 4.2.2 O processo penal em Roma. 4.2.3 O processo penal entre os germânicos. 4.2.4 O processo penal canônico. 4.2.5 O sistema inquisitivo nas legislações laicas. 4.3 Sistemas de processo penal. 4.4 Sistema processual penal brasileiro. 4.5 Sistemas de investigação criminal quanto ao órgão encarregado. 4.5.1 Investigação criminal policial. 4.5.2 Investigação criminal judicial. 4.5.3 Investigação criminal ministerial.

4.1 Considerações preliminares: sistematização coerente com a pauta valorativa

A Constituição da República traz os fundamentos institucionais, políticos e ideológicos do ordenamento jurídico, por se situar, com rigidez, no ápice normativo predominante sobre as fontes formais do Direito. Uma Constituição rígida, como a brasileira de 1988, vincula todos os órgãos e “Poderes” do Estado a seus preceitos, lhes impondo obediência aos princípios e valores nela contidos, como fonte material das normas que devem regular governantes e governados no convívio social.¹

Em conformidade com o pensamento de FREDERICO MARQUES, o direito processual confere “aos indivíduos os instrumentos e remédios para a defesa de seus direitos, razão pela qual a Constituição, que é onde se definem os direitos básicos da pessoa humana, traça e prevê garantias e meios para eficazmente garanti-los”. O direito processual penal é o ramo do direito processual que encontra mais afinidade com a Constituição, em virtude de estar em jogo a liberdade individual que ambos tutelam.²

Os princípios constitucionais estabelecem “regras gerais” e de “obediência obrigatória”, cuja fonte se encontra na própria Carta. No dizer de FREDERICO MARQUES, “(...) são eles preceitos amplos e genéricos, impostos pela Constituição, para assegurar os valores éticos e políticos que ela consagra e adota”.³

¹ Neste sentido: MARQUES, José Frederico. *O processo penal na atualidade. Processo penal e Constituição Federal*. Org. Hermínio A. Marques Porto; Marco A. Marques da Silva. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 13.

² Idem, p. 14.

³ Idem, p. 14-15. Assevera, ainda, FREDERICO MARQUES que: “No tocante ao direito processual penal, o princípio supremo em que todos os demais encontram os elementos que os tornam aplicáveis e suscetíveis de se projetarem hit et nunc nos procedimentos penais é aquele da independência do Poder Judiciário, de

A jurisdição penal atua, assim, como jurisdição constitucional de liberdades, vez que tutela imparcialmente o direito de liberdade do indivíduo quando este se encontra sob a ameaça ou atuação da persecução penal, ou até mesmo quando enfrenta o legislador através do controle de constitucionalidade.⁴

Na seara jurídica faz-se mister recorrer à idéia de “sistema”, que é importante baliza de cientificidade e de racionalidade da moderna dogmática jurídica, como forma de impor limites ao arbítrio, através da compatibilização e coerência entre “princípios” e “regras”. O princípio da legalidade, de inquestionável importância, é, contudo, insuficiente para a limitação pretendida.⁵

O ordenamento ou sistema jurídico é concebido a partir de “valores reitores”, ou seja, valores que sobressaem e informam todo o sistema. Assim, CANARIS afirma que:

“(…) garante-se que a ‘ordem’ do Direito não se dispersa numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes se deixando reconduzir a critérios gerais relativamente pouco numerosos; e com isso fica também demonstrada a efetividade da segunda característica do conceito de sistema: a unidade”.⁶

Desse modo possibilitam a harmonização do todo com nexos e finalidades claras.⁷ Segundo CANARIS: “A função do sistema na Ciência do Direito reside, por consequência, em traduzir e desenvolver a *adequação valorativa* e a *unidade interior da ordem jurídica*. A partir daí, o *pensamento sistemático* ganha também a sua *justificação* que, com isso, se deixa *derivar* mediatamente dos *valores jurídicos mais elevados*”.(Grifo nosso)⁸

No Brasil percebe-se a interpretação legal desprovida de alusões a valores ou à idéia de sistema. Anota JUNQUEIRA que isso se deve à influência, da “escola técnico-jurídica”, doutrina cunhada por ARTURO ROCCO, que trouxe limites mais estreitos para o direito criminal, divorciando-o da filosofia e da política.⁹ Prossegue JUNQUEIRA asseverando a necessidade do entendimento daquele movimento como reação ao pensamento da “escola positiva”, em seu contexto histórico (período interguerras), contestando a legitimação democrática do Poder Judiciário e também em face estagnação do desenvolvimento do constitucionalismo à época.¹⁰

seus Juizes e Tribunais”. O que está em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no art. 14, n. 1: “Toda pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial”.

⁴ Idem, p. 16.

⁵ JUNQUEIRA, 2004, p. 12.

⁶ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 20.

⁷ JUNQUEIRA, *Finalidades da Pena*, p. 12-13.

⁸ CANARIS, 1996, p. 280.

⁹ JUNQUEIRA, 2004, p. 13.

¹⁰ Idem, ibidem.

As idéias de ROCCO remontam à concepção totalitarista (fascismo e nazismo) que culminou na Segunda Guerra Mundial, fato que marcou o ressurgimento de valores humanitários, dos ideais democráticos e da primazia do indivíduo em face do Estado, a fim de se evitar ideologias radicais que permitiram o massacre de milhões de vidas. Após a guerra, desloca-se o eixo de importância do Estado Social para o homem, substrato real da sociedade dotado de direitos e garantias.¹¹

A concepção de ROCCO, ao contrário do que se possa pensar, ainda está presente em parte dos operadores do Direito no Brasil, que não reconhecem a autoridade dos “valores na compreensão do fenômeno jurídico, como se a letra posta da lei fosse a solução completa de todo conflito apresentado, numa leitura pouco contextualizada da já ultrapassada escola técnico-jurídica”. A ausência desse vetor contribui para a arbitrariedade, dado que a “valoração é componente intrínseco ao processo interpretativo e decisório, e toda tomada de posição, inclusive a que (aparentemente) não aceita valoração, não deixa de ser política”. Os tipos penais, precisos e claros, que inicialmente foram concebidos como instrumentos de garantia e de freio ao arbítrio estatal, maximizaram a intervenção estatal, mormente ao perseguir os indivíduos não enquadrados no paradigma de sociedade pretendido.¹²

É pura falácia afirmar-se que o método lógico dedutivo implica em maior segurança jurídica aos indivíduos, visto que: “O arbítrio vem exatamente da possibilidade de adoção casuística e individual do valor regente em cada situação, ou seja, não há vínculos que obriguem os operadores do Direito a trabalharem o ordenamento na mesma direção”.¹³

No âmbito criminal, é sensível o desrespeito aos valores que orientam os fins do direito penal e processual penal. No momento em que se opta por um valor preponderante, todo ordenamento jurídico, bem como sua interpretação, deve passar a segui-lo, possibilitando a sistematização, que diminui o arbítrio e fortalece as garantias democráticas. Aliás, a segurança jurídica é um dos esteios do próprio Estado Democrático de Direito. Arremata, com precisão, JUNQUEIRA: que esses valores devem ser extraídos da própria Constituição da República e de seus princípios, mormente o Estado Democrático de Direito, opção política e valor maior da Carta de 1988.¹⁴

4.2 Sistemas persecutórios penais

¹¹ Idem, p. 14.

¹² Idem, p. 14-15.

¹³ Idem, p. 15.

¹⁴ JUNQUEIRA, 2004, p. 16-17.

4.2.1 O Processo Penal na Grécia

Os atenienses distinguiam os crimes públicos, que prejudicavam a coletividade e cuja repressão cabia ao Estado, dos privados, que se constituíam em lesões menos graves e sua repressão incumbia à parte. O processo penal caracterizava-se pela participação direta dos cidadãos na acusação e na jurisdição, pela oralidade, ausência de garantias para o acusado e pela publicidade dos atos processuais.¹⁵

4.2.2 O Processo Penal em Roma

Os romanos, assim como os atenienses, também distinguiam os delitos em público, quando o Estado tomava para si o papel repressivo, e privado, quando o Estado assumia o papel de árbitro para solucionar o conflito entre os litigantes. O processo penal privado foi caindo em desuso e quase que totalmente abandonado.¹⁶

No início do período monárquico, o poder de julgar era ilimitado. Ao receber a notícia do crime, o magistrado procedia às investigações preliminares chamadas de *inquisitio*, após as quais impunha a pena. Não havia acusação, tampouco qualquer garantia era dada ao acusado. A fase processual chamava-se *cognitio*.¹⁷

A fim de limitar o arbítrio judicial surgiu a *provocatio ad populum*. O condenado podia recorrer da decisão ao povo reunido em comício, que decidia com base nos elementos coligidos pelo magistrado na *inquisitio*. Tinha, assim, alguma semelhança com uma apelação. Contudo, apenas os “cidadãos” romanos podiam valer-se de tal “recurso”.¹⁸

No fim do período republicano surge a *accusatio*, em que qualquer cidadão, salvo magistrados, mulheres, menores e pessoas com maus antecedentes, podia acusar outrem. Iniciava-se com a *postulatio* dirigida ao *quaestor* pelo acusador. Uma vez aceita a *postulatio*, esta era inscrita no registro do tribunal (*inscriptio*). O acusador tinha o dever de proceder a investigações para provar a acusação em juízo e acompanhá-la até a decisão final.¹⁹ Anota TOURINHO FILHO que, na época de “Cícero, o acusador dispunha de três horas para demonstrar a procedência da acusação; igual prazo era conferido à defesa”.²⁰

15 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 1. 18ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 75-76. Destaca TOURINHO FILHO, com base em FAUSTIN HÉLIE, que os tribunais atenienses mais importantes eram os da Assembléia do Povo, o Areópago, o Tribunal dos Éfetos e o Tribunal dos Heliastas.

¹⁶ Idem, p. 76.

¹⁷ Idem, p. 76-77.

¹⁸ ABREU, Florêncio de. *Comentários ao Código de Processo Penal*. V. 5. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 164 e ss.

¹⁹ TOURINHO FILHO, 1997, p. 77.

²⁰ Idem, p. 78.

Durante o império, a *accusatio* foi substituída pela *cognitio extra ordinem*. O magistrado amealhou atribuições outrora pertencentes ao acusador privado, tornando-se a um só tempo acusador (“Ministério Público”) e Juiz: o *praefectus urbis* ou o *praefectus vigilum*. Procedia-se a uma investigação preliminar por meio de funcionários assemelhados aos atuais órgãos de Polícia Judiciária: os *curiosi*, *inerarchae*, *nuntiatores*, *stationarii* e os *digiti duri*. A apelação, neste procedimento, dirigia-se ao imperador. Com o tempo passou a magistrados de grau superior.²¹

Outrossim, assevera TOURINHO FILHO²² que:

“O processo da *cognitio extra ordinem* faz introduzir, entre os romanos, a tortura, para a obtenção de confissões. A princípio torturava-se o réu. Depois, não só o réu como também as testemunhas para que falassem a verdade”.

4.2.3 O Processo Penal entre os germânicos

Os germânicos também distinguiram os crimes em públicos e privados. A justiça para os primeiros era administrada por Assembléia presidida pelo rei, príncipe, duque ou conde. A confissão era a maior fonte de prova, mormente para a condenação do réu. Acusado e citado para comparecer ante a Assembléia, o ônus da prova incumbia ao réu, que deveria demonstrar sua inocência, sob pena de ser condenado.²³

As principais provas eram os “ordálios” ou “Juízos de Deus” e o “juramento”. Este consistia no juramento feito pelo acusado de não ter praticado o crime em questão, que podia ser fortalecido pelos Juízes que declaravam, também sob juramento, que o acusado era incapaz de cometer falsidades.²⁴

O Juízo de Deus era uma prática generalizada. Havia o “duelo judicial” no qual quando o acusado vencia, era declarado inocente. Havia outros Juízos de Deus como o da “água fria” – que consistia em arremessar o acusado na água: se submergisse era inocente e se permanecesse na superfície era culpado – e o da “água fervente”, que consistia em colocar o braço do réu na água fervente e, se ao retirá-lo não houvesse sofrido nenhuma lesão, era absolvido. Já pelo Juízo de Deus do “ferro em brasa”, o acusado segurava por um determinado tempo um ferro incandescente e, não se queimando, era inocentado.²⁵

²¹ TOURINHO FILHO, 1997, p. 78-79.

²² Idem, p. 79.

²³ Idem, p. 79.

²⁴ Idem, p. 79-80.

²⁵ Idem, p. 80. De se aduzir que ao invadir Roma apareceu um processo misto com elementos germânicos e romanos.

4.2.4 O Processo Penal canônico

Inicialmente, a jurisdição eclesiástica serviu para defender os interesses da Igreja e retirar seus membros da jurisdição secular. TOURINHO FILHO assevera que:

“Até o século XII, o processo era de tipo acusatório: não havia júzo sem acusação. O acusador devia apresentar aos Bispos, Arcebispos ou Oficiais encarregados de exercerem a função jurisdicional a acusação por escrito e oferecer as respectivas provas. Punia-se a calúnia. Não se podia processar o acusado ausente”.

Após o século XIII prevaleceu o sistema inquisitivo, tornando-se comum as denúncias anônimas e a inquisição. A acusação, nos crimes de ação pública, e a publicidade dos processos foram abolidas. O magistrado procedia de ofício. As testemunhas eram ouvidas em segredo. O imputado era torturado visando sua confissão. O acusado não possuía qualquer garantia, nem ao menos defesa.²⁶

4.2.5 O sistema inquisitivo nas legislações laicas

O processo inquisitivo, originalmente afeto às jurisdições eclesiásticas espalhou-se e dominou as legislações laicas da Europa continental. TOURINHO FILHO cita como exemplos: na Espanha, o *Libro de las Leyes (Las Siete Partidas)*; na Alemanha, a Lei Imperial de 1503 (*Constitutio Criminalis Carolina*).²⁷

Admitiam-se as denúncias anônimas ou secretas na ilusão de que facilitariam o descobrimento dos delitos e de seus autores e, conseqüentemente, sua punição pelos magistrados.²⁸ Na França, o processo era escrito, secreto e não contraditório. Não se permitia a defesa, a tortura objetivando a confissão era a regra e o acusador e julgador consubstanciavam-se numa só pessoa.²⁹

Na Inglaterra, diferentemente da Europa continental, prevalecia a instituição do júri (um de acusação e outro de julgamento) e o julgamento justo, em que se permitia o conhecimento da acusação e do acusador e a defesa do imputado. Via-se na Inglaterra instituições verdadeiramente liberais e que, de certo modo, influenciou movimentos de combate ao sistema inquisitivo no século XVIII na Europa continental. Assim, MONTESQUIEU, BECCARIA e VOLTAIRE insurgiram-se contra as torturas, as denúncias e processos secretos, a ausência do direito de defesa e da publicidade e da motivação das

²⁶ TOURINHO FILHO, 1997, p. 80-81.

²⁷ TOURINHO FILHO, 1997, p. 81.

²⁸ Neste sentido: MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Chile 2970, 1951, p. 54-55.

²⁹ TOURINHO FILHO, 1997, p. 82.

sentenças.³⁰

Com o advento da Revolução Francesa, essas idéias foram incorporadas. A ação penal tornou-se sempre pública e exercida pelo Ministério Público. O ofendido poderia pleitear tão somente a reparação do dano advindo do delito. O sistema pós-revolução era misto: inquisitivo na fase da instrução preparatória (escrito, secreto e não contraditório); e acusatório na fase de julgamento (oral, público e contraditório). Este sistema influenciou toda a Europa, mormente com a expansão do império napoleônico.³¹

Na segunda metade do século XIX, alguns códigos europeus passaram a permitir algum exercício de defesa também na instrução preparatória. Assim, dentre outros, o código austríaco de 1873, o alemão e o norueguês, ambos de 1877, o espanhol de 1882, o húngaro de 1896 e o francês de 1897. Este último aboliu o caráter inquisitivo da instrução preliminar, convertendo-a em contraditória.³²

No século XX, o código italiano de 1930 e o francês de 1935 restauraram o caráter inquisitivo da instrução criminal, fazendo ainda hoje predominar na Europa, com maior ou menor intensidade, o sistema misto, e, inclusive, no Brasil.³³

4.3 Sistemas de processo penal

É possível identificar-se, historicamente, três sistemas de processo penal, a saber: a) inquisitivo; b) acusatório; e c) misto.

O sistema inquisitivo é aquele que se caracteriza pela concentração dos poderes de acusar e de julgar nas mãos de uma única pessoa: o magistrado. A confissão do réu é buscada a todo custo, pois é considerada a “rainha das provas”. O procedimento é escrito e sigiloso. Não há debates orais, tampouco publicidade. O julgador não pode ser recusado. Não há contraditório, nem direito de defesa.³⁴

O sistema acusatório, que remonta à Índia, Atenas e à Roma republicana, e que atualmente vigora em muitas legislações atuais,³⁵ ao contrário do inquisitivo, atribui as funções de acusar e julgar a órgãos diversos. Em conformidade com GUILHERME DE SOUZA NUCCI, tem por características: a) liberdade de acusação deferida ao ofendido e a qualquer cidadão; b) predomínio da liberdade de defesa; c) igualdade entre as partes no processo; d)

³⁰ Idem, p. 82-83.

³¹ Idem, p. 83-85.

³² Idem, p. 85.

³³ TOURINHO FILHO, 1997, p. 86.

³⁴ Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 99.

³⁵ TOURINHO FILHO, 1997, p. 86-87.

procedimento público e contraditório; e) possibilidade de recusa do julgador; f) sistema livre de produção de provas; g) predomínio da participação popular na justiça criminal; e h) a liberdade do imputado é a regra em face do princípio da presunção de inocência.³⁶

Com a adoção do sistema acusatório deu-se a processualização da persecução penal, estruturado para a atuação de três partes na relação processual. De se lembrar que, no sistema inquisitivo, o processo penal, apesar de judicializado, não tinha contornos jurisdicionais, pois o juiz atuava na persecução penal, com “poderes de autotutela do Estado na luta contra o crime, em vez de, como se dá no sistema acusatório, ser órgão destinado a compor imparcialmente o litígio penal, dando a cada um o que é seu”.³⁷

O sistema misto ou acusatório formal surgiu após a Revolução Francesa, sendo introduzido na França pelo *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, sobretudo em decorrência da luta dos enciclopedistas contra o processo inquisitivo que vigorava até então. Quase todas as legislações européias também adotaram-no.³⁸ Caracteriza-se pela divisão do processo em duas fases distintas: a de instrução preliminar ou prévia, de índole inquisitiva; e a de julgamento, com caracteres preponderantes do sistema acusatório. Na primeira fase, o procedimento é secreto, escrito e não contraditório. No segundo momento, o procedimento caracteriza-se pela oralidade, publicidade e contraditoriedade. Também pela concentração dos atos processuais, intervenção de juízes populares e livre apreciação das provas.³⁹

4.4 Sistema processual penal brasileiro

O sistema de processo penal adotado no Brasil é “misto”. Sob o ponto de vista único da Constituição de 1988, pode-se afirmar que o sistema adotado pelo legislador pátrio é o acusatório. Contudo, o processo penal brasileiro é regido pelo Código de Processo Penal de 1941, elaborado segundo concepção fortemente inquisitiva, em plena Era Vargas e inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930 (Código de Rocco), por sua vez arquitetado sob a ótica fascista que imperava naquele país.⁴⁰

³⁶ NUCCI, *Manual (...)*, 2005, p. 99.

³⁷ MARQUES, José Frederico. *O processo penal na atualidade (...)*, 1993, p. 18.

³⁸ TOURINHO FILHO, 1997, p. 89.

³⁹ NUCCI, *Manual (...)*, 2005, p. 99-100.

⁴⁰ Neste sentido: NUCCI, *Manual (...)*, 2005, p. 100.

Processualistas do porte de TOURINHO FILHO,⁴¹ dentre outros, sustentam que o sistema processual penal brasileiro é “acusatório”, com base nos princípios constitucionais vigentes – devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, etc. No entanto, não é levado em conta o Código de Processo Penal que prevê a colheita inicial de elementos comprobatórios da materialidade do fato e indiciários de sua autoria através do inquérito policial, presidido por autoridade policial – Delegado de Polícia – com características fortemente inquisitivas (procedimento secreto, escrito, ausência de contraditório e ampla defesa, impossibilidade de recusa da autoridade investigante, etc.).⁴²

Esquece-se que, somente após o oferecimento da denúncia (ação penal), ou seja, com a instauração da “persecução penal em juízo”, vigoram as garantias constitucionais supramencionadas que aproximam o procedimento do sistema acusatório. E adverte, neste sentido, GUILHERME DE SOUZA NUCCI que:⁴³

“Ora, fosse verdadeiro e genuinamente acusatório e não se levariam em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nossos processos na esfera criminal. O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica (aliás, produzida uma só vez durante o inquérito e tornando à defesa extremamente difícil a sua contestação e/ou renovação, sob o crivo do contraditório), os depoimentos colhidos e, sobretudo - e lamentavelmente - a confissão extraída do indiciado”.

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O processo condenatório prévio do imputado deve atender a todos os ditames e corolários do devido processo legal, nos precisos termos do artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

A garantia da ampla defesa e todas aquelas que derivam do “devido processo legal” devem ser respeitadas, cumpridas e obedecidas no juízo prévio, sem o que não se pode impor a pena. Sem a observância de tais garantias, carece de validade e eficácia a sentença condenatória proferida naquele juízo.⁴⁴

A Constituição de 1988 distingue claramente a investigação criminal da instrução processual penal, logo em seu início, conforme se verifica da redação do inciso XII, do artigo

⁴¹ TOURINHO FILHO, 1997, p. 90-91.

⁴² NUCCI, *Manual (...)*, 2005, p. 100.

⁴³ *Idem*, p. 100-101.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. *O processo penal na atualidade (...)*, 1993, p. 17.

5º: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de *investigação criminal* ou *instrução processual penal*;” (Grifo nosso).

Nesse diapasão, aduz FREDERICO MARQUES que: “A extensão do devido processo legal aos atos investigatórios decorre do próprio texto em que essa garantia vem declarada. Todavia, esse devido processo não se identifica com o da instrução judicial, isto é, processual”. Do inciso LV, do artigo 5º, depreende-se que o contraditório e a ampla defesa são assegurados “aos acusados em geral”, que só existem no processo, e não na investigação policial, em que há apenas indiciado.⁴⁵

Os incisos LXII a LXVII, do artigo 5º, da Carta de 1988, estabelecem limites à atividade policial, em favor do preso ou do indiciado. Também incrimina-se a tortura, conforme inciso XLIII, do artigo 5º. A investigação policial contém atos informativos, o que impede, por força do princípio do devido processo legal, que alicercem condenação penal. Os elementos colhidos no inquérito policial servem para formação da convicção do Ministério Público, seja para o arquivamento dos autos do inquérito policial, seja para o oferecimento de denúncia. Contudo, tais elementos, por que não colhidos em contraditório e sem a garantia da ampla defesa, não podem constituir-se em provas para embasar a condenação do réu.⁴⁶

Enuncia ROGÉRIO LAURIA TUCCI que “o moderno processo penal delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório”.⁴⁷ Em suma, o sistema processual penal pátrio é misto, vale dizer: inquisitivo na sua primeira fase; e formalmente acusatório na segunda. Outrossim, de se notar sua feição “garantista” em face dos princípios, direitos e garantia fundamentais erigidos na Carta de 1988.⁴⁸

Qualificar o sistema processual penal do Brasil como acusatório é olvidar que o juiz pode produzir prova de ofício (artigo 156, do Código de Processo Penal), decretar a prisão preventiva do acusado de ofício (artigo 311) e formar sua convicção pela livre apreciação da prova (artigo 157). Se o inquérito policial destinasse-se tão somente à formação da convicção do órgão acusatório, não integraria os autos do processo, possibilitando ao magistrado valer-

⁴⁵ Idem, p. 18.

⁴⁶ Idem, p. 18-19. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Investigações pelo ministério público. Boletim IBCCRIM*. V.12, n.145. São Paulo, dez. 2004, p. 4.

⁴⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 42.

⁴⁸ Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 101.

se de elementos probatórios colhidos nele, alguns inclusive de repetição impossível, para condenar ou absolver alguém.⁴⁹

4.5 Sistemas de investigação criminal quanto ao órgão encarregado

Quanto ao órgão ou sujeito encarregado, os sistemas de investigação preliminar podem classificar-se em: a) policial – a titularidade da investigação criminal é da Polícia Judiciária; b) judicial – a investigação criminal incumbe ao Poder Judiciário: o sistema do “juiz instrutor”; e c) ministerial – a investigação criminal incumbe a membro do Ministério Público: o sistema do “promotor investigador”.⁵⁰

4.5.1 Investigação criminal policial

O sistema policial atribui à Polícia Judiciária a direção da investigação preliminar destinada a elucidar os crimes e levar seus autores a julgamento. A partir do conhecimento do fato delituoso, seja através da notícia do crime ou de qualquer outra fonte de informação, a autoridade policial encarregada instaura o procedimento administrativo próprio para o desenvolvimento de intensa atividade de apuração, a fim de colher os elementos probatórios necessários para formar a convicção do órgão de acusação.⁵¹

Outrossim, cabe à autoridade policial traçar as diretrizes da investigação, vale dizer: definir os atos a serem praticados (ouvida do ofendido e do indiciado; oitiva de testemunhas; determinação de perícias, inclusive o exame de corpo de delito; identificação do indiciado; etc), quem os fará, e também como, quando e de que forma serão praticados. Caso necessite restringir direitos individuais (Buscas e apreensões, prisões cautelares, interceptações telefônicas, etc.) deve representar ao órgão judicial, solicitando-as.⁵²

A Polícia Judiciária, neste diapasão, não é auxiliar da investigação criminal, mas seu titular. Preside a investigação preliminar, dirige a apuração das infrações penais e de sua autoria com autonomia, não se subordinado funcionalmente ao Poder Judiciário, nem ao Ministério Público.⁵³

Por óbvio, a natureza do procedimento investigatório realizado segundo esse sistema é “administrativa”. Os órgãos de Polícia Judiciária, apesar do nome, não estão integrados ao

⁴⁹ Idem, *ibidem*. No mesmo sentido: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 234.

⁵⁰ Nesse sentido: LOPES JR, 2003, p. 63.

⁵¹ Idem, *ibidem*.

⁵² LOPES JR, 2003, p. 63.

⁵³ Idem, *ibidem*.

Poder Judiciário, tampouco são dotados de poder judicial. Integram a estrutura do Poder Executivo, sendo, portanto, órgão da Administração Pública. O exemplo mais próximo desse sistema é o inquérito policial brasileiro, regulamentado nos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal vigente.⁵⁴

Outrossim, anota LOPES JR que o sistema adotado no Brasil está em crise, devido à não satisfação da acusação, da defesa e do magistrado com os elementos fornecidos pelo inquérito policial. Contudo, o autor ainda aduz que alguns sistemas de investigação preliminar são apenas “formalmente” judiciais ou ministeriais, em face da realização dos atos investigatórios pela polícia.⁵⁵

Num país de dimensões continentais como o Brasil, a polícia é o órgão que mais tem condições de atuar em todo e qualquer lugar do território nacional. Noutras palavras: com uma abrangência bem maior que a do juizado de instrução ou do promotor investigador, a investigação preliminar policial confere um maior alcance à persecução penal.⁵⁶ Nem o Poder Judiciário, nem o Ministério Público conseguem chegar onde a polícia chega com a mesma “rapidez”. Entretanto, infelizmente, de se frisar que essa “presteza” nem sempre se traduz em “eficiência”.

A despeito das vantagens apontadas em supra a favor da investigação preliminar policial, algumas desvantagens (ou inconvenientes⁵⁷) são apontadas pela doutrina. Assim, FIGUEIREDO DIAS E COSTA ANDRADE asseveram que a polícia é o braço armado da sociedade e representa a parte mais facilmente perceptível do controle formal da criminalidade.⁵⁸

Assim, dispõe de um poder discricionário (não arbitrário) muito grande na persecução criminal, atuando quase sempre em face de determinados grupos sociais, via de regra já estigmatizados⁵⁹, deixando, por vezes, impunes criminosos de classe social mais elevada, o

⁵⁴ Idem, p. 64.

⁵⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶ Idem, p. 64-65. Esse argumento foi levantado em 1941, quando da elaboração do Código de Processo Penal vigente, explicitado por Francisco Campos no item IV da Exposição de Motivos do mesmo, e, ao que parece, em face da conjuntura política, social e econômica do Brasil, ele continua válido. Nem o Poder Judiciário, nem o Ministério Público brasileiros têm estrutura e pessoal suficiente para desenvolver essa importante missão. Tampouco têm o treinamento adequado para tanto. E mais: a remuneração daqueles é muito superior à dos integrantes das polícias.

⁵⁷ Terminologia usada por LOPES JR, 2003, p. 65.

⁵⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 443 e ss.

⁵⁹ Criminosos estereotipados, clientes preferenciais dos órgãos policiais, crimes de maior ou menor vulto e repercussão perante a imprensa e a sociedade, etc. Esses mesmos sintomas podem ser vistos e sentidos no Poder Judiciário, no Ministério Público e em diversos segmentos sociais.

que viola qualquer idéia de igualdade jurídica. No dizer de FIGUEIREDO DIAS E COSTA ANDRADE,⁶⁰ a discricionariedade fática da atuação policial apresenta as seguintes variáveis:

a) Gravidade do delito – a eficácia policial tende a aumentar nos crimes mais graves ou de maior repercussão pública. Devido ao nível sócio-cultural do agente policial, ele tende a valorar os delitos mais próximos de sua realidade como de maior gravidade, não atribuindo a mesma relevância a crimes como os de “colarinho branco” (White collar crimes).

b) Atitude do sujeito noticiante do fato criminoso – a polícia tende a apurar com mais celeridade e presteza os crimes que são denunciados e acompanhados pelo ofendido ou quem o represente.

c) Distanciamento sócio-cultural da polícia – em franco prejuízo aos princípios da legalidade e da igualdade, bem como aos direitos fundamentais dos suspeitos, os agentes policiais normalmente absorvem os “critérios e as tendências” do meio em que atuam. A diferença de tratamento entre suspeitos em delegacias de polícia de bairros de população mais pobre e aqueles de população mais rica é repugnado pelo Estado Democrático de Direito.

d) Atitude do suspeito – a postura do suspeito, independentemente dos elementos probatórios que recaiam sobre ele, pode fazer com que a autoridade policial seja mais ou menos rigorosa na apuração da infração penal. Deste modo, o exercício de direitos consagrados e garantidos constitucionalmente podem soar como “desafio” à autoridade.

e) Relacionamento com o Poder Judiciário e o Ministério Público – aponta LOPES JR, com base em FIGUEIREDO DIAS E COSTA ANDRADE, que via de regra os integrantes da corporação policial provêm das classes sociais mais baixas da sociedade. Apegam-se ao positivismo puro, o que os identificam com movimentos como o *Law and Order* e o Estado Policial. Em face disto, tendem a revoltar-se com a postura garantista dos tribunais e do *Parquet*, considerados pelos policiais como burocratas que desmoralizam o serviço e a corporação policial. Estas animosidades, por vezes recíprocas, geram prejuízos para a apuração do fato e prisão dos culpados e, em decorrência, a toda sociedade. Falta aos órgãos estatais incumbidos da persecução penal o necessário entrosamento para a consecução de tão importante missão.⁶¹

f) Interpretação das normas – a polícia, não raramente, interpreta as normas jurídicas, mormente aquelas que dizem respeito aos direitos e garantias fundamentais do sujeito passivo

⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, *Criminologia (...)*, 1992, p. 454 e ss. No mesmo sentido: LOPES JR, 2003, p. 66-69.

⁶¹ LOPES JR, 2003, p. 67.

da investigação criminal, diferentemente dos magistrados e dos promotores, inclusive negando-lhes efetividade.

g) *Status* econômico e social do infrator – a polícia é mais suscetível a pressões político-econômicas e da mídia do que o Poder Judiciário e o Ministério Público. Inclusive, também não raras vezes, noticia-se a ocorrência de casos de corrupção, de abuso de autoridade e até de crimes gravíssimos como participação em chacinas, conluio com o tráfico de drogas e de armas, etc.⁶²

Contudo, apesar das críticas acima expostas, de se asseverar que a realidade brasileira é bastante diferente daquela encontrada em outros países. Os delegados de polícia, autoridades policiais incumbidas constitucionalmente da apuração das infrações penais e de sua autoria, tanto integrantes da Polícia Federal, como das Polícias Cíveis (estaduais) são bacharéis em direito, aprovados em concurso público de provas e títulos e treinados especificamente para desenvolver essa importante função constitucional. Possuem, assim, a mesma formação superior exigida de juízes e de promotores.

Outrossim, tais críticas não devem ser generalizadas a toda a polícia, pois “maus profissionais” existem em instituições públicas e privadas, inclusive no Poder Judiciário e no Ministério Público. Reestruturar e reorganizar os órgãos policiais é uma medida premente para adequá-los à realidade da criminalidade atual. Não basta apenas modificar as leis, mas investir pesadamente em recursos materiais e humanos para aqueles órgãos a fim de tornar mais efetivo o combate à criminalidade e, assim, atender aos anseios da sociedade.

De se lembrar que sobre a polícia recai o controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público e a corregedoria da Polícia Judiciária de incumbência do Poder Judiciário. Se a polícia atua tão mal assim, não desenvolvendo a contento seu mister, a culpa também deve recair sobre esses órgãos que, aliás, e juntamente com a defesa, são os destinatários dos atos praticados pela autoridade policial.

4.5.2 Investigação criminal judicial

Também conhecida por “investigação preliminar judicial” ou sistema do “juiz instrutor”,⁶³ é aquele sistema de investigação no qual o juiz instrutor, membro, por conseguinte, do Poder Judiciário, é a autoridade máxima da investigação criminal e responde pelo início e desenvolvimento da apuração das infrações penais.⁶⁴

⁶² Idem, p. 66-69.

⁶³ LOPES JR, 2003, p. 70.

⁶⁴ Idem, ibidem.

Esclareça-se que a natureza jurídica da investigação preliminar a cargo do juiz instrutor é de “procedimento judicial pré-processual”. Outrossim, lembra muito bem LOPES JR que quando a investigação couber ao Ministério Público e este integrar o quadro do Poder Judiciário, a natureza jurídica dessa investigação é também de procedimento judicial pré-processual. Contudo, se o *Parquet* integrar o Poder Executivo, a natureza da investigação é de “procedimento administrativo pré-processual”.⁶⁵

Neste diapasão, o juiz instrutor dirige a investigação e determina seu rumo, a realização das diligências que entender necessárias para fornecer os elementos necessários para que o Ministério Público forme sua convicção e, se for o caso, exerça a acusação, e, também, para que ele, juiz, em fase intermediária, decida sobre a admissão ou não da acusação.⁶⁶

Outrora atuando como “inquisidor”, o juiz instrutor atuava como parte, investigando, acusando, “defendendo” e julgando o imputado.⁶⁷ O procedimento era escrito, secreto e não contraditório. Vigorava o sistema da prova tarifada. A confissão, normalmente conseguida mediante tortura, e a prova testemunhal eram considerados os principais elementos comprobatórios do delito e de sua autoria. Também cumpre anotar que o acusado era mero objeto da persecução penal e a prisão era a regra.⁶⁸

Todavia, o modelo atual de investigação criminal judicial, com as particularidades de cada país que o adota, não mais permite essa atuação quase incontestável do Poder Judiciário. A acusação incumbe ao Ministério Público ou ao ofendido. Também não julga as causas que instrui.⁶⁹ Atua como juiz na busca e comprovação da verdade, não como acusador.⁷⁰

O juiz determina a instauração da investigação criminal, dirige sua realização e decide a cerca de seu término. A Polícia Judiciária é subordinada funcionalmente ao Poder Judiciário, de modo que segue as deliberações do juiz instrutor, quanto à realização de diligências, cumprimento de mandados, etc.⁷¹

⁶⁵ Idem, ibidem (Em especial, a nota de rodapé n. 6).

⁶⁶ Idem, ibidem.

⁶⁷ ALONSO, Pedro Aragoneses. *Instituciones de derecho procesal penal*. 5ª ed. Madri: Rubi Artes Gráficas, 1984, p. 11 e 42.

⁶⁸ LOPES JR, 2003, p. 70. Para maiores esclarecimentos sobre a inquisição e seus procedimentos, aconselha-se a leitura da obra: GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁶⁹ LOPES JR, 2003, p. 70-71.

⁷⁰ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Tomo. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 126.

⁷¹ LOPES JR, 2003, p. 71.

A prova é colhida e produzida não apenas perante o juiz instrutor, mas por ele próprio. Ele interroga o investigado, determina medidas cautelares pessoais ou reais, concede liberdade provisória, designa defensor ao imputado que não o tenha, ordena inspeções e perícias, reconhece pessoas e coisas, ouve o ofendido e as testemunhas, dentre outras providências.⁷² Porém, o faz sempre motivadamente.

Tanto pode investigar de per si como pode – e geralmente é o que ocorre – ordenar à Polícia Judiciária a prática de atos investigatórios que visem apurar a materialidade do fato e a sua autoria. Via de regra, possibilita ao Ministério Público e à Defesa que solicitem a realização de diligências, incumbindo a ele, magistrado, decidir a propósito de sua efetivação. A iniciativa e a gestão instrutória incumbem ao órgão judicial. Atua na busca da verdade, porém não se vincula ao *Parquet*, nem à Defesa. Assim, ainda que o Ministério Público seja contrário ao procedimento investigatório, o juiz pode instaurá-lo e levá-lo a termo.⁷³

A imparcialidade é princípio reitor da atividade jurisdicional para o cumprimento de seu mister: a Justiça.⁷⁴ O juiz é “sujeito do processo”, mas não é parte. Atua como um “terceiro”, suprapartes, com serenidade e alheio aos interesses das partes da causa. Sua legitimação democrática não deriva diretamente da vontade popular (legitimação política), mas da Constituição, arrimada na proteção dos direitos e garantias fundamentais e na sua independência em relação aos outros poderes.⁷⁵

Desse modo, a quebra da imparcialidade do magistrado desatende ao imperativo de Justiça. Por isso, o juiz instrutor, aquele que realiza a investigação, não é o mesmo que preside a fase processual: admissão da acusação e, ao final, julgamento por sentença. Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, de 1882, previa esse sistema bifásico: uma fase instrutória a cargo de um juiz; e uma fase processual entregue a outro. A Lei Orgânica 3/1967, ratificada pela Lei Orgânica 10/1980, institui que a instrução preliminar e o julgamento poderiam ser feitos pelo mesmo juiz.⁷⁶

Em 1988, sob o fundamento da violação da “imparcialidade objetiva”, ou seja, derivada da relação do magistrado com o objeto do processo, consagrado pelo Convênio para

⁷² Idem, p. 71-72.

⁷³ Idem, p. 71-73. O autor ainda traz a colação o célebre caso “Pinochet”, no qual o juiz espanhol Baltazar Garzón decidiu instaurar investigação criminal para apurar crimes cometidos pelo ex-ditador contra cidadãos espanhóis na época do regime militar chileno. O Ministério Fiscal, órgão incumbido da ação penal pública na Espanha, foi contra desde o princípio por entender que a Espanha não tinha competência para processar e julgar Pinochet. Após toda a celeuma gerada pelo procedimento levado a cabo pelo juiz supramencionado, o *Parquet* espanhol nunca acusou formalmente o ex-ditador chileno (p. 72, nota de rodapé n. 10).

⁷⁴ Idem, p. 73.

⁷⁵ Idem, p. 74-75.

⁷⁶ LOPES JR, 2003, p. 76.

a Proteção dos direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, o Tribunal Constitucional daquele país, restabeleceu o sistema da lei de 1882. Tendo atuado na primeira fase, o juiz trazia consigo pré-julgamentos – atos investigatórios e admissão da acusação – em relação ao imputado que o tornavam inapto a sentenciar imparcialmente e de modo justo. Há, em verdade, uma presunção absoluta de parcialidade do magistrado que atua nas duas fases.⁷⁷

Assevera ainda LOPES JR que a “prevenção” no sistema espanhol, destarte e diferentemente do sistema brasileiro, “é *uma causa de exclusão de competência*. O juiz instrutor é prevenido e como tal não pode julgar”.⁷⁸ Sua imparcialidade resta comprometida pelos pré-juízos que realizou durante a investigação preliminar.⁷⁹

Aduz ainda o mesmo autor que a prevenção no processo penal brasileiro afronta o princípio da imparcialidade. Deste modo, um juiz que decide a cerca de *habeas corpus* ou de mandado de segurança contra ato de inquérito policial tem sua imparcialidade comprometida e, portanto, não pode julgar o processo que porventura advenha daquele. O juiz brasileiro que preside a fase processual deve estar afastado da investigação, atuando verdadeiramente como órgão “garante” e “suprapartes”.⁸⁰

O sistema de investigação preliminar judicial, nesse diapasão, apresenta como grande proveito sua realização por um órgão suprapartes, desde que o juiz instrutor não atue na fase processual. A celeridade e a efetividade também representam grandes vantagens. O juiz, fundamentadamente, pode determinar restrições de direitos fundamentais necessárias à elucidação do fato criminoso. Deste modo, a prova pode servir melhor à acusação e à defesa, por que colhida e produzida por órgão imparcial, que procura não só as provas de “processo” (acusação) como as de “não-processo” (defesa).⁸¹

Em contrapartida, o modelo acusatório tem por princípio basilar a igualdade das partes no processo, mantendo-se o juiz como sujeito imparcial, alheio à investigação e inerte em face do recolhimento de provas. O procedimento, assim, tem como características principais a oralidade, a publicidade e o contraditório. Cotejando-se com as características inquisitoriais do sistema do juiz instrutor – atuação de ofício, segredo, procedimento escrito, etc. –, vê-se que este vai de encontro aos postulados do sistema acusatório.⁸²

⁷⁷ Idem, p. 76-77.

⁷⁸ Idem, p. 77.

⁷⁹ Idem, ibidem.

⁸⁰ Idem, p. 79.

⁸¹ Idem, p. 79-81. O raciocínio também serve à realidade brasileira, visto que, no Brasil, a Polícia Judiciária, dirigida por Delegado de carreira e concursado, bacharel em direito, realiza investigação criminal e não participa da fase processual da persecução penal.

⁸² LOPES JR, 2003, p. 81.

Ainda em tom de crítica, é forçoso reconhecer que se uma mesma pessoa – o juiz instrutor – determina um ato investigatório, inclusive restritivo de direitos fundamentais, e valora sua legalidade, isso ofende e compromete “a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração da justiça”. É inconcebível que o “investigador eficiente” seja igualmente o “guardião diligente” dos direitos e garantias fundamentais do imputado. Quando o juiz investiga, em verdade, não atua de forma imparcial e suprapartes, pois o faz “ativamente”. Em suma: o juiz instrutor atua como sujeito ativo na investigação criminal.⁸³

Outrossim, de se asseverar que a festejada “celeridade” do procedimento pode ser comprometida pela atuação do juiz, que, por vezes, tende a converter a “instrução preliminar” em “plenária”. Vale dizer: busca elementos probatórios em grau de certeza e não de probabilidade, como é da natureza da investigação preliminar. E, assim, o juiz da segunda fase não pode levá-los em consideração (valorá-los) quando da sua sentença, por que deve repeti-los, pois a única prova válida é a produzida no processo sobre o crivo do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Atos investigatórios não são atos de prova, não podendo amparar uma condenação.⁸⁴

4.5.3 Investigação criminal ministerial

A investigação criminal ministerial é o sistema de investigação preliminar dirigida por integrante do Ministério Público e, por isso, também conhecida como sistema do “promotor investigador”.⁸⁵ Conforme mencionado no item anterior, este procedimento pode ter natureza de procedimento administrativo pré-processual, quando o Ministério Público integra o Poder Executivo, ou de procedimento judicial pré-processual, quando integra o Poder Judiciário.

Anota LOPES JR que há uma tendência atual de outorgar ao *Parquet* a direção da investigação criminal, que a realiza pessoalmente ou por intermédio da Polícia Judiciária. Esta, por seu turno, se subordina funcionalmente ao Ministério Público, atuando segundo as diretrizes deste, na colheita dos elementos probatórios necessários a justificar o “processo” ou o “não-processo”.⁸⁶

Na Europa, por exemplo, Alemanha (1974), Itália (1988) e Portugal (1995), cada um com suas particularidades, reformaram suas respectivas legislações processuais penais,

⁸³ Idem, p. 82.

⁸⁴ Idem, p. 83-84.

⁸⁵ Idem, p. 85.

⁸⁶ LOPES JR, 2003, p. 85. Nesse mesmo sentido, CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2ª ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 95.

substituindo o sistema do juiz instrutor pelo do promotor investigador. Na Espanha, a Lei Orgânica 7/1988, que instituiu o procedimento abreviado, estabeleceu que o Ministério Fiscal (*Parquet*) pode iniciar e praticar atos investigatórios preliminares. Contudo, no instante que o juiz instrutor ingressa na investigação, ele assume sua direção e o promotor deve remeter-lhe todos os elementos coligidos e cessar de imediato suas investigações.⁸⁷

No sistema da investigação preliminar ministerial incumbe ao Ministério Público receber a notícia crime, determinar a instauração do procedimento para apurar os fatos nela contidos e realizar diretamente os atos investigatórios ou determinar que a Polícia Judiciária os realize, a fim de formar sua convicção (acusação formal ou arquivamento da investigação).⁸⁸

Assim como no sistema de investigação policial, o promotor investigador também depende de autorização judicial para a prática de atos investigatórios que importem em limitação de direitos e garantias fundamentais. Em ambos os sistemas, o juiz atua como “garante”, no controle da legalidade dos atos de investigação.⁸⁹

Argumenta-se favoravelmente ao sistema do promotor investigador que o Ministério Público é parte “formal”, porém é “imparcial”. No dizer de LOPES JR, a “imparcialidade consiste em colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do agente”.⁹⁰ E segundo GUARNIERI, o Ministério Público constitui um agente público que tem “corpo de parte” e “alma de juiz”.⁹¹

Defende-se o sistema em tela aduzindo-se que a investigação criminal é uma atividade preliminar e preparatória que serve apenas à formação da convicção do titular da ação penal, seja o Ministério Público ou o acusador privado (ofendido ou seu representante legal). Deve ter caráter administrativo e não judicial, reservando ao juiz a posição de “garante” – fortalecendo sua imparcialidade – e à Polícia Judiciária a função de “auxiliar da investigação”, sendo, assim, dirigida por promotor.⁹²

Os atos investigatórios, segundo esse raciocínio, têm por objeto justificar o “processo” ou o “não-processo” e fundamentar o requerimento de medidas cautelares e/ou restritivas de direitos e garantias fundamentais. Deste modo, sob a ótica da celeridade e da economia processual, “não implica a reiteração de atos judiciais na medida em que os atos praticados

⁸⁷ Idem, *ibidem*.

⁸⁸ Idem, p. 85-86.

⁸⁹ Idem, p. 86.

⁹⁰ Idem, p. 86-87.

⁹¹ GUARNIERI, Jose. *Las partes en el proceso penal*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952, p. 43.

⁹² LOPES JR, 2003, p. 87.

pelo promotor são administrativos e de limitado valor probatório”.⁹³ De se lembrar, outrossim, que cabe ao magistrado fazer o juízo prévio de admissibilidade da acusação (fase intermediária) com base nos elementos colhidos e oferecidos pelo promotor investigador.⁹⁴

Em suma, assevera-se a favor deste sistema, além do que foi supracitado, que “melhor acusa quem por si mesmo investiga e melhor investiga quem vai, em juízo, acusar”.⁹⁵ Crê-se que o Ministério Público tem condições de elucidar o fato criminoso e decidir com imparcialidade e justiça se deve ou não acusar o imputado. Inclusive, deve o mesmo diligenciar para colher elementos probatórios que sirvam à Defesa.⁹⁶

Todavia, nesta mesma linha de pensamento, pode-se apontar alguns sérios e fundados argumentos contrários ao sistema do promotor investigador. Sob o ângulo histórico, associa-se a investigação ministerial ao “utilitarismo judicial”, ou seja, ao combate da criminalidade a qualquer custo, em que os fins justificam os meios.⁹⁷

Contudo, em conformidade com o pensamento de FERRAJOLI: “(...) a razão jurídica do Estado de Direito, com efeito, não conhece inimigos e amigos, mas apenas culpados e inocentes”. Não admite exceção às regras, dado que estas não podem ser ignoradas cada vez que convier ao Estado.⁹⁸

E arremata FERRAJOLI: “Y en la jurisdicción el fin nunca justifica los medios, dado que los *medios*, es decir, las reglas e las formas, son las garantías de verdad y de libertad y como tales tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles; em cambio, el *fin* non es ya el êxito a toda costa sobre el enemigo, sino la verdad procesal obtenida solo por su médio y prejuogada por su abandono”.⁹⁹

Assinala GOMEZ COLOMER, com base em doutrina alemã, que a reforma processual de 1974 da Alemanha adveio da necessidade de combate à organização terrorista Baader-Meinhof a todo custo. Dita reforma preocupou-se tão somente em municiar a acusação com os meios necessários para garantir a eficácia da instrução criminal e a punição do sujeito passivo,

⁹³ Idem, *ibidem*.

⁹⁴ Idem, p. 88. Forçoso aduzir ainda que, em conformidade com o princípio da imparcialidade e segundo o modelo acusatório, este juiz que decide a cerca de medidas cautelares e restritivas de direitos e garantias fundamentais e faz o juízo de admissibilidade da acusação não é o mesmo que julga a causa.

⁹⁵ Idem, p. 89.

⁹⁶ Idem, *ibidem*.

⁹⁷ Idem, *ibidem*.

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* 5ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 830 (tradução livre do autor).

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón (...)*, 2001, p. 830.

ainda que com graves e claros prejuízos a este, justificando o “arbítrio” para defender o Estado de Direito.¹⁰⁰

Igualmente, a reforma processual italiana de 1988 supervalorizou o Ministério Público para combater, a qualquer custo, a corrupção pública, o crime organizado e, especialmente, a máfia. Aduz LOPES JR, com base em DIAZ HERRERA e DURÁN (*El secuestro de la justicia*, capítulo IX) que, em 1992, a *operazione mani pulite*, iniciada por um grupo de sete promotores de Milão e posteriormente ampliado, processou, em menos de uno, seis ministros, mais de cem parlamentares e vários diretores de empresas italianas. Em 1997, afirma ainda o autor, esse número chegou a cinco mil pessoas, mais de vinte mil interrogatórios e mais de quinhentas cartas rogatórias. Esses números são assombrosos em face da alta taxa de criminalidade e também pelo enorme número de “inocentes” submetidos injustamente ao processo penal.¹⁰¹

A “supremacia da lei”, segundo LOPES JR, refletiu-se no “império” do Ministério Público. A perseguição, sem sombra de dúvida foi eficaz, mas os casos de abuso de autoridade, de perseguição política, de estigmatização social e de toda sorte de prepotência revelaram um custo altíssimo para o sujeito passivo, seus familiares e para toda a sociedade que se viu nas mãos de uma instituição superpoderosa.¹⁰²

Outro inconveniente do sistema do promotor investigador geralmente apontado pela doutrina é a construção da já referida “imparcialidade” do *Parquet*, que esbarra no problema da distinção entre o indivíduo, que ocupa o cargo e exerce a função, da instituição em si. Afirmar que o Ministério Público é uma “parte imparcial”, é desconhecer a natureza humana e sua subjetividade.¹⁰³

Segundo lição de JAMES GOLDSCHMIDT, a exigência de imparcialidade da parte acusadora, no caso o Ministério Público, cai no mesmo erro psicológico que desacreditou o sistema inquisitivo, qual seja: acreditar que uma mesma pessoa possa investigar o delito e encarregar-se de colher provas que lhe sirvam para acusar e outras que sirvam ao imputado e à sua defesa.¹⁰⁴ Não há mecanismos que garantam ao Ministério Público ser uma “parte

¹⁰⁰ GOMEZ COLOMER, Juan-luiz(...). “La Instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz Del derecho comparado”. *La reforma de la justicia penal – Estudios em homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Coord. Juan-luiz Gomez Colomer , e Jose-luis González Cussac. Universidad Jaume I1996, p. 469, em nota de rodapé.

¹⁰¹ Neste sentido: LOPES JR, 2003, p. 90-91.

¹⁰² Idem, p. 91.

¹⁰³ LOPES JR, 2003, p. 90-91.

¹⁰⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 29.

acusadora imparcial”.¹⁰⁵ CARNELUTTI foi outro crítico veemente da construção artificial da imparcialidade do Ministério Público.¹⁰⁶

Segundo o sistema acusatório, o Ministério Público foi criado como “contraditor natural do imputado”. Essa é a sua essência. É, portanto, ilógico exigir que ele seja imparcial na feitura da investigação preliminar que visa subsidiar a acusação e colha, ao mesmo tempo, elementos que possam embasar a tese defensiva que no processo futuro será contraditada pelo próprio *Parquet*.¹⁰⁷

Constata-se que se no plano do “dever ser” o Ministério Público deve atuar como “parte imparcial”, no plano do “ser” isso é impossível. Psicologicamente, o promotor investigador é afetado pela investigação que conduz. Apaixona-se pela posição acusatória que exerce no processo penal. Tende a, naturalmente, acumular mais provas contra o imputado, desequilibrando a relação processual futura. Prever a lei que o *Parquet* deve também colher provas em benefício do acusado é pensar nele como um “robô”, pré-programado e isento de sentimentos e emoções, imune a paixões que possam vir a prejudicar o imputado e sua defesa.¹⁰⁸

Outrossim, ainda na mesma linha de pensamento, de se enfrentar a questão do “promotor prevenido”. Conforme assevera LOPES JR: “Pela lógica, se o juiz instrutor é considerado como prevenido, e como tal comprometida está sua imparcialidade e por isso não atua no processo penal, o mesmo sucederá com o promotor”.¹⁰⁹ O promotor que investigou não pode acusar no processo, por que sua “imparcialidade” (artificial, como visto supra) resta mais que comprometida em face das decisões que tomou durante a investigação preliminar.¹¹⁰

Nas palavras de LOPES JR:¹¹¹

“(…) o Ministério Público deverá atuar no processo como uma parte oficial, pautada nos critérios de justiça e estritamente limitado pela legalidade. Pedir a condenação quando existirem provas para isso ou solicitar a absolvição ante a dúvida insuperável não faz do MP um órgão imparcial, senão um acusador oficial que pauta sua conduta na estrita legalidade. Imparcialidade é atributo do juiz, e não das partes”.

A imparcialidade do Ministério Público é, por todo o exposto, ledô engano, mero sofisma. Por ser parte, não deve o *Parquet* ser o titular da investigação criminal, sob pena de convertê-la em atividade voltada unicamente aos desígnios da acusação, o que gera graves

¹⁰⁵ LOPES JR, 2003, p. 91.

¹⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tomo. II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Barcelona: Bosch, 1950, p. 99 e ss.

¹⁰⁷ LOPES JR, 2003, p. 91-92.

¹⁰⁸ Idem, p. 92-93. No mesmo sentido: GUARNIERI, 1952, p. 320.

¹⁰⁹ LOPES JR, 2003, p. 93.

¹¹⁰ Idem, *ibidem*.

¹¹¹ LOPES JR, 2003, p. 93.

prejuízos ao imputado e o desequilíbrio na relação processual futura. A investigação preliminar sob direção do Ministério Público não serve para fundamentar e preparar o processo, servindo à acusação, à defesa e ao juiz, mas tão somente à primeira.¹¹²

No sistema italiano, reformado em 1988, criou-se um novo órgão, o “juiz das investigações preliminares”, a quem é confiado o controle das operações do órgão de acusação, e sempre um magistrado do Ministério Público. Abre espaço às discussões, deliberações e debates sobre os fundamentos da acusação, em face das conclusões da investigação (audiência preliminar). Os debates se desenvolvem em local determinado, fora da sala de audiências, onde a colheita da prova é feita, com as partes do processo, mediante exame direto. Normalmente, apresentação das provas e a discussão sobre sua validade é oral.¹¹³

A defesa e o imputado não têm condições de obrar por si sós na busca de elementos que corroborem e comprovem a tese defensiva para o magistrado. A guisa de exemplo, isso seria irrealizável em face da realidade brasileira, mormente em face da impossibilidade financeira da maioria dos imputados de contratar um advogado e/ou um investigador privado.¹¹⁴

Assim, aduz a Constituição italiana, no seu artigo 24, que a “defesa é direito inviolável em qualquer estado ou grau do procedimento”. Por essa razão, o artigo 356 do Código de Processo Penal italiano dispõe que o defensor do investigado pela Polícia Judiciária tem a faculdade de participar dos atos mencionados nos artigos 352 e 354 e da imediata abertura de documentos sigilosos indicados no artigo 353, inciso II.¹¹⁵

Segundo ensinamento de MONTERO AROCA, isso vem a galope para acentuar a desigualdade dos sujeitos na investigação preliminar, na relação processual e, inclusive, dos indivíduos perante a lei, porque uns que possuem condições de contratar advogado e/ou investigador particular para diligenciar em seu favor, mas a grande maioria, não.¹¹⁶

E, segundo GUARNIERI, o promotor investigador se inclina a realizar provas de “cargo” (favoráveis ao processo ou à acusação), deixando em segundo plano as de “descargo” (favoráveis ao não-processo ou à defesa). Tende a colher material probatório a favor da

¹¹² Idem, p. 95.

¹¹³ BUONO, Carlos E. de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

¹¹⁴ LOPES JR, 2003, p. 95.

¹¹⁵ MARQUES, José Frederico. *O processo penal na atualidade (...)*, 1993, p. 18.

¹¹⁶ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal – una explicación basada em la razón*. Valencia: Tirant Lei Orgànica Blanch, 1997, p. 64 e ss.

acusação que também lhe incumbe.¹¹⁷ E mais: advirta-se que o acúmulo de funções e o excesso de tarefas certamente corroboram com essa tendência, ou seja, fazem com que o órgão ministerial procure e se preocupe apenas com aquilo que serve ao seu mister de titular da ação penal pública.

Esse patente desequilíbrio cerceia a defesa na medida que impossibilita qualquer resistência à imputação, principalmente quando do juízo de admissibilidade da acusação. Por outro lado, o não contato prévio com o material probatório colhido na investigação preliminar induz à defesa solicitar ao juiz, na fase de instrução processual, a produção de tudo que foi colhido, dado que não teve a oportunidade de “filtrar” aquilo que teria alguma utilidade para comprovar sua tese.¹¹⁸

Para “amenizar”, mas não efetivamente “resolver”, esse problema, as legislações italiana (artigo 358 do Código de Processo Penal italiano) e alemã (§160 do Código de Processo Penal alemão (StPO)) prevêm que o Ministério Público diligencie no aporte de elementos que importem à defesa, inclusive atendendo requerimentos desta.¹¹⁹

Outrossim, com base em ARMENTA DEU e em pesquisa realizada pelo Instituto MAX-PLANK, aduz LOPES JR que nos países que adotam o sistema do promotor investigador, a maioria das investigações criminais é realizada pela polícia, limitando-se o Ministério Público a “uma mera revisão formal posterior”.¹²⁰ Em outras palavras: a adoção do sistema não significa que efetivamente a investigação será realizada pelo órgão ministerial. Na síntese de FREYESLEBEN, só em casos de grande repercussão é que, normalmente, o Ministério Público assume a condução das investigações.¹²¹

¹¹⁷ GUARNIERI, 1952, p. 355.

¹¹⁸ LOPES JR, 2003, p. 95-96.

¹¹⁹ Idem, p. 96.

¹²⁰ Idem, ibidem.

¹²¹ FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. *O Ministério Público e a Polícia Judiciária – controle externo da atividade policial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 80.

Capítulo V

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

SUMÁRIO: 5.1 Considerações preliminares. 5.2 Polícia e poder de polícia. 5.2.1 Conceito de polícia. 5.2.2 Poder de polícia. 5.2.3 Breve histórico da investigação criminal. 5.2.4 Sistemas de atos policiais de processo criminal. 5.2.4.1 Sistema político. 5.2.4.2 Sistema jurídico. 5.2.4.3 Sistema eclético. 5.2.4.4 Sistema histórico. 5.2.4.5 Sistemas predominantes na evolução legislativa pátria. 5.3 Atividade policial: polícia judiciária x polícia administrativa. 5.4 Investigação criminal. 5.4.1 Considerações iniciais. 5.4.2 Inquérito policial: breve histórico e conceito. 5.4.3 Autonomia e instrumentalidade. 5.4.3.1 Autonomia do inquérito policial. 5.4.3.2 Instrumentalidade do inquérito policial. 5.4.4 Fundamento de existência. 5.4.5 Características do inquérito policial. 5.4.6 Inquérito policial: peça meramente informativa?. 5.4.7 Inquérito policial: responsável por sua realização. 5.4.8 Modos de iniciação do inquérito policial. 5.4.9 Inquérito policial: direito de defesa e contraditório. 5.4.10 Validade das provas colhidas no inquérito policial para condenação do réu. 5.4.11 Arquivamento do inquérito policial: súmula 524, STF x art. 18, CPP. 5.4.12 Outras investigações criminais. 5.4.13 A vítima no inquérito policial. 5.5 Síntese conclusiva.

5.1 Considerações preliminares

Para a realização de seu fim maior – o bem comum –, o Estado deve velar pela *ordem pública* e respeitar os direitos e garantias individuais (art. 5º, CF). Contudo, em prol dos interesses da coletividade, pode condicionar ou restringir o exercício destes. Para tanto, faz uso de seu “poder de polícia”, decorrente da supremacia do interesse público sobre o particular, através de órgão policial capaz de manter a ordem pública ou restaurá-la, quando isto se fizer necessário.¹

Segundo ÁLVARO LAZZARINI², pode-se definir “ordem pública” como “uma situação de legalidade e moralidade normal, apurada por quem tenha competência para isso sentir e valorar”. Abrange, por conseguinte, toda a ordem política, econômica e social, nestas compreendidas a segurança das pessoas e de seus bens, assim como a salubridade e a

¹ LAZZARINI, Álvaro. “Aspectos jurídicos do poder de polícia”. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 202.

² Idem, *ibidem*.

tranquilidade públicas. Adiante continua: “A ordem pública, em outras palavras, existirá onde estiver ausente a desordem, os atos de violência, de que espécie for, contra pessoas, bens ou o próprio Estado”.

Vê-se, portanto, que ordem pública e segurança pública são conceitos próximos, mas que não se confundem. Diz o artigo 144 da Constituição: “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,...*” (grifo nosso). Da leitura do dispositivo se denota que a segurança pública é apenas um dos aspectos da ordem pública, podendo-se defini-la como estado de ausência de ações anti-sociais, marcado pela convivência harmônica e pacífica dos cidadãos e respeito às leis, conseguido através do exercício do “poder de polícia”, restringindo, se necessário e nos limites legais, os direitos e garantias individuais.

Pode-se então concluir que, ao garantir a segurança pública, o Estado, através dos órgãos responsáveis por ações de polícia – ajudando, regulando e controlando as atividades individuais, mormente quando nocivas ao interesse público –, está assegurando a própria ordem pública e, assim, promovendo a consecução do “bem comum”.

5.2 Polícia e poder de polícia

5.2.1 Conceito de polícia

Etimologicamente, o vocábulo polícia deriva do latim *politia*, que procede do grego *politéia*, que originariamente tinha o sentido de organização política, sistema ou forma de governo e, mesmo, de administração pública.³ Em sentido amplo, polícia exprime a idéia de ordem pública como base política do Estado, ou seja, o conjunto de regras para manter e, quando necessário, restaurar a paz, a tranquilidade e a segurança do grupo social.

Em meados do século XVIII, inicialmente na França, passou-se a dar sentido mais restrito ao termo *polícia*, mais próximo à concepção de segurança pública, difundindo-se e perenizando-se após a Revolução Francesa. Em seu sentido orgânico, *polícia* designa “o conjunto de instituições, fundadas pelo Estado, para que, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exerçam vigilância para que se mantenham a ordem pública, a moralidade, a saúde pública e se assegure o bem-estar coletivo, garantindo-se a propriedade e outros direitos individuais”.⁴ Incumbe-lhe prevenir e reprimir os delitos.

³ Neste sentido: ROCHA, Luiz Carlos. *Organização Policial Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 2; e De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 616.

⁴ De Plácido e Silva, 2000, p. 616.

5.2.2 Poder de polícia

O “poder de polícia” é o poder instrumental de que se vale a Administração Pública para a realização de seus fins e, conseqüentemente, a consecução do bem comum. É inerente à Administração e legitima a existência e a atividade da própria polícia, enquanto órgão administrativo.

Segundo Álvaro Lazzarini, o poder de polícia decorre “da instituição de princípios que impõe respeito e cumprimento às leis e regulamentos, dispostos para que as *ordens* pública e jurídica sejam mantidas, em garantia do próprio regime político adotado, e para que as atividades individuais se processem normalmente, garantidas e protegidas, segundo as regras jurídicas estabelecidas”. E adiante conceitua: “... o poder de polícia é um conjunto de atribuições da Administração Pública, indelegáveis aos particulares, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades”.⁵

5.2.3 Breve histórico da investigação criminal policial

Na antiguidade, e durante muito tempo, dentre aqueles povos dos quais se têm registros históricos, os poderes político, militar e jurídico se concentraram nas mãos de uma única pessoa. E, com o surgimento de verdadeiros funcionários de polícia, estes conservaram este caráter híbrido.⁶

Foi no Egito que surgiu o primeiro exemplo de polícia, cujos agentes acumulavam funções de vigilância das ruas e de magistrado. O Faraó reunia as funções de magistrado administrativo e judicial, auxiliado por um chefe de polícia, simultaneamente, juiz de instrução, policial e carrasco.⁷

Os hebreus também incluíram em suas legislações medidas policiais.⁸ A cidade de Jerusalém foi uma das primeiras no mundo dividida em quatro partes, cada uma delas

⁵ LAZZARINI, 1999, p. 202-203. O conceito legal de poder de polícia é dado pelo Código Tributário Nacional, *verbis*: “Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”. E complementa o parágrafo único do mesmo artigo: “Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

⁶ Nesse sentido: LE CLÈRE, Marcel. *História Breve da Polícia*. trad. portuguesa de Noémia Franco Cruz. Lisboa: Verbo, 1965, p. 11.

⁷ MORAES, Bismael Batista. *Direito e Polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 16.

⁸ ROCHA, 1991, p. 3.

confiada à vigilância de um *sar pelek*, ou intendente de polícia.⁹ Nas cidades gregas havia um prefeito incumbido da ordem pública, representado em cada distrito por uma espécie de fiscal ou defensor das leis.¹⁰

Na antiguidade romana, o *Edil* era, ao mesmo tempo, magistrado e chefe de polícia, sendo auxiliado por funcionários denominados *Litores*.¹¹ LE CLÈRE afirma que em Roma o rei Numa criou os *questores*, que, assistido por *edis*, velavam pela manutenção da ordem, segurança, etc. Mais tarde foi nomeado um *prefeito da cidade*, que dispunha de todos os poderes de polícia em Roma, tendo sido Agripa o primeiro titular, auxiliado por 14 *curatores urbis*, divididos por 14 bairros. O policiamento, então, era confiada aos *stationarii*, verdadeiros agentes de polícia”.¹²

Diz MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR¹³ que, mais tarde, com a expulsão dos reis, “a jurisdição criminal passou, sem contestação, para o Senado e para o Povo, os quais, às vezes, a delegavam para os cônsules, que ficaram, entretanto, com as atribuições permanentes de polícia, tais como a de tomar medidas preventivas, ordenar prisões e executar as sentenças”.

Na legislação visigótica, os magistrados enfeixavam poderes de polícia, para prevenir crimes, e de justiça, para reprimir as infrações cometidas.¹⁴ MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, em matéria de investigação criminal, afirma que foi por intermédio de Cânones da Igreja que foram dados contornos bem definidos aos procedimentos de inquirição, inicialmente aplicáveis aos processos de heresia e, depois, estendidos a todos os crimes. Cita o autor, inclusive, o *Canon Quoniam Contra*, que estabeleceu o processo escrito.¹⁵

Na idade média, os reis e senhores feudais organizavam e mantinham a sua própria guarda¹⁶, tanto para se defender de agressões externas, como para manter a ordem e a paz internamente. Detinha o príncipe o poder do *jus polittiae* para a manutenção da ordem pública. À Igreja competia a manutenção da ordem moral e religiosa.

Na França, Decreto publicado em Paris, em 17.10.615, pelo rei Clotário II, instituiu junto aos condes do reino “comissários-inquiridores”, cargo este empregado para denominar os primeiros comissários de polícia franceses. No final do século XIII, cada bairro de Paris

⁹ MORAES, Bismael, 1986, p. 17.

¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹ ROCHA, 1991, p. 3.

¹² Apud MORAES, Bismael, 1986, p. 18.

¹³ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O Processo Criminal Brasileiro*. 4ª ed. V. I. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 27-28. Aduz também que antes, todas as manifestações do poder público, incluindo a jurisdição criminal, pertenciam ao rei.

¹⁴ MORAES, Bismael, 1986, p. 19.

¹⁵ ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 77-78.

¹⁶ ROCHA, 1991, p. 3.

estava confiado a tais funcionários. BISMAEL MORAES aduz, com base em LE CLÈRE que, “em 7.5.1526, o rei determinou fosse agregado ao *preboste* (magistrado com poderes administrativos, judiciais e militares) um *tenente de robe*, ‘especializado na investigação e captura de criminosos’. Esclarece haver sido este funcionário, na França, ‘o embrião da atual Polícia Judiciária’”.¹⁷

Ainda na França, em 15.03.1667, Luís XIV criou o cargo de “tenente de polícia”, que englobava além de autoridade regulamentar, também jurisdição sobre os casos de flagrante delito.¹⁸ Em 1720 foi criado um corpo policial, cujos integrantes são conhecidos até hoje como *gendarmes*. Em 1796 foi criado o Ministério da Polícia Geral da República e a Chefia da Polícia Judiciária (Departamento Criminal de Investigações).¹⁹ Em 1907 criaram-se 12 unidades móveis de polícia Judiciária destinadas à apuração de infrações em toda a França.²⁰

Atualmente, há duas forças policiais em território francês: a Polícia Nacional – organizada em 1966 e integrada por elementos da Prefeitura de polícia de Paris e da Sûreté Nationale, que foram fundidas num único órgão – e a *Gendarmerie Nationale* (corpo fardado). Nas cidades, os *Gardiens de la paix* servem à polícia municipal, responsável pela prevenção e pelo controle do trânsito.²¹

O direito lusitano foi muito influenciado, inicialmente, pelas leis visigóticas – no fim do século VII, no Concílio de Toledo, foi apresentado o Código Visigótico (*Forum Judicum* ou *Liber Judicum*), sob influência das leis eclesiásticas e romanas – e, depois, pelos mouros (árabes) que dominaram a Península Ibérica por volta do século VIII.

HERMES VIEIRA e OSWALDO SILVA, citados por BISMAEL MORAES²², registram que, no ano 1020, D. Afonso V, Rei de Castela, estabeleceu, para serem observadas na cidade de Leão, regras de administração tributária, policial, judiciária e de processo (Foro de Leão). Esclarecem os historiadores que “na *jurisdição dos forais*, ao menos nos primeiros tempos, a atribuição de julgar não se separava das atribuições militares e policiais, sendo que o processo tinha forma militar, em razão do combate judiciário, explicando isso o porquê de andarem unidos os poderes judicial e policial”. A partir daí, várias outras cidades e vilas passaram a adotar regras ou foros semelhantes.

¹⁷ MORAES, Bismael, 1986, p. 21.

¹⁸ Idem, p. 22.

¹⁹ ROCHA, 1991, p. 3.

²⁰ MORAES, Bismael, 1986, p. 22.

²¹ MUTRUX, Henri G, *La police moderne au service du public*, p. 939; STEAD, Philip John, *The police of Paris*, p. 43; *apud* ROCHA, 1991, p. 4.

²² MORAES, Bismael, 1986, p.23.

As Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sistematizaram os antigos forais e outras leis de inspiração romana e canônica, além de usos e costumes que vigoravam em Portugal.²³

Nessa época, a polícia administrativa era confiada a juízes e vereadores, assim como aos *almotacés*; a polícia judiciária era confiada aos juízes, que tinham como auxiliares os “meirinhos”, os “homens jurados” (homens escolhidos que juravam perante os Conselhos cumprir os deveres de polícia), os “vintaneiros” (inspetores policiais de bairros). A polícia noturna estava a cargo do *alcaide* das vilas; e, de dia, o *alcaide* devia proceder às prisões, sempre com mandado do juiz.²⁴

Nesse período, polícia e magistratura se confundiam em um só organismo. Havia juízes que compunham a polícia administrativa, além dos *alcaldes-pequenos*, estes com funções estritamente policiais. Outros juízes exerciam as funções de polícia judiciária, auxiliados por aquelas pessoas supracitadas.

Diz MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR²⁵ que D. Manuel, Rei de Portugal, em cujo reinado foi descoberto o Brasil, promulgou, em 1521, as Ordenações Manuelinas, nomeando *juízes de fora* e introduzindo alterações no processo criminal então vigente, bem como incrementando a escrita nos documentos, com o aparecimento dos tabeliães e de outros auxiliares da Justiça. Nestas Ordenações surgiram os *ouvidores do crime* – juízes certos e permanentes –, bem como o regimento de *quadrilheiros* para o policiamento, acrescido aos *alcaldes-pequenos*, meirinhos e juízes de bairros. Tais *ouvidorias* perduraram até 1790.

Afirma LUIZ CARLOS ROCHA²⁶ que o *alcaide*, além de chefe da polícia local, era Oficial de Justiça e contava com o auxílio dos *quadrilheiros*, que policiavam os quarteirões, em substituição aos antigos inspetores de bairros. Àqueles que viviam no Brasil, desde o seu descobrimento, eram aplicadas as Ordenações Afonsinas e, logo em seguida, as Ordenações Manuelinas. Quando Portugal ficou sob o domínio espanhol (1585), o processo criminal no Brasil, colônia portuguesa, passou a ser regido pelo Livro V das Ordenações Filipinas (D. Filipe II), que iniciou sua vigência em 1603 e perdurou por mais de três séculos.

Ainda segundo LUIZ CARLOS ROCHA²⁷, “as Ordenações Filipinas deram os primeiros passos para a criação e desenvolvimento de polícias urbanas no Brasil ao disporem sobre o

²³ MORAES, Bismael, 1986, p.23-24.

²⁴ ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 120.

²⁵ Idem, p. 122-123.

²⁶ ROCHA, 1991, p. 6.

²⁷ Idem, p. 34.

serviço gratuito de polícia, exercido pelos moradores organizados por quadras ou quarteirões e controlados primeiro pelos *alcaldes* e depois pelos *juízes da terra*”.

Pelo Alvará de 25.6.1760 criou-se em Portugal o cargo de Intendente de Polícia da Corte e do Reino. Com a chegada e fixação da corte portuguesa no Brasil, D. João VI, pelo Alvará de 10.08.1808, criou aqui o cargo de Intendente Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil, a ser exercido por um *Desembargador do Paço*, auxiliado por um Delegado em cada Província.²⁸

Após a proclamação da Independência (1822) e a Constituição do Império (1824), uma Portaria de 04.11.1825 criou o cargo de Comissário de Polícia na Província do Rio de Janeiro e em outras onde fosse necessário, sendo auxiliado por cabos de polícia nos respectivos distritos. Os Comissários remeteriam os relatos dos acontecimentos aos juízes territoriais e, em prazos razoáveis, ao Intendente Geral.²⁹

Uma Lei de 15 de outubro de 1827 criou em cada uma das freguesias e capelas curadas o cargo de *Juiz de Paz*, dando-lhe atribuições policiais administrativas e judiciárias.³⁰ O Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29/11/1832 estabeleceu normas de organização judiciário-policial, manteve a divisão territorial do país em Distritos, Termos e Comarcas, bem como as atribuições policiais dos *juízes de paz*. Também determinou que um dos Juízes de Direito das cidades populosas seria o Chefe de Polícia.³¹

Segundo o referido Código, em cada distrito havia um Juiz de Paz, um escrivão, inspetores de quarteirão e oficiais de justiça. Os Juízes de Paz eram eleitos pelo povo, e os inspetores de quarteirão e escrivães eram nomeados pela câmara municipal. Os juízes municipais e promotores da Corte eram nomeados pelo Governo e, nas Províncias, pelos respectivos Presidentes, sob proposta das câmaras municipais em listas tríplices, trienalmente feitas. Os juízes de direito eram nomeados somente pelo Imperador.³²

Seguiu-se a edição da Lei nº 261, de 03.12.1841, regulamentada pelo Decreto nº 120, de 31.01.1842, que modificou várias disposições do código de 1832 e criou um corpo policial centralizado e mais eficiente. Criou, no Município da Corte e em cada Província, o cargo de Chefe de Polícia a serem auxiliados pelos respectivos Delegados e Subdelegados, nomeados pelo Imperador ou pelos Presidentes de Província, com jurisdição criminal e policial. A

²⁸ MORAES, Bismael, 1986, p. 27.

²⁹ ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 258.

³⁰ PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal – evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1983, p. 346-348.

³¹ ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 258.

³² ROCHA, 1991, p. 35.

guarda policial era subordinada nos Termos ao respectivo Delegado e, nos Distritos, aos Subdelegados.³³

A partir daí, “a polícia deixou de ser administrada pelo Intendente, cujo cargo foi abolido, bem como pelos magistrados criminais da Corte e os ouvidores do crime e das relações e os das comarcas. Por essa lei, os chefes de polícia passaram a ser escolhidos entre os desembargadores e juízes de direito; e os delegados e subdelegados dentre quaisquer juízes e cidadãos, sendo todos amovíveis e obrigados a aceitar a função”. As atribuições criminais e policiais dos juízes de paz foram restringidas, quase que os equiparando aos delegados e subdelegados.³⁴

A Lei nº 2.033, de 20.09.1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22.11.1871, modificou profundamente o sistema adotado pela Lei nº 261 de 1841, separando Justiça e Polícia. Foi o mencionado Decreto que criou, ao menos com esta denominação, o Inquérito Policial.³⁵

Com o advento da República (1889), cada Estado-membro (antigas províncias) passou a ter competência para legislar sobre direito processual e sobre suas respectivas organizações judiciárias. O sistema policial se manteve, sendo centralizado nos Estados, os quais passaram a poder organizar suas próprias polícias.³⁶

Em São Paulo foi criada a Força Pública Estadual – força repressiva do aparelho estatal – em 15.12.1831. Ainda em São Paulo, o serviço policial foi reorganizado pela Lei nº 522, de 25.8.1897, regulamentada pelo Decreto nº 492, de 30.10.1897, rompendo-se, então, o vínculo de subordinação da polícia ao Poder Judiciário, inserindo-a como órgão do Poder Executivo.³⁷

O serviço policial foi novamente reorganizado pela Lei nº 979, de 23.12.1905, de iniciativa do então Presidente do Estado Jorge Tibiriçá, que criou a polícia de carreira integrada por bacharéis em direito.³⁸ O cargo de chefe de polícia foi extinto, ficando o aparato policial subordinado à Secretaria de Estado da Justiça e da Segurança Pública. Pela Lei nº 2.141, de 22.10.1926, foi criada a Guarda Civil de São Paulo, como seguimento uniformizado

³³ ROCHA, 1991, p. 35.

³⁴ MORAES, Bismael, 1986, p. 28.

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 74. Mesmo antes do Decreto nº 4.824 de 1871, os atos investigatórios que constituíam o inquérito policial eram atribuições da polícia, apenas sem esta denominação.

³⁶ ROCHA, 1991, p. 36.

³⁷ AZKOUL, Marco Antonio. *A Polícia e sua Função Constitucional*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 13.

³⁸ Idem, *ibidem*. Também nesse sentido: MORAES, Bismael, 1986, p. 29.

da polícia de carreira, incumbida de levar ao conhecimento da autoridade policial de plantão (delegado de polícia) os casos de flagrante delito ou outra ação policial preventiva.³⁹

O Código de Processo Penal, Decreto-Lei n° 3.689, de 03.10.1941, em vigor até hoje, regula, em seus arts. 4° a 23, o Inquérito policial, principal atribuição da polícia judiciária. A Constituição Federal de 1946 novamente voltou a centralizar na União a competência para legislar sobre direito processual.

Após longo período de Estado de exceção, com o advento do golpe militar de 1964, a Constituição da República, promulgada em 05/10/1988, no artigo 22, inciso I, manteve a competência privativa da União para legislar em matéria processual e, no Título V “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, Capítulo III “Da Segurança Pública”, no artigo 144, estabeleceu um sistema policial descentralizado, erigindo em órgãos constitucionais a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, as Polícias Civis, as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, e permitiu aos Municípios constituírem as suas próprias guardas.

5.2.4 Sistemas de atos policiais de processo criminal

Segundo a finalidade e a abrangência dos atos policiais, JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR⁴⁰, considerando apenas as atividades policiais relacionadas com a segurança pública, afetas, portanto, à alçada criminal, sintetizou quatro sistemas de atos policiais de processo criminal: *político, jurídico, eclético e histórico*.

5.2.4.1 Sistema político

Preservando a ordem pública e a segurança individual, prevenindo as infrações penais ou, não tendo conseguido evitá-las, colhendo as informações necessárias e suficientes para levar o autor do fato à Justiça, a polícia é sempre administrativa. Seus agentes atuam independentemente de qualquer autorização judicial, sujeitando-se, no entanto, à posterior responsabilização por eventuais abusos que tenham cometido.

Por este sistema, também conhecido como *Inglês*, “a polícia prende quem em flagrante delito, quem preventivamente depois do delito – investiga o corpo de delito – toma as primeiras informações; mas não inquirir testemunhas, nem praticar qualquer outro ato que acarrete contestação – ou que importe direta acusação”.⁴¹

³⁹ AZKOUL, 1998, p. 15-17.

⁴⁰ ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 246-249.

⁴¹ Idem, p. 247.

5.2.4.2 Sistema jurídico

Segundo este sistema, também denominado “sistema francês”, a polícia age não só prevenindo os delitos, não só trazendo seus autores à Justiça, mas também como auxiliar do Poder Judiciário na persecução penal, investigando e colhendo indícios e provas das infrações penais.

Na lição de MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR:⁴² “Exercendo as funções da primeira espécie, a polícia é *administrativa*; exercendo as funções da segunda espécie, a polícia é *judiciária*, quer agindo por si, como no caso do *flagrante delicto*, do *corpo de delito* e *conseqüentes buscas e apreensões*, quer agindo por *mandado judicial*, como no caso da *prisão preventiva*”. Em resumo, a polícia não necessita de autorização judicial para agir preventivamente ou para a prática de atos urgentes de conservação de indícios e provas da materialidade do fato e de sua autoria. Entretanto, a polícia depende de prévia autorização judicial para a realização de atos não urgentes.

5.2.4.3 Sistema eclético

De se notar pelo exposto supra que, enquanto o sistema político considera apenas a ordem social, o sistema jurídico enfatiza tão somente a liberdade individual. Por isso, conforme os defensores do sistema eclético, deve-se considerar que uma não existe sem a outra. Segundo MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR⁴³, a polícia teria, assim, uma dúplice função: uma isolada (ou independente); e uma auxiliar (ou dependente).

Segundo o citado autor, a polícia atuaria isolada e independentemente quando desenvolvesse funções essencialmente policiais, prevenindo e reprimindo infrações relacionadas à segurança pública e à ordem social. Funcionaria como órgão auxiliar ao exercício de atribuições de autoridades econômicas, ambientais, sanitárias, educacionais, etc, ou seja, de atividades tipicamente administrativas, bem como auxiliando a justiça *preventiva*, *repressiva* e *punitiva*. Esse auxílio deve ter limites previamente definidos, assim como deve desaparecer logo que não mais se fizer necessário.⁴⁴

5.2.4.4 Sistema histórico

⁴² ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 247.

⁴³ Idem, p. 247-248.

⁴⁴ Idem, p. 248.

Neste sistema, os agentes policiais, a fim de garantir a ordem social e a segurança pública, teriam, além de suas atribuições policiais normais com algo de discricionário⁴⁵, funções outras com algo de judiciário. No dizer de MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, tudo dependeria “de determinar-se o exato grau de necessidade de desclassificar as funções judiciárias para as policiais, e de restringir, tanto quanto possível, o *arbítrio* (discricionariedade) aos estritos limites de necessidade, sem diminuir a energia aos meios de ação da polícia”.⁴⁶

5.2.4.5 Sistemas predominantes na evolução legislativa pátria⁴⁷

O sistema político (ou inglês) predominou no Código de Processo Criminal do Império, de 29.11.1832. Na Lei n° 261, de 03.12.1841, predominou o sistema histórico, temperado por alguns princípios do sistema jurídico inseridos no Decreto n° 120, de 31.01.1842, que a regulamentou. O sistema eclético, não obstante ter sido invocado como doutrina, nunca foi adotado no Brasil.

Desde a promulgação da Lei n° 2.033, de 20.09.1871, regulamentada pelo Decreto n° 4.824, de 22.11.1871, e até a atualidade, tem predominado no Brasil o sistema jurídico (ou francês) para os atos policiais. A polícia “previne as infrações penais, procura evitar que os infratores fujam à ação da Justiça e, também, auxilia o Judiciário, apurando as infrações não evitadas, colhendo os seus indícios e provas e levantando-lhes a autoria”.⁴⁸

5.3 Atividade policial: polícia judiciária x polícia administrativa

Anota TORNAGHI que a separação entre Justiça e Polícia foi firmada, pela primeira vez, na França, por ocasião do Édito de 1667. Posteriormente, a separação dos poderes – princípio fundamental da organização política liberal e dogma inserido no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada em 1789, logo após a Revolução Francesa – concorreu para delimitar as atribuições judiciárias e policiais e, conseqüentemente, permitindo a divisão clássica da polícia em *Administrativa e Judiciária*.⁴⁹

⁴⁵ Os agentes devem fazer um juízo de conveniência e oportunidade acerca das medidas a serem adotadas por eles diante do caso concreto, agindo em conformidade com as limitações legais e levando em conta critérios de necessidade, proporcionalidade e eficácia.

⁴⁶ ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 248.

⁴⁷ Idem, p. 248-249.

⁴⁸ MORAES, Bismael, 1986, p. 31.

⁴⁹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. V. 2. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 199-200. Afirma João Mendes de Almeida Júnior que, na velha legislação portuguesa, logo que o *Alcaide-mor* deixou de ser juiz e que para os *Alcaides-pequenos* ficaram suas atribuições definidas, já aparece bem determinado o princípio da separação da polícia e da judicatura. E cita o Foral de Vila Real promulgado por D. Diniz: “A justiça fique aos Juizes e o *Alcaide-mor* só tenha a guarda do castelo”. Este princípio, inserido nas

Segundo MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR⁵⁰ foi a Assembléa Nacional Francesa que, em 1791, definiu assim a missão geral da polícia: “A polícia, considerada em suas relações com a segurança pública, deve preceder à ação da justiça; a vigilância deve ser seu principal caráter; a sociedade considerada em massa é o objeto essencial de sua solicitude”.

No Brasil, o Decreto n° 120 de 1842, regulamentando a Lei n° 261 de 1841, estabeleceu a divisão funcional da polícia em: Administrativa e Judiciária. Estabelecia que as funções policiais eram incumbidas: ao Ministro da Justiça (Chefe de toda a estrutura policial do Império); aos Presidentes das Províncias; aos Chefes de Polícia no município da Corte e nas Províncias; aos Delegados de Polícia e Subdelegados nos respectivos distritos; aos Juízes Municipais nos respectivos termos; aos Juízes de Paz nos seus distritos; aos Inspetores de Quarteirão nos seus quarteirões; às Câmaras Municipais nos seus municípios e aos fiscais. Fixou estrutura centralizada e hierarquizada do sistema policial, cujo chefe maior era o Ministro da Justiça. Segundo CANUTO MENDES DE ALMEIDA⁵¹, o regime do Decreto n° 120 dividia o papel da polícia, em judiciária e administrativa. A polícia judiciária – os Chefes de Polícia, seus delegados e subdelegados – tinha atribuições policiais e, dentre as jurisdicionais, tinha a de formar a culpa dos delinqüentes.

O Decreto n° 120, ao dar à polícia judiciária atribuições policiais e funções jurisdicionais, gerou enorme confusão e críticas por anos, até que, finalmente, a reforma judiciária de 1869-1870, culminou na Lei n° 2.033, de 1871. Nesta não mais foram usados os termos polícia administrativa e polícia judiciária.

Ordenações Afonsinas (Livro I, Tít. III, § 5°), passado para as Manuelinas (Livro I, Tít. 56, §§ 10 e 16), e para as Filipinas (Livro I, Tít. 75, §§ 10 a 16), mais tarde, foi envolvido em confusões, haja vista que com a derrocada, aos poucos, da instituição dos Alcaldes-pequenos, substituídos em suas funções pelos quadrilheiros, juízes dos bairros, sendo conferidas aos juízes ordinários muitas atribuições policiais, concentradas nas mãos dos *Corregedores de comarcas* tanto atribuições judiciárias como as administrativas, ficaram, em geral, os juízes criminais acumulando também funções policiais. Por sua vez, o Alvará de 1760, que criou o cargo de Intendente Geral da Polícia, tentando separar as funções policiais das judiciárias, acabou por confundi-las ainda mais: se antes do Alvará os Corregedores, os Ouvidores, os Juízes de Fora e os Juízes Ordinários acumulavam funções policiais às judiciárias, depois dele, foi o Intendente Geral da Polícia que passou a acumular funções judiciárias às policiais (Ob. cit., 1959, p. 253-254). Em suma, facilmente se denota que o Alvará de 1760 não separou as funções policiais das judiciárias, tampouco distinguiu a polícia administrativa da polícia judiciária.

⁵⁰ ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 249. Os arts. 19 e 20 do Código de 3 de *Brumaire* do ano IV (1794) fixaram a distinção entre a polícia administrativa e a polícia judiciária: “A polícia é administrativa ou judiciária. A polícia administrativa tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em cada lugar e em cada parte da administração geral. Ela tende principalmente a prevenir os delitos. A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não pode evitar que fossem cometidos, colige as provas e entrega os autores aos tribunais incumbidos pela lei de puni-los”. Posteriormente, esta definição de polícia judiciária foi adotada pelo Código de instrução Criminal francês de 1808 (art. 8°).

⁵¹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 64.

Assim assevera ALMEIDA JUNIOR:⁵²

“Essa lei tornou incompatíveis os cargos de polícia com os cargos de juiz municipal e com os de juiz substituto; derogou a disposição que tornava obrigatória a aceitação do cargo de Chefe de Polícia, podendo ser feita a nomeação não só dentre os magistrados, como dentre os Doutores e bacharéis em direito que tivessem quatro anos de prática de foro ou de administração; extinguiu a jurisdição dos Chefes de polícia, delegados e subdelegados, no que respeita ao julgamento dos crimes policiais, assim como ao julgamento das infrações dos termos de bem viver e segurança e das infrações das posturas das Câmaras Municipais; extinguiu a competência das autoridades policiais para o processo e pronúncia nos crimes comuns, ficando, porém, salva aos Chefes de Polícia a faculdade de proceder à formação da culpa e pronúncia no caso de se acharem envolvidas nos acontecimentos pessoas cujo poderio e prepotência tolham a marcha regular e livre das justiças do lugar do delito. Afora essas restrições, as autoridades policiais conservaram as demais atribuições, pertencendo-lhes também: preparar os processos nos crimes policiais até a sentença exclusivamente e proceder *ex-officio* quanto a estes crimes; proceder nos crimes comuns a diligências para descobrimento dos fatos delituosos e suas circunstâncias, auxiliando assim a formação da culpa; e conceder a fiança provisória”.

Após a proclamação da República foi mantida a sistemática da Lei nº 2.033 de 1871. Mantiveram-se as polícias estaduais e, mais tarde, criou-se a Polícia Federal. O Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, ainda em vigor, estabeleceu: “Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

A Constituição de 1988, como afirmado supra, no artigo 144, traçou um sistema de segurança pública descentralizado, erigindo em órgãos constitucionais a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, as Polícias Cíveis, as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares e as guardas municipais.

Este é, então, o panorama vigente do sistema de segurança pública brasileiro. Além das leis específicas que regem a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades (v.g. Lei Complementar nº 207, de 05.01.1979, Lei Orgânica da Polícia civil do Estado de São Paulo), tais órgãos são regidos basicamente pela Carta de 1988, pelas Constituições Estaduais e pelo Código de Processo Penal (este, especificamente, só as atribuições de polícia judiciária).

Diante deste quadro, a tradicional (ou clássica) divisão funcional da polícia, em administrativa e judiciária, entretanto, surge artificial e imprecisa. Adotada por vários

⁵² ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 278-279.

doutrinadores pátrios, de administrativistas a processualistas penais⁵³, a polícia administrativa teria caráter preventivo, a fim de evitar a ocorrência de delitos, e a judiciária atuaria repressivamente, investigando e apurando os delitos que aquela não pode evitar. Ademais, costuma-se dizer que aquilo que não é atribuição da polícia judiciária, cabe à administrativa.

Tal divisão não leva em conta toda a multifuncionalidade da atividade policial.⁵⁴ Senão veja-se: no exercício do “poder de polícia”, a polícia, órgão da Administração Pública Direta, tem funções amplas, exteriorizadas por atividades administrativas. Toda polícia, em sentido amplo, é administrativa. Assim, no que tange o exercício do poder de polícia, melhor e mais adequado à realidade, é dividir a polícia, quanto ao seu “objeto”, em: *administrativa propriamente dita* (ou em sentido estrito); e de *segurança*. Esta, por seu turno, subdividir-se-ia em: *preventiva (ou dissuasória)*; e *repressiva (ou judiciária)*.⁵⁵ Assim, do gênero *polícia administrativa*, ou simplesmente *polícia*, surgem como espécies a *polícia administrativa em sentido estrito* e a *polícia de segurança (preventiva ou judiciária)*.

A polícia, em gênero, visa à manutenção da ordem pública.⁵⁶ A polícia administrativa, em sentido restrito, visa zelar pelo bem-estar coletivo (tranqüilidade, moralidade, salubridade, etc), sendo regida por princípios e regras de Direito Administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades e, se for o caso, impondo-lhes limitações. Desenvolve atividades estranhas à alçada criminal e dedica-se a funções tipicamente administrativas como serviços sanitários e de utilidade pública, expedição de documentos (atestados, alvarás, licenças etc), fiscalização de produtos controlados (armas, munições, explosivos etc). Por exemplo: polícia sanitária, polícia das construções, polícia industrial, polícia comercial, polícia de trânsito, polícia ambiental, polícia aduaneira, polícia fiscal, etc. Seu estudo, porém, não é objeto do presente trabalho.

Já a polícia de segurança cuida especificadamente da *segurança pública*. Atua, individual ou coletivamente, sobre todas as pessoas, incidindo precipuamente sobre a liberdade de ir e vir. Tutela direitos individuais como a vida, a liberdade e a propriedade. Atua

⁵³ Dentre outros: Bismael Batista de Moraes; Luiz Carlos Rocha; José Frederico Marques, João Mendes de Almeida Júnior; Joaquim Canuto Mendes de Almeida Júnior; Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Marco Antonio Azkoul; Júlio Fabbrini Mirabete; Fernando Capez.

⁵⁴ Neste sentido, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Posição institucional da polícia*, in Revista PGE/SP, n° 29, junho, 1988, p. 253.

⁵⁵ MORAES PITOMBO, *Posição (...)*, 1988, p. 253-254. Também Rocha, 1991, p. 7-8. Há autores que adotam divisão funcional diversa v.g. para Álvaro Lazzarini, Hélio Tornaghi e Fernando da Costa Tourinho Filho, a polícia é: *Administrativa (stricto sensu), de segurança (preventiva), ou judiciária (repressiva)*; para Carlos Frederico Coelho Nogueira, a polícia se divide em: *Administrativa (stricto sensu), preventiva (específica ou genérica, conforme atue preventiva ou ostensivamente), ou judiciária*; para Hely Lopes Meirelles, a polícia seria: *Administrativa, de manutenção da ordem pública, ou judiciária*.

⁵⁶ Segundo Hely Lopes Meirelles: “É inerente e se difunde por toda a Administração Pública”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 115.

prevenindo e reprimindo a criminalidade, preservando ou restaurando a ordem jurídica e a paz social. Assim, garantindo a segurança geral das pessoas e de seus patrimônios, assegura a própria ordem pública.

O que qualifica a polícia como preventiva ou repressiva não é o órgão público que a exerce, mas a atividade policial em si mesma desenvolvida.⁵⁷ Deste modo, diz-se preventiva a polícia que atua procurando evitar a eclosão do ilícito penal e repressiva aquela que atua após a consumação do fato penalmente relevante. O mesmo agente público pode exercer tanto uma função, quanto a outra, quando, por exemplo, durante uma missão de patrulhamento (função preventiva), prende em flagrante delito um delinqüente (função judiciária).

A atribuição de polícia preventiva é bastante complexa e, por isso, opera com amplos poderes discricionários. É regida por normas de Direito Administrativo e visa prevenir a criminalidade, a fim de garantir a incolumidade das pessoas, a propriedade, a moralidade e a tranquilidade social. O agente policial atua buscando impedir a violação da ordem e da segurança pública. Por vezes, ele atua num limite extremo em que, rápida e eficazmente, deve aferir e valorar a situação e tomar uma decisão que se espera seja a melhor e a mais indicada para o caso concreto. Não necessita de autorização judicial para evitar a prática de um crime. Faz um juízo prévio da conveniência e oportunidade da medida que adotará para impedir a consumação do delito. Caso atue com abuso de poder – excesso ou desvio – isto poderá ser objeto de controle jurisdicional, mas sempre posteriormente, nunca antes.

Segundo o art. 144, § 5º, primeira parte, CF, o policiamento preventivo é incumbência das polícias militares estaduais, *verbis*: “Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”. Vê-se que a polícia militar tem atribuições de *polícia ostensiva* e de *preservação da ordem pública*.

Sobre o tema, vale citar a lição de CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA:⁵⁸

“A polícia pode realizar tal missão por meio de policiamento preventivo: 1) *específico*, indo ao local em que seja iminente ou próxima a prática de certo delito, dispersando as pessoas porventura encontradas em atos preparatórios de crime, se necessário ingressando em domicílio alheio para impedir o cometimento do delito (art. 150, § 3º, II, *in fine* do Código Penal); 2) *genérico*, realizando *policiamento ostensivo*, destinado a evitar a prática criminosa através da presença física do policial, à pé ou em veículo, estacionado ou em movimento (‘rondas’), com isso procurando dissuadir o potencial delinqüente da idéia de cometer delitos”.

Adiante, continua: “... a polícia tem não só o *dever de evitar a prática do crime* como, quando necessário, o de *fazer cessar sua execução*, se possível *impedindo a consumação delitiva* através dos meios coercitivos necessários e, se for o caso, *dando voz de prisão em*

⁵⁷ Nesse sentido: LAZZARINI, “Limites do Poder de Polícia”, *Estudos de Direito Administrativo*, 1999, p. 242.

⁵⁸ NOGUEIRA, Carlos F. Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. V. I – Arts. 1º ao 91. São Paulo: EDIPRO, 2002, p. 141.

flagrante ao indivíduo encontrado em tal situação (arts. 301 e 302, I do CPP)” (Grifo nosso). Assim agindo, a polícia militar atua repressivamente⁵⁹, não mais preservando a ordem pública, mas restaurando-a, posto que violada. Nestas hipóteses, logo após a prisão, os agentes policiais militares devem apresentar o indivíduo à polícia judiciária.

A polícia repressiva também é chamada de judiciária, porque, apesar de integrar a estrutura do Poder Executivo, funciona como auxiliar da justiça criminal, ou seja, desenvolve atividade voltada à persecução penal, apurando tudo o quanto for necessário à elucidação das infrações penais, sendo regida por normas processuais penais⁶⁰.

Visa à reintegração do direito violado, perseguindo e apurando as infrações penais que a polícia preventiva não conseguiu impedir, com o objetivo de auxiliar o Poder Judiciário e o Ministério Público na persecução penal (investigar o delito, processar o suspeito e punir o culpado), sendo vinculada, no exercício de suas funções, às regras processuais penais “e, assim, *controlada e fiscalizada* pela autoridade judiciária competente, a quem, sem que tenha natureza jurisdicional a sua atividade, deve fornecer um primeiro material de averiguação e exame”.⁶¹

A polícia judiciária funciona como uma verdadeira “sentinela avançada” da justiça criminal. É seu primeiro auxiliar e atua como um “braço armado” da sociedade na repressão dos delitos, investigando-os, coligindo provas, descobrindo seus autores e levando-os aos tribunais. Em suma, atua preparando a ação judicial.⁶²

A atividade (ou função) de polícia judiciária consiste na investigação criminal prévia por meio do inquérito policial (arts. 4º a 23, CPP). Na lição de CARLOS CONSONNI FOLCIERI: “A polícia judiciária, com efeito, tem o escopo de receber, ainda que por iniciativa própria, notícia dos crimes, fazendo com que sejam acarretadas as conseqüências ulteriores, descobrir-

⁵⁹Trata-se de uma repressão imediata. Poder-se-ia falar também em prevenção, na medida em que, impedindo a execução de um crime e prendendo em flagrante o delinqüente, a polícia estaria evitando um prejuízo maior para a coletividade.

⁶⁰ Segundo Hélio Tornaghi, a polícia judiciária (ou repressiva) é regida por normas de direito processual penal. Adiante explica: “Se organicamente a Polícia Judiciária entronca na máquina administrativa do Estado, funcionalmente ela se liga ao aparelho judiciário. Não há nenhuma subordinação hierárquica, disciplinar, entre a Polícia Judiciária e o Poder Judiciário ou mesmo o Ministério Público, mas apenas interdependência funcional. Só nesse sentido é a polícia auxiliar da justiça”. TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, p. 133-134.

⁶¹ LAZZARINI, Limites do Poder de Polícia, 2002, p. 245-246.

⁶² A polícia atua administrativamente, garantindo a segurança pública de forma preventiva e de forma repressiva, sempre no interesse da sociedade. Mas, conforme Guilherme de Souza Nucci (*Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.84), “ao desencadear o inquérito policial, preâmbulo necessário para dar justa causa à ação penal, não age exclusivamente no interesse do Poder Executivo, sustentando a segurança coletiva, mas, ao contrário, atua como auxiliar do Poder Judiciário e também do Ministério Público, para colher subsídios para eventual ação penal futura. Há provas que são realizadas definitivamente pela polícia judiciária, servindo de sustentáculo a condenações no processo penal, razão pela qual deixam de ser atividade meramente administrativa, ganhando conotação jurisdicional”.

lhes os autores, tornar estes certos para a justiça, apurar o quanto possa servir à aplicação da lei”.⁶³

As atribuições de polícia judiciária da União incumbem, com exclusividade, à Polícia Federal (artigo 144, § 1º, IV, Constituição). Também é atribuição sua a apuração das infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei (§1º, I). Em função do que dispõe a Súmula 122 do STJ, além da investigação e apuração dos crimes de competência da Justiça Federal, compete à Polícia Federal os crimes de competência estadual conexos com crimes de competência federal. O órgão de cúpula da Polícia Federal é o Diretor-Geral, de livre nomeação pelo Presidente da República (Decreto nº 99.269, de 31.05.1990). A Instrução Normativa nº 1, de 30.10.1992, do Diretor-Geral da Polícia Federal, estabeleceu, detalhadamente, as regras para a realização dos inquéritos policiais federais⁶⁴.

Às Polícias Civis dos Estados e do Distrito Federal, 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 (artigo 144, § 4º, Constituição). Em conformidade com o texto constitucional têm “competência absoluta de atribuições” – competência geral para a apuração de todas as infrações penais não especificadas como exclusivas da União – haja vista que a competência da Polícia Federal pode ser entendida como competência residual expressa.⁶⁵ Assim, é que estão incumbidas da apuração dos delitos que não sejam da alçada da Polícia Federal, nem das “polícias judiciárias militares”, previstas nos arts. 7º e 8º do Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002, de 21.10.1969), encarregadas dos crimes militares previstos no Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21.10.1969). Como regra são subordinadas aos Secretários de Segurança Pública. No Estado de São Paulo, tanto a Polícia Civil como a Militar são subordinadas ao Secretário de Segurança Pública, e, em conformidade com o artigo 140, § 1º, da Constituição Estadual, o órgão de cúpula da Polícia Civil paulista é o Delegado Geral da

⁶³ FOLCIERI, Carlos Consonni. *Polícia Judiciária*. Trad. de Geraldo Amaral Arruda. *RJTJSP*, nº 89. São Paulo: Lex, 1984, p. 35.

⁶⁴ COELHO NOGUEIRA, 2002, p. 145.

⁶⁵ Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 5 - Arts. 136 a 144. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 278-279.

Polícia Civil, nomeado pelo Governador do Estado dentre os Delegados integrantes da última classe da carreira.⁶⁶

5.4 Investigação criminal

5.4.1 Considerações iniciais

A razão primordial da criação de formas de investigação prévia, preparatória ou preliminar⁶⁷ é amearhar um conjunto probatório mínimo – materialidade do fato típico e ilícito, e, ao menos, indícios de autoria ou participação – que possa servir à formação da *opinio delicti* do acusador e dar *justa causa* à ação penal, evitando-se, assim, acusações infundadas, temerárias ou caluniosas, e o custo processual inútil destas acusações.⁶⁸

Por *justa causa para a ação penal*, entenda-se o “conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria”.⁶⁹ Este papel reserva-se, como regra, ao inquérito policial. No entanto, o ordenamento jurídico pátrio prevê a possibilidade do ajuizamento da ação penal com base em outros elementos de informação (artigos 39, § 5º, 40, 46, § 1º, Código de Processo Penal).

Tomem-se alguns exemplos cotidianos: se comerciante tem sua falência decretada por impontualidade, perante a sociedade, pode ter ocorrido motivo justo para tanto, como em decorrência da alta do dólar ou de planos econômicos mal sucedidos, o que não é novidade no Brasil; se locador é despejado por inadimplência, também pode ter ocorrido motivo justificável, como em decorrência de desemprego, que também não é novidade; também reclamações trabalhistas em que o empregador deixou de pagar alguma verba laboral ao seu empregado, para a sociedade, pode ter ocorrido motivo plausível. Nesse sentido, podem-se citar inúmeros exemplos em que “ser processado” não representa, necessariamente, desvalor pessoal diante da comunidade.

⁶⁶ COELHO NOGUEIRA, 2002, p. 146.

⁶⁷ LOPES JR, (Ob. cit., 2003, p. 34), afirma que a terminologia mais adequada seria *instrução preliminar*, por ser incoerente falar-se em investigação preliminar se não existe investigação definitiva, ao passo que à instrução preliminar corresponde a instrução definitiva levada a cabo na fase processual. Em face da natureza do inquérito policial e da tradição brasileira preferimos empregar a expressão *investigação preliminar*.

⁶⁸ Segundo MOURA, Maria T. R. de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 237-238, “quando a acusação é oferecida inteiramente divorciada dos elementos colhidos nas peças de informação, tanto a doutrina como a jurisprudência admitem que o juiz não só pode, como deve, rejeitá-la, por falta de justa causa em seu significado mais estrito, porque, caso contrário, estará infligindo ao acusado coação que a lei não tolera. Tanto que para remediá-la, equiparou-a à ilegalidade para fins de *habeas corpus* (art. 648, I, CPP).

⁶⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 92.

Mas, no entanto, o investigado ou indiciado no inquérito policial, ainda que este venha a ser arquivado, assim como o acusado perante a justiça penal, ainda que absolvido ao final do processo, carregará pelo resto da vida, aos olhos da sociedade, a marca de ter sido investigado ou processado criminalmente. Daí, portanto, a necessidade de se ter algum tipo de investigação preliminar para dar justa causa à ação penal.⁷⁰

O sistema processual brasileiro adota algumas formas de investigações prévias, a saber: a) Poder Executivo: inquérito policial civil; inquérito policial militar; processo administrativo disciplinar; processo administrativo não-disciplinar⁷¹ (*stricto sensu*); etc. b) Poder Legislativo: as famosas CPI's (Comissões Parlamentares de Inquérito); etc. c) Poder Judiciário: inquérito judicial (Lei de Falências); a formação judicial do corpo de delito nos crimes contra a propriedade industrial; etc.

5.4.2 Inquérito policial: breve histórico e conceito

A polícia é órgão da administração direta voltado à garantia da paz pública. Este conceito remonta ao século XIX. Nesta visão, o inquérito policial se desenvolve na polícia judiciária e é voltado à apuração e investigação de fatos criminosos, as circunstâncias em que ocorreram, bem como sua autoria e participação (art. 11, § 3º, Decreto nº 4.824 de 1871).

Não é por mero acaso que a polícia responsável pelo inquérito se denomina *judiciária*. Tampouco por ter sido, ao longo da história, subordinada ao Poder Judiciário ou dirigida por membros desse Poder. A polícia é um órgão do Poder Executivo e o inquérito policial é um procedimento administrativo, porém com nítida “finalidade judiciária”.

Afirma TOURINHO FILHO⁷² que em Roma, ao tempo do Império, durante o período da *cognitio extra ordinem*, funcionários conhecidos como *curiosi*, *irenarche*, *stationarii*, *nuntiatores* e *digiti duri*, desempenhavam função semelhante à da atual polícia judiciária, realizando investigações para a apuração dos delitos cometidos.

As Ordenações Filipinas, que vigeram no Brasil por mais de três séculos, não falaram em inquérito policial. O Código de Processo Criminal de 1832 atribuía aos juízes de paz “proceder ao auto de corpo de delito e *formar a culpa* (prova da materialidade do crime e

⁷⁰ Na lição de GRECO FILHO (ob. cit., 1999, p. 97), exige-se *justa causa* para que o inquérito policial seja instaurado, sendo necessário, pelo menos: a) que o fato a ser investigado seja definido como infração penal; e que haja, ao menos em tese, a possibilidade de ser o investigado autor ou partícipe da infração. Não existindo tais pressupostos, o inquérito policial não terá *justa causa* e poderá ser “trancado” por *habeas corpus*.

⁷¹ No âmbito dos três *Poderes* temos o processo administrativo que, eventualmente, pode servir para dar *justa causa* à ação penal.

⁷² TOURINHO FILHO, 1997, p. 186. Também COELHO NOGUEIRA, 2002, p.143-144.

indícios de autoria ou participação) aos delinquentes” nos processos ordinários (art. 12, § 4º). Nesse tempo a *formação da culpa* era a base da acusação.

A Lei nº 261 de 1841 entregou aos chefes de polícias, seus delegados e subdelegados, as atribuições que até então eram dos juízes de paz (arts. 4º, § 1º, e 5º), concorrentemente com os juízes municipais (art. 17, § 2º). Aos juízes de direito das comarcas cabia a formação da *culpa* dos empregados públicos não privilegiados nos crimes de responsabilidade (art. 25, § 1º).

O Decreto nº 120 de 1842, que regulamentou a Lei nº 261, em seu art. 16 aludiu a funções semelhantes às de polícia judiciária, quando da realização de atos investigatórios e de formação da culpa. A Lei nº 2.033 de 1871 e o Decreto nº 4.824 do mesmo ano reformaram a Lei nº 261 de 1841. A formação da culpa passou aos juízes de direito e municipais, incumbiu os delegados e subdelegados de polícia da realização de diligências para a descoberta dos fatos criminosos e suas circunstâncias, transmitindo aos promotores públicos os elementos coligidos, mais o auto de corpo delito e a indicação das testemunhas mais idôneas, ao mesmo tempo em que remeteriam estas informações à autoridade competente para a formação da culpa (art. 10, § 1º).

O termo “inquérito policial” só surgiu com o Decreto nº 4.824, de 1871. Na prática e informalmente ele já existia, mas não com esta denominação. Já naquele tempo se pretendia com tal procedimento a averiguação da existência da infração penal, o descobrimento de todas as suas circunstâncias e a respectiva autoria, reduzido a instrumento escrito (arts. 11, § 2º, 38, *in fine*, e 42).⁷³ Ao disciplinar o inquérito policial, a reforma judiciária de 1871 o colocou como função auxiliar da formação da culpa.

Atualmente o inquérito policial se rege, preponderantemente, pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Processo Penal, vigente desde 1941, onde se encontra pormenorizado nos artigos 4º a 23.

Para TORNAGHI⁷⁴, o inquérito policial é a investigação do fato, na sua materialidade, e da sua autoria. Visa fornecer os elementos necessários para o titular da ação penal acusar o autor do delito. Essa finalidade, ainda segundo o autor, se depreende dos arts. 4º, 12, 16, 17, 18 e 19, todos do CPP. Tal conceito, contudo, desponta por demais restrito.

Na lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, o inquérito policial é “um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e

⁷³ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. “Mais de cento e vinte e seis anos de inquérito policial – perspectivas para o futuro”. *Revista ADPESP*. São Paulo, nº 25, março/1998, p. 11-13.

⁷⁴ TORNAGHI, 1967, p. 167.

voltado à colheita de provas para apurar a prática de uma infração penal e da sua autoria”.⁷⁵ Para o citado autor, os principais objetivos do inquérito policial seriam a formação da convicção do membro do Ministério Público, a colheita de provas urgentes, via de regra periciais, que podem desaparecer depois de algum tempo após o cometimento do delito, sendo, portanto, irrepetíveis, e, também, a composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em certos casos, para a propositura de uma ação privada.

Deste modo, forçoso concluir que o inquérito policial se presta a: a) determinar se uma infração penal foi cometida; b) identificar os autores e partícipes; c) colher o máximo de informações e elementos suficientes à acusação ou para pedir o arquivamento do caso; e d) colher provas que possam, com o tempo, vir a desaparecer.

Segundo ensinamento de Sérgio Marques de Moraes Pitombo pode-se definir o inquérito policial como um procedimento administrativo de natureza cautelar, tendente a apurar fato que aparenta ser ilícito e típico, buscando-se a prova de sua materialidade e a averiguação de todas as suas circunstâncias, bem como os indícios de sua respectiva autoria, co-autoria ou participação, mediante investigação e instrução criminal, sempre à luz dos direitos e garantias individuais.⁷⁶

Analisando-se este conceito, pode-se afirmar que o inquérito policial é um *procedimento*, porque não há contraditório perfeito, como ocorre no processo judicial. Também porque durante o mesmo é praticado um conjunto de atos concatenados e logicamente organizados⁷⁷, tendentes a buscar e obter provas suficientes da materialidade do fato e indícios de sua autoria, visando a formação da convicção do acusador.

Diz-se ser administrativo por que é realizado pela polícia judiciária, órgão do Poder Executivo (o inquérito policial é administrativo na sua forma, mas judiciário em sua finalidade). Tem natureza cautelar por que visa à colheita e preservação dos meios de prova que não poderão ser repetidos em juízo (provas perecíveis), como por exemplo, o exame de corpo de delito de lesões corporais que, com o tempo, podem desaparecer.

Tendente à apuração de um fato que aparenta ser ilícito e típico por que, na busca de provas de sua materialidade, de suas circunstâncias, e, pelo menos, indícios de sua respectiva autoria, co-autoria ou participação, pode ocorrer que, ao contrário, chegue-se à conclusão da inexistência da infração penal ou da impossibilidade da atribuição de sua autoria.

⁷⁵ NUCCI, 2002, p. 57.

⁷⁶ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências*. 1ª ed., 2ª tiragem. Belém: CEJUP, 1987, p. 15-34.

⁷⁷ O art. 6º, CPP, traz todo um *programa de trabalho* para orientar e reger a condução do inquérito policial.

O inquérito policial contém atos investigatórios e também instrutórios. Na lição de CANUTO MENDES DE ALMEIDA,⁷⁸ os atos do inquérito policial podem ser classificados em: atos puramente policiais e atos de valor judicial. Os primeiros são atos meramente informativos prestados ao legitimado ativo para a ação penal. Caso sejam admitidos como *preparatórios*, servem apenas para orientar a acusação na produção das provas, mas não constituirão prova escrita válida em juízo. Os atos de valor judicial, no entanto, são considerados atos de *instrução preliminar*, quer considerados em relação ao fim preventivo do juízo de acusação, quer em relação ao fim de preparo da instrução definitiva. Por exemplo: a prova da idade da vítima (prova documental) não vai precisar ser repetida em juízo, pois já foi produzida; há perícias que são feitas, via de regra, no inquérito e que, não sendo falsas, nem contendo vícios, seu valor probatório projeta-se para a ação penal, não necessitando ser repetidas em juízo; buscas e apreensões ocorrem, no mais das vezes, no curso do inquérito e, medidas cautelares que são, acabam por indicar ou apontar a autoria do delito (impressões digitais, sangue ou cabelo que possibilitam o exame de DNA etc), não sendo repetidas em juízo, até porque determinadas por ordem judicial. Em contrapartida, as atividades típicas de investigação, como a averiguação e comprovação das informações constantes da notícia crime, são atos puramente policiais, tipicamente administrativos em seu conteúdo⁷⁹. O Delegado de Polícia – autoridade da polícia judiciária encarregada do inquérito policial – deve atuar muito bem nas duas fases: na investigação e na instrução das provas. Seu trabalho tanto poderá demonstrar a inexistência do fato, a inocência de um suspeito, ou a impossibilidade de atribuição da autoria (fundamentando o não-processo e o conseqüente arquivamento do feito), como poderá vir a formar a convicção do órgão acusatório (função preparatória do processo), municiando a ação penal, e, quando bem feito, o inquérito policial quase sempre gera uma acusação bem fundada e um provimento jurisdicional em conformidade com os anseios da sociedade.⁸⁰

⁷⁸ MENDES DE ALMEIDA, 1973, p. 69-70.

⁷⁹ Há países em que a investigação preliminar está a cargo do Ministério Público e, por este estar integrado constitucionalmente ao Poder Judiciário, tal atividade terá natureza jurídica de *procedimento judicial*. Não será *jurisdicional*, mas *judicial*, porque mesmo o Ministério Público integrando o Poder Judiciário, não tem ele poder jurisdicional. É o sistema adotado, v.g., na Itália e em Portugal. Neste sentido LOPES JR, 2003, p. 37-38.

⁸⁰ Segundo NUCCI (Ob. cit., 2002, p. 83), o desenvolvimento das investigações policiais, em conformidade com o CPP, concerne ao Ministério Público, que é o titular exclusivo da ação penal pública (art. 129, I, CF), e ao Poder Judiciário, que detém a *jurisdição*. O promotor de justiça, como titular da ação penal, forma sua convicção baseando-se nas provas colhidas pela autoridade policial, detentora constitucional da presidência dos inquéritos policiais – Polícia Civil ou Polícia Federal, conforme a natureza do delito investigado (art. 144, § 1º, IV, e § 4º, CF). Enquanto o magistrado, segundo o Código de Processo Penal, fiscaliza diretamente a atividade da polícia judiciária, fixando-lhe prazos, propiciando-lhe a realização de diligências, autorizando-lhe atos, emitindo ordens de prisão, de busca, de apreensão, de quebra de sigilo telefônico,

Por fim, o inquérito policial deve ser realizado *à luz dos direitos e garantias individuais* (artigo 5º, Constituição da República), porque nele não há espaço para arbitrariedades, devendo ser pautado pelos princípios que regem toda a Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, Constituição) – dividindo-se os interesses do acusado, da vítima e da sociedade.

5.4.3 Autonomia e instrumentalidade

A teor dos artigos 4º, parágrafo único, 12, 27, 39, § 5º, 40, 46, § 1º, todos do Código de Processo Penal, o inquérito policial não é obrigatório, muito pelo contrário, é facultativo e dispensável. Desse modo, fácil se ver que a acusação pode prescindir dele quando tiver em mãos elementos suficientes para formar sua convicção sobre a ação penal.

No entanto, há que se notar que o inquérito policial existe para o processo, mas, ainda assim, pode ser que haja o inquérito e não venha a ocorrer o processo. Pode-se, então, conforme o pensamento de LOPES JR, inferir da autonomia e da instrumentalidade do inquérito policial.⁸¹

5.4.3.1 Autonomia do inquérito policial

A autonomia do inquérito policial reflete-se em três planos:

a) Quanto aos sujeitos – não há partes no inquérito policial, mas apenas sujeitos. Aqueles que intervêm no curso da investigação não são, necessariamente, os mesmos que atuam no processo. Além de *status* jurídico diverso – sujeitos no inquérito policial e partes no processo – o inquérito policial pode iniciar e se desenvolver sem a sua presença, o que não ocorre no processo.

b) Quanto ao objeto – enquanto que o objeto do processo é a pretensão acusatória, no inquérito policial é a *notitia criminis* e o grau de cognição que devem existir acerca da materialidade e da autoria do delito.

c) Quanto aos atos – os atos realizados no inquérito policial são distintos daqueles praticados no processo, não só por serem distintos os sujeitos e o objeto, como demonstrado supra, mas, principalmente, pelo conteúdo da intervenção. O “direito de defesa” é limitado na fase pré-processual e a forma dos atos da instrução preliminar é diversa do que sucede na fase processual.

dentre outras, bem como requisitando diligências. Em síntese, o juiz e o promotor acompanham, cada qual na sua esfera de interesse, o desenrolar das investigações, inclusive dela participando. O primeiro, por exemplo, deferindo medidas cautelares de toda ordem e o segundo, por exemplo, acompanhando de perto a colheita de provas, velando pelo cumprimento de prazos e requisitando diligências.

⁸¹ LOPES JR, 2003, 41-44.

Valorativamente, o inquérito policial possibilita a transição entre a mera *possibilidade* (*notitia criminis*) para uma situação de *verossimilitude* (indiciamento) e posterior *probabilidade* (convergência de indícios fortes e racionais), necessária para a adoção de medidas cautelares e para o recebimento (admissão) da denúncia ou queixa-crime.⁸² Apenas na sentença é que será alcançado um *juízo de certeza* (condenação ou absolvição), ou mantido o grau anterior de probabilidade que não autoriza um juízo condenatório.

5.4.3.2 Instrumentalidade do inquérito policial

O inquérito policial não tem como fundamento a satisfação jurídica da pretensão acusatória, nem a aplicação de pena. Seu objetivo imediato é garantir o eficaz funcionamento da justiça penal, através da colheita dos elementos necessários para instrumentalizar a pretensão acusatória ou seu próprio arquivamento.⁸³

Assim é que no seu curso pode haver a produção antecipada de provas, a prisão cautelar do indiciado a fim de assegurar sua presença, bem como sua função de *filtro processual*, em que, basicamente, permite ao acusador decidir sobre acusar ou não, e serve ao juiz para decidir sobre a admissão do pedido (receber ou não a acusação; acolher ou rejeitar o pedido de arquivamento).

Pode-se afirmar que o inquérito serve ao processo em ambos os casos: tanto quando se decidir pelo processo, como pelo não-processo, neste último caso, evitando o elevado *custo econômico* para o Estado, assim como os efeitos nocivos de acusações *ocas, vazias, infundadas*, contra o sujeito passivo.

No dizer de LOPES JR, “o fato de evitar que prospere uma imputação (indiciamento) e a futura ação penal infundada evita a estigmatização social, reforça a confiança do povo na justiça e evita os elevados custos econômicos de colocar em funcionamento toda a estrutura estatal sem um suficiente *fumus commissi delicti*”.⁸⁴

⁸² Por *possibilidade* entenda-se que quando houver razões favoráveis e contrárias à hipótese, e que elas forem equivalentes, isto basta para justificar a abertura do inquérito policial. Diz-se que existe *probabilidade* quando houver predomínio das razões favoráveis à comprovação da existência do delito e indícios de sua autoria, sobre as razões contrárias a esta hipótese. Serve para justificar a aplicação de uma medida cautelar pessoal (v.g. prisão cautelar) e, conforme o grau de *probabilidade* para a admissão da ação penal. Caso não atinja este nível de cognição, permanecendo na mera possibilidade, justifica-se o pedido de arquivamento e, conseqüentemente, não deve ser exercida a ação penal, e se já exercida, não deve ser admitida.

⁸³ Nesse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. “O Controle externo da atividade policial”. *Justiça Penal. N. 7: Críticas e Sugestões: Justiça Criminal Moderna: proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquéritos, crimes de informática, trabalho infantil, TV e crime*. Coordenador: Jacques Camargo Penteadó. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 92: “No exame, pois, do exercício da polícia judiciária ou das investigações criminais, não podemos, entretanto, ver o inquérito policial como um fim em si mesmo”.

⁸⁴ LOPES JR, 2003, p. 43.

5.4.4 Fundamento de existência

O inquérito policial, como forma de investigação preliminar a cargo da Polícia Judiciária, é justificado pela “instrumentalidade garantista”, pois, ao mesmo tempo em que serve para instrumentalizar a ação penal, serve também para evitar acusações e processos infundados, que acarretariam um enorme prejuízo ao sujeito passivo e ao Estado.

Nesse diapasão, LOPES JR,⁸⁵ anota que há três fundamentos básicos para o inquérito policial (e quaisquer outras formas de investigação preliminar):

a) Busca do fato oculto – o marco inicial da investigação é a *notitia criminis*, que deverá ser averiguada e comprovada pela polícia judiciária. O autor do fato buscará ocultar sua própria conduta e tudo aquilo que a ela se relacionar (instrumentos, motivos etc), a fim de garantir sua impunidade. Cabe à polícia a descoberta deste fato – normalmente a própria vítima ou testemunhas levam à polícia a notícia do fato –, a colheita de elementos probatórios e a identificação dos autores e partícipes, visando subsidiar a ação penal com elementos suficientes para o processo e o julgamento daqueles.

b) Salvaguarda da sociedade – além de servir para assegurar a paz e a tranquilidade pública, pela imediata reação estatal às condutas delitivas, tanto através de medidas preventivas (uma investigação eficaz pode levar a polícia a impedir a consumação de delitos), como repressivas (uma investigação bem feita pode rápida e eficazmente elucidar o fato e levar seus autores à justiça), a “salvaguarda da sociedade” também se dá “após a formalização do inquérito policial”,⁸⁶ como freio aos excessos da perseguição policial, através da intervenção do juiz, como *garantidor* da observância dos direitos e garantias fundamentais.

c) Filtro processual – a função de evitar acusações infundadas é a principal razão de ser do inquérito policial.⁸⁷ Evitá-las é averiguar a notícia do crime (juízo de possibilidade),

⁸⁵ LOPES JR, 2003, p. 45-62.

⁸⁶ Há prática quase que institucionalizada de se instalar verdadeiros procedimentos investigatórios preliminares ao próprio inquérito policial (escritos e oficiais), com a desculpa de não haver elementos suficientes para a instauração do inquérito. Como exemplo disto podemos citar a Instrução normativa n° 1, de 30.10.1992, da lavra do Diretor-Geral da Polícia Federal que estabeleceu detalhadamente as regras para a realização dos inquéritos policiais federais e o IPP – Investigação Policial Preliminar (arts. 183 a 195), procedimento ilegal, que antecede ao próprio inquérito policial e, assim escapa ao controle e acompanhamento do Ministério Público e do Poder Judiciário.

⁸⁷ Consta na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, acerca da manutenção do inquérito policial e da não adoção do *juizado de instrução*, em seu item IV, que: “Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais”. Adiante, continua: “Há em favor do inquérito policial, como forma de *instrução provisória* antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo

esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e assegurar à sociedade de que não haverá abusos no transcorrer da investigação. Tão ruim quanto a impunidade, é processar um inocente. O processo criminal é uma pena, um verdadeiro tormento por si só e, ainda que infundado e termine numa absolvição, o indivíduo injustamente processado restará estigmatizado socialmente e psicologicamente destruído.⁸⁸

O simples indiciamento do sujeito passivo – ato este realizado no curso do inquérito policial que não recebe o devido tratamento legal pelo Código de Processo Penal, que não determina quando e por que fazê-lo, tampouco qual a sua forma e quais direitos e cargas que o indiciado passa a ter – ou sua acusação formal, além de graves efeitos jurídicos (v.g. medidas cautelares pessoais, patrimoniais etc), geram graves e degradantes efeitos sociais, que dificilmente serão apagados por uma sentença absolutória.

Além de tudo isto, deve-se levar em consideração toda a publicidade abusiva e desvirtuada tanto da investigação, como do processo, transformados em verdadeiros espetáculos “Dantescos” e fontes de “autopromoção” (ainda está vivo na memória o caso da Escola Base em São Paulo).

5.4.5 Características do inquérito policial

Muitas das características do inquérito policial já foram citadas e explanadas no decorrer do presente trabalho, tais como: sua autonomia; instrumentalidade; facultatividade; e dispensabilidade. Também foi mostrado em supra que o inquérito policial, é um procedimento administrativo, mas com finalidade judiciária.

Outrossim, atendendo à sua instrumentalidade, o inquérito policial é um procedimento sumário,⁸⁹ isto é, a cognição realizada no seu curso, objetiva alcançar apenas um *juízo de probabilidade*, não *de certeza*. Essa sumariedade, normativamente, inclusive, limita o inquérito qualitativa e quantitativamente (ou temporalmente).

Porém, ao invés de investigar com critério, restringindo-se ao imprescindível, a fim de coligir elementos suficientes para justificar a acusação (ou seu arquivamento), a polícia

crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do *detetivismo*, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena”.

⁸⁸ Diz LOPES JR, 2003, p. 55, que: “O sofrimento da alma é um custo que terá que pagar o submetido ao processo penal, e tanto maior será sua dor como maior seja a injustiça a que esteja sendo submetido. Tudo isso pode ser evitado se a investigação preliminar cumprir com suas funções, evitando que acusações infundadas sejam levadas adiante”.

⁸⁹ LOPES JR, 2003, p. 100-109.

investiga mal e alonga excessivamente a investigação, “inchando-o” e extrapolando o prazo para terminá-lo. Não obstante, por vezes, promotores e juízes corroboram para tanto.

Assim, por sumariedade qualitativa, entenda-se que o inquérito policial destina-se a formar tão somente um *juízo de probabilidade* para justificar a ação penal ou seu próprio arquivamento. Deve buscar comprovar a materialidade do fato e, ao menos, indícios de autoria ou participação. O “restante” reserva-se para a instrução definitiva a ser realizada na fase processual.

Por sumariedade quantitativa (limitação temporal) entenda-se que o inquérito policial não pode durar eternamente. Devem ser considerados a gravidade do delito e o fato de estar o sujeito passivo solto ou preso cautelarmente, além da complexidade do fato para se justificar a dilação do prazo.

Regra geral, o inquérito policial deve findar em 10 (dez) dias para indiciado preso – o prazo começa a ser contado no momento da prisão –, ou 30 (trinta) dias para o indiciado solto (art. 10, CPP). Nos processos de competência da Justiça Federal, o art. 66 da Lei nº 5.010/66 prevê o prazo de 15 (quinze) dias quando o sujeito passivo estiver preso cautelarmente, prorrogável por igual período, e de 30 (trinta) dias para o indiciado solto.

Nos termos do art. 9º do Código de Processo Penal, o inquérito policial é *escrito*. Também é “sigiloso” (art. 20, CPP). Vigora no Brasil o princípio da publicidade plena dos atos processuais (artigos 5º, LX, e 93, IX, Constituição da República), que pode ser restringida nos termos do art. 792, § 1º, do CPP – “se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (...)”.

Ou seja, em nome do “utilitarismo judicial”, como também em face do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do sujeito passivo (art. 5º, X, CF), até porque ao final do inquérito poderá não haver o processo (arquivamento). Assim é que a autoridade policial, visando o perfeito andamento das investigações e o conseqüente esclarecimento dos fatos (materialidade e autoria), bem como para a proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem do sujeito passivo, pode decretar o sigilo dos atos investigatórios.

Note-se que o fato criminoso é de conhecimento público, porém a atuação da polícia judiciária pode ser secreta, para não frustrar a investigação com o desaparecimento de elementos probatórios importantes e, assim, possibilitar a impunidade do autor do fato. Há atos investigatórios que são praticados, inclusive, sem o conhecimento do sujeito passivo e de seu defensor, v.g. a interceptação de comunicação telefônica (Lei nº 9.296/96), cujo êxito depende exatamente do desconhecimento de sua existência.

5.4.6 Inquérito policial: peça meramente informativa?

Dizer que o inquérito policial é uma peça meramente informativa é uma grande bobagem! Como receber a denúncia ou queixa com base, apenas, em informações? Como decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória só com base em “peças meramente informativas”? Como instaurar o incidente de insanidade mental ou decretar o seqüestro dos bens de uma pessoa só com base em informações? Seria, no mínimo, um absurdo, uma contradição descabida, poder se praticar todos esses atos só com base em informações. Já vimos que no inquérito policial são praticados atos puramente policiais (atos de investigação) e atos de valor judicial (atos de instrução), que visam não apenas informar o órgão acusatório e embasar a acusação, mas também fundamentar uma medida cautelar, produzir antecipadamente provas que poderão perecer com o tempo.

5.4.7 Inquérito policial: responsável por sua realização

Segundo a Constituição de 1988, a polícia judiciária é exercida pela Polícia Federal (art. 144, § 1º, IV) e pelas Polícias Civis (art. 144, § 4º), cada uma na conformidade de suas atribuições (âmbito federal e âmbito estadual).

A presidência do inquérito policial cabe à *autoridade policial* que é o Delegado de Polícia. O membro do Ministério Público pode requisitar sua abertura, acompanhar a feitura do inquérito, a realização de diligências, pois, como titular exclusivo da ação penal pública (art. 129, I, Constituição), é o destinatário natural das investigações e, também, porque detém o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, Constituição). Mas, o Ministério Público não dirige a investigação.

É indevido e ilegal instaurar procedimento escrito e oficial preliminar ao inquérito policial, pois, este procedimento de gabinete, além de ferir direitos e garantias constitucionais, impossibilita o necessário acompanhamento e controle do mesmo pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público.

A autoridade policial se informa sobre o fato tendente a ser típico e ilícito, procede às investigações, colhe todos os elementos e as provas possíveis, procedendo à *instrução* que se fizer necessária e cabível (arts. 6º e 7º, CPP), pois cada fato é um fato, devendo ser suficientemente circunstanciado e individuado quanto a sua materialidade (fato típico e ilícito), bem como quanto à autoria e participação.

Além de determinar as provas técnicas que julgar necessárias, pode solicitar ao órgão jurisdicional a realização de atos que impliquem em restrições a direitos fundamentais (prisões cautelares, buscas domiciliares, interceptações telefônicas etc). Em seguida, a autoridade policial, através de seu relatório, circunstanciado e minucioso, se reporta ao Poder Judiciário (arts. 13 e 23, CPP) que dá vista ao Ministério Público, para que este exerça ou não o seu *mister* de titular exclusivo da ação penal pública (art. 129, I, Constituição).

No Estado de São Paulo é a Portaria da Delegacia Geral de Polícia n° 18, de 25.11.1998, que disciplina a tramitação do inquérito policial, dispondo sobre as medidas e cautelas a serem adotadas na elaboração de inquéritos policiais e garantias dos direitos da pessoa humana. Representa uma importante inovação na medida em que coaduna o vetusto Código de Processo Penal aos ditames da Constituição de 1988.⁹⁰ Infelizmente nem todas as autoridades policiais aplicam os dispositivos da referida Portaria em sua integralidade.

5.4.8 Modos de iniciação do inquérito policial

Diz o art. 5º, do CPP, que o inquérito policial pode ser instaurado:

a) de ofício pela autoridade policial, através de “portaria”, quando esta tomar conhecimento da prática de uma infração penal de ação penal pública incondicionada. Havendo prisão em flagrante, o inquérito policial também será instaurado de ofício pela autoridade policial (art. 8º e 304, § 1º, ambos do CPP).

b) caso a ação penal dependa de representação, sem esta o inquérito não poderá ser iniciado (art. 5º, II, e § 4º, CPP).

c) no caso de crime de ação privada, a autoridade policial só poderá instaurar o inquérito mediante requerimento de quem tiver legitimidade para intentá-la (art. 5º, II, e § 5º, CPP).

d) mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, caso a *notitia criminis* de um fato cuja ação seja pública e incondicionada chegue ao conhecimento de um ou do outro.

e) mediante requisição do Ministro da Justiça, nas hipóteses elencadas em lei, v.g. art. 7º, § 3º, b, 145, parágrafo único, ambos do Código Penal.

⁹⁰ A *dignidade da pessoa humana* é e deve ser o princípio norteador do inquérito policial (art. 1º, III, Constituição). Esse é o espírito da Portaria DGP n° 18/98, de cunho eminentemente garantista. O investigado, antes de tudo, deve ser tratado como sujeito do inquérito policial. Neste sentido: CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 260-262.

5.4.9 Inquérito policial: direito de defesa e contraditório

Joaquim Canuto Mendes de Almeida, fundamentando-se na análise e interpretação do artigo 14 do Código de Processo Penal (“requerimento de diligências pelo indiciado”), defendeu a tese da existência do direito de defesa no inquérito policial⁹¹. Contra foi a posição de Hélio Tornaghi⁹², vencedor na ótica dos tribunais e da doutrina majoritária.

Nos últimos anos, vários países têm adotado em seus sistemas processuais penais o direito de defesa na investigação preliminar, como, *v.g.*, a Espanha (Juizado de Instrução) e a Itália (Promotor Investigador).

No Brasil, ainda hoje, se defende a tese de que no inquérito policial não há acusação e, portanto, não há o direito de defesa. Faz-se mister analisar o desenvolvimento do inquérito. A regra é que se lavra um BO (Boletim de Ocorrência) e, em seguida, instaura-se o inquérito policial, determinando o Delegado que se procedam a certas diligências para apurar tanto a materialidade como a autoria do fato. Partindo-se de um suspeito, pode-se dizer que, com o andamento do feito e com os indícios e provas cada vez mais apontando na direção daquela pessoa, a suspeita sobre ela aumentando cada vez mais, chegando-se a indícios cada vez mais fortes, a autoridade policial procede ao indiciamento da pessoa, ou seja, ela sai da categoria de mero suspeito para a categoria de indiciado. Observe-se que o indiciado tem sobre si alguma imputação, até por que ele saiu da posição de suspeito para indiciado e, possivelmente, vai ver sua vida toda devassada à procura de mais e mais elementos e provas para vê-lo incriminado e condenado pela justiça.

De se ver que o artigo 5º, LV, Constituição, fala em “(...) acusados em geral...”. Ora, há mais de uma espécie de acusado: o formalmente acusado e o informalmente acusado – como o indiciado/imputado na fase do inquérito policial. CANUTO MENDES DE ALMEIDA e, também nesse prisma MORAES PITOMBO⁹³, não pregam a existência do contraditório no inquérito, mas defendem, tão somente, a presença do direito de defesa, principalmente, após o indiciamento. Seguindo a linha de pensamento dos citados mestres, que deve ser possibilitado ao indiciado o exercício do direito de defesa, até por que, diante dos ditames da Magna Carta de 1988, não há como se conceber que o indiciado seja considerado objeto da investigação, mas sujeito passivo da mesma.⁹⁴

⁹¹ MENDES DE ALMEIDA, 1973, p. 209-210.

⁹² TORNAGHI, 1967, p. 171.

⁹³ PITOMBO, março/1998, p. 18-19.

⁹⁴ Nesse sentido: CHOUKR, Fauzi Hassan. “Polícia e Estado de Direito na América Latina”. *Garantias constitucionais e processo penal*. Gilson Bonato (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 129-130.

O contraditório, diferentemente, não cabe no inquérito policial, porque é um instrumento de solução de um conflito pré-existente e concretamente lançado em juízo, isto é, perante um terceiro imparcial. Podem surgir, então, tese e antítese, numa relação de oposição entre, ao menos, dois sujeitos processuais (parciais), que através do contraditório participativo chegam à solução do conflito. É por força do contraditório que se exige a fundamentação das decisões judiciais, mormente das de mérito. O contraditório pressupõe a ciência bilateral dos termos da causa e a possibilidade de contrariá-los, sempre expostos perante o magistrado (sujeito imparcial).

Diferencia-se do “direito de defesa” por que este é simples oposição ou resistência, parcial ou total, diante de uma acusação formal (ou não), não necessariamente perante um sujeito imparcial. Pode-se dizer, *v.g.*, que num processo administrativo não há contraditório propriamente dito, apenas o direito de defesa, pois não há o sujeito imparcial, haja vista que a própria Administração Pública acusa e julga o funcionário. A mesma idéia se defende no inquérito policial, ou seja, há o direito de defesa, mas não há o contraditório. Há uma tendência no direito administrativo de se permitir o exercício do direito de defesa tanto na sindicância, como no procedimento administrativo.

Mas, em que instante deve-se permitir o exercício do direito de defesa no curso do inquérito policial? O artigo 14, Código de Processo Penal, diz respeito ao comportamento da vítima e/ou do indiciado em face dos meios de prova e do objeto da investigação coligidos no inquérito policial. Como dito supra, deve-se dar a possibilidade do exercício do direito de defesa ao investigado a partir do seu indiciamento. Se ele foi preso em flagrante, o indiciamento é automático, devendo-se dar o direito de defesa de imediato, em consonância com o disposto nos incisos LXII, LXIII e LXIV, do artigo 5º da Constituição.

Outrossim, de se perquirir sobre a necessidade da nota de culpa (artigo 306, Código de Processo Penal), muito menosprezada pelos processualistas pátrios. Em conformidade com a Constituição de 1988, ao ser preso em flagrante e automaticamente indiciado, visa garantir o exercício do direito de defesa no inquérito policial.

Formas de exercício do direito de defesa no inquérito policial: pode ser exercitado externamente, por via do *habeas corpus*, mandado de segurança, ou *habeas data*; e, internamente, nos termos do artigo 14, Código de Processo Penal. É o que se chama, respectivamente, de exercício exógeno e endógeno do direito de defesa. Por exemplo, se o advogado é impedido de falar com o preso (art. 7º, III, Lei nº 8.906/94), cabe o mandado de segurança invocando-se o direito de defesa.

Há centenas de *habeas corpus* impetrados para se evitar o indiciamento do imputado, que muitas vezes é usado como forma de coação ilegal do Delegado, posto que, após o mesmo, pode ser decretada a prisão temporária do indiciado, bem como determinadas medidas cautelares como seqüestro, busca e apreensão etc. Por vezes, têm sido relatados casos em que o indiciamento é usado como instrumento de coação por autoridades policiais em face do suspeito. Daí a importância, também, do controle externo da atividade policial.

5.4.10 Validade das provas colhidas no inquérito policial para condenação do réu

A regra é que não se pode utilizá-las, pois não houve o contraditório quando da sua produção no inquérito policial, com exceção às provas periciais (técnicas) impossíveis de serem postergadas, posto que urgentes (passíveis de perecimento) e, por conseguinte, irrepetíveis. Contudo, nesses casos, o contraditório é deferido. Isto em teoria.

Na prática, no entanto, os juízes têm usado não só aquelas provas técnicas colhidas cautelarmente no curso do inquérito policial, mas também os depoimentos colhidos, a confissão do indiciado, para fundamentar a condenação do réu.

5.4.11 Arquivamento do inquérito policial: súmula 524, STF x art. 18, CPP

A lei não permite que a autoridade policial determine o arquivamento de autos de inquéritos policiais (artigo 17, Código de Processo Penal). Uma vez instaurado, o inquérito policial deve ser remetido, juntamente com o relatório das investigações, ao magistrado, para apreciação (artigo 10, Código de Processo Penal).

Os autos do inquérito policial só podem ser arquivados pelo Juiz de Direito por falta de *justa causa para a ação penal* (artigo 18, CPP), após requerimento, neste sentido, do Promotor de Justiça, ou seja, por ter entendido não haver alicerce suficiente para o oferecimento da denúncia (art. 28, CPP)⁹⁵. Só o Ministério Público, titular da ação penal, pode requerer o arquivamento do inquérito policial. O magistrado, de *per si*, não pode determinar o arquivamento do inquérito, sem que tenha havido pedido do órgão ministerial neste sentido.⁹⁶

⁹⁵ O sistema do Código de Processo Penal para o arquivamento pode ser definido como *híbrido*. O art. 28 prevê a interferência funcional do Ministério Público e do Poder Judiciário para o seu implemento. Exige, assim, requerimento fundamentado do *Parquet* ao magistrado, que apreciará os fundamentos apresentados e julgará o pedido. Caso o julgue improcedente, os autos do inquérito policial serão enviados ao Procurador Geral de Justiça, que, diante das razões do magistrado, poderá oferecer a denúncia, designar outro órgão ministerial para fazê-lo, ou insistir no pedido de arquivamento, ao qual o juiz estará obrigado a aceitar. Quem arquiva o inquérito policial, em última análise, é o Poder Judiciário.

⁹⁶ NUCCI, 2002, p. 90.

Em comentário ao artigo 18 do Código de Processo Penal, assevera AZEVEDO FRANCO que o arquivamento do inquérito policial só pode ser autorizado pela autoridade judiciária, a requerimento exclusivo do órgão do Ministério Público, por falta de base para o oferecimento de denúncia, seja pela ausência de prova da materialidade do fato delituoso, seja pela ausência de indícios de autoria do referido fato.⁹⁷

Na lição de AZEVEDO FRANCO:⁹⁸

“Quando o Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito, e tiver o seu pedido atendido pela autoridade judiciária, poderá a autoridade policial, enquanto não prescrever a ação penal, proceder a novas pesquisas, desde que de outras provas tenha notícia, por isso que o arquivamento, por falta de base para a denúncia, não constitui coisa julgada, e, a todo tempo, observado o prazo da extinção da punibilidade pela prescrição da ação penal, a denúncia poderá ser oferecida, se outras provas convincentes vierem a surgir”. (Grifo nosso)

De qualquer modo, os autos do inquérito policial ficam arquivados no fórum e, caso o Ministério Público deseje proceder a novas investigações, requer o desarquivamento, fundamentadamente, ao Poder Judiciário, e requisita à polícia judiciária que realize novas pesquisas. A própria autoridade policial pode realizar novas investigações, caso tenha notícia de outras provas.

Há divergência doutrinária sobre a natureza jurídica do ato que determina o arquivamento das peças do inquérito policial. Segundo PITOMBO⁹⁹, tal ato é decisão judicial que tranca o processo. O autor é totalmente contra a posição daqueles que afirmam que o ato de arquivamento do inquérito policial tem natureza *administrativa*, portanto sem força de coisa julgada judicial, sob a justificativa de que o juiz atua como simples *fiscal da obrigatoriedade da ação penal pública*.¹⁰⁰ Em seguida, relata algumas situações que desafiam os defensores desta última corrente: a) se o promotor de justiça vislumbrar a ocorrência de prescrição e requerer ao juiz que declare extinto o *jus puniendi* e arquite o procedimento? b) se o Ministério Público requerer e o juiz reconhecer ser o fato *atípico*? c) se das investigações resultar demonstrado, cabalmente, *causa de exclusão da culpabilidade* (ressalvado o caso do art. 22, CP), ou de *exclusão da antijuridicidade*, e o Ministério Público requerer e o juiz determinar o arquivamento? Em todas estas situações, rotineiras inclusive, decide o juiz administrativamente? De se pensar que não.

⁹⁷ FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. V. 1. 7ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 82-83.

⁹⁸ Idem, p. 83.

⁹⁹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. “Arquivamento do inquérito policial, sua força e efeito”. *Revista do Advogado*. N. 11. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 1983, p. 12.

¹⁰⁰ Nesse sentido: NUCCI, 2002, p. 91-92; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Do arquivamento do inquérito no Código de Processo Penal”. *Revista de Processo*, n° 38, abril-junho, 1985, p. 29.

Na lição de PITOMBO,¹⁰¹ ao arquivar os autos do inquérito policial, o Poder Judiciário decide sobre questão penal – sobre as provas coligidas e consoante pedido motivado do *Parquet* –, declarando, assim, que não restaram comprovados o fato ou a autoria, ou que as investigações demonstraram que o fato era inexistente, atípico, ou a existência de *causa de extinção da punibilidade*, ou de *exclusão da antijuridicidade*, reconhecendo a falta de justa causa para a ação penal. E conclui que a decisão judicial, que determina o arquivamento do inquérito policial, pondo termo à primeira fase da persecução penal, possui *natureza de sentença*, por conseguinte, *favorável ao indiciado, trancando o inquérito, ou decidindo liminarmente sobre não ser caso de ação penal*. O arquivamento consistirá em sentença *terminativa* – fazendo *coisa julgada formal*, interrompendo o procedimento em curso, mas não impedindo o desarquivamento dos autos do inquérito policial, desde que fundamentado em provas novas (art. 18, CPP, e Súmula n° 524 do STF) –, ou *definitiva*, fazendo *coisa julgada formal e material*, atingindo o mérito da causa penal, tendo *autoridade absoluta*, impedindo, assim, o desarquivamento dos autos.

Em síntese, a natureza jurídica da decisão de *arquivamento do inquérito policial* reconhecendo excludente de ilicitude, inexistência do fato, atipicidade, ou causa de extinção de punibilidade, é de *sentença de mérito*. Portanto, impede o desarquivamento aos autos do inquérito policial, sob pena de ser ilegal, abusivo e inconstitucional (art. 5º, XXXVI, Constituição da República). Porém, se o *arquivamento* ocorreu, v.g., por *insuficiência de provas*, trata-se de “decisão interlocutória”, podendo, assim, ser o inquérito desarquivado, com fulcro no art. 18, do Código de Processo Penal, e na Súmula n° 524 do Supremo Tribunal Federal. Nesta hipótese, “a sentença vale, tão só, *rebus sic stantibus* e emergindo *outros*, bem como *relevantes meios de prova* do fato e/ou da autoria deve o *inquérito ser desarquivado*, podendo propiciar *denúncia*”.¹⁰²

Outrossim, parece que o destinatário da Súmula n° 524 do STF (“Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”), é o magistrado. O destinatário do art. 18 do Código de Processo Penal (“Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”), no entanto, é o Ministério Público. Todavia,

¹⁰¹ PITOMBO, 1983, p. 12-13.

¹⁰² Idem, p. 15.

num e noutro caso, só se pode pedir o desarquivamento dos autos do inquérito policial, caso surjam provas substancialmente novas, não apenas formalmente novas.

5.4.12 Outras investigações criminais

Conforme disposição legal expressa (art. 4º, parágrafo único, do CPP), outras investigações criminais podem ser presididas por outras autoridades, como v.g. o art. 33, parágrafo único, LC nº 35/79 (LOMAN), em que havendo indícios da prática de crime por magistrado, os autos do inquérito policial, deverão ser enviados ao Tribunal ou Órgão Especial para o julgamento, para que se prossiga com a investigação, conforme as especificidades dos Regimentos Internos de cada Tribunal. Desvios funcionais do magistrado serão apurados pela Corregedoria Geral de Justiça, que é competente para aplicação das cabíveis sanções administrativas.

Outras instituições, como o Ministério Público têm normas próprias e análogas para a apuração de crimes ou infrações funcionais por parte de seus integrantes.

O inquérito policial não é a única forma de investigação criminal que pode sustentar uma ação penal. Diz NUCCI: “Admite-se que outros sejam, seus alicerces, desde que prevista em lei a função investigatória da autoridade”. E adiante continua: “São autoridades capazes de produzir provas pré-constituídas para fundamentar a ação penal os oficiais militares (inquérito policial militar), os chefes das repartições públicas ou corregedores permanentes (sindicâncias e processos administrativos), os juízes, em função anômala (inquérito judicial, destinado a apurar crimes falimentares), os promotores de justiça (inquérito civil, voltado a apurar lesões a interesses difusos e coletivos), os funcionários de repartição florestal e de autarquias com funções correlatas, designados para atividade de fiscalização (inquérito da polícia florestal), os parlamentares, durante os trabalhos das Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outras possibilidades legais”.¹⁰³

5.4.13 A vítima no inquérito policial¹⁰⁴

As deficiências dos sistemas policial e judicial influem bastante no insucesso de investigações e processos, para a impunidade, mas a falta de colaboração da população e, em especial, da vítima para com a polícia e órgãos judiciais, também. Por exemplo, nos crimes de

¹⁰³ NUCCI, 2002, p. 62-63.

¹⁰⁴ Todo esse item é síntese do pensamento de: FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ação penal privada e de ação penal pública condicionada à representação, a investigação criminal só se inicia após requerimento ou representação do ofendido (art. 5º, §§ 5º e 4º, respectivamente, do CPP).

Os interesses da polícia e da vítima se conjugam, se relacionam e se interpenetram. Um bom e pronto atendimento da polícia, com a devida atenção e consideração, faz com que a vítima colabore ao máximo para uma investigação segura e produtiva da polícia. Descontente, ela omitirá dados relevantes, relutará em auxiliar, por fim, nem aparecerá mais.

Nos casos dependentes de queixa e representação, só a vontade da vítima permitirá a prisão daquele que é pego em flagrante delito. O comportamento do agente em relação à vítima é, por vezes, determinante para demonstrar a necessidade de uma prisão cautelar, como quando, v.g., o agente ameaça a vítima. Inclusive, a concessão da liberdade provisória ao réu preso em flagrante pode ser negada se houver risco para a vítima.

Também há certas diligências, nesta fase, que buscam satisfazer interesse pecuniário da vítima. Assim, num furto de veículo, a vítima espera a apreensão e devolução do mesmo.

Nos crimes de ação penal pública a vítima tende a se afastar da investigação criminal, enquanto que nos delitos de ação penal privada seu interesse e participação são sensivelmente maiores.

É bom lembrar-se que a investigação criminal destina-se a colher elementos para esclarecer a autoria e o fato, preparando uma acusação bem fundada, evitando, assim, ações penais sem justa causa.

Em resumo:¹⁰⁵

“(...) pode-se afirmar que, na história, a vítima, quando não esteve encarregada de trazer testemunhas e produzir outras provas em crimes de ação penal privada, devia por fontes próprias investigar o fato, podendo também se utilizar de órgãos oficiais de investigação. Mas, passando o Estado a considerar o crime como de interesse público porque coloca em risco a segurança social, devendo, assim, ser reprimido, não só criou órgãos próprios para acusar, como também produziu organismos dirigidos à investigação, ficando a vítima com o papel de mera testemunha, sendo ouvida sobre os fatos, pouco podendo influir no encaminhamento das diligências. Quando quer acusar depende em regra da investigação a ser feita pela polícia judiciária”.

A vítima, quando se dirige ao órgão policial, nutre várias expectativas quanto ao serviço que lhe será prestado. Normalmente, se frustra, pois, para o órgão policial, ela é só mais uma vítima, mais um caso em sua rotina diária. As atenções maiores estão sempre voltadas ao investigado, gerando aquilo que estudos recentes chamam de vitimização secundária do ofendido. É um problema universal. Desestimulada, a vítima não mais retorna

¹⁰⁵ FERNANDES, 1995, p. 68.

para saber do andamento do seu caso e, se atingida por novo delito, não mais o noticia. E mais, difunde a notícia da ineficiência do sistema, desacreditando a polícia.

Outrossim, estimulando-se as vítimas a comunicarem os fatos criminosos, incentivando-as a participar da investigação criminal, isso poderá acarretar novas e maiores desilusões, pois não há aparato estatal suficiente para atender toda a *demand*a. Deve-se, pois, paralelamente, melhorar os recursos e a infra-estrutura do sistema, bem como desburocratizá-lo, permitindo um melhor atendimento às vítimas.

Papéis que poderá exercer no inquérito policial: a) o ofendido poderá noticiar a infração através de uma delação simples, mera comunicação do delito, ou de uma delação postulatória, em que, além de noticiar o fato, requer ou representa à autoridade policial para que esta instaure o competente inquérito policial (art. 5º, §§ 5º e 4º, CPP); b) poderá solicitar diligências durante o inquérito policial (art. 14, CPP), que serão realizadas ou não a juízo da autoridade policial, não cabendo qualquer recurso se esta indeferir o pedido de realização da diligência. Porém, sendo caso de ação penal pública, a vítima poderá requerer a realização da diligência ao Ministério Público que, se convencido de sua necessidade, a requisitará diretamente à autoridade policial.¹⁰⁶

A vítima poderá influir e muito na investigação, contribuindo para o seu sucesso. Por exemplo: depondo sobre circunstâncias do crime, sua autoria e provas que possa indicar (art. 201); realizar o reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 e 227); etc.

Da sua recusa haverá o confronto de dois valores relevantes: de um lado o interesse público em apurar e punir, que tende a forçar a vítima a colaborar, inclusive com medidas coercitivas; de outro, o interesse da vítima que pretende proteger sua intimidade, honra e sua integridade corporal. Na lição de Antonio Scarance Fernandes, “na essência dessa orientação está o receio de novas vitimizações a quem já sofreu com o crime”.¹⁰⁷ V.g. exames vexatórios, temor a represálias etc.

Ademais, a vítima quer superar os prejuízos sofridos com o delito, v.g. a apreensão e restituição da coisa obtida com o crime. Nos casos de infrações de menor potencial ofensivo, desde o advento da lei 9.099/95, é possível a conciliação entre agente e vítima, evitando o processo e a condenação, representando vantagem para a vítima que pode ter seu dano reparado rapidamente e para o réu que pode não se ver processado, ou transacionar a pena, ou

¹⁰⁶ Nos casos de ação penal privada, em que há o risco da decadência, o ideal seria que a autoridade policial realizasse a diligência, quando esta não se revelar inteiramente destituída de fundamento, inclusive em casos de ação penal pública em que muito importante é a colaboração da vítima para a sua apuração.

¹⁰⁷ FERNANDES, 1995, p. 77.

sofrer sanções mais de ordem educativa que punitiva (restritivas de direitos) ou haver a suspensão condicional do processo.

Por fim, relacionam-se alguns melhoramentos que poderiam ser úteis para a vítima, dentre os quais: a) deve ser avisada do andamento das investigações; b) da situação do suspeito ou indiciado; c) sobre o encerramento do inquérito policial e envio dos autos ao Fórum para que possa acompanhar a atuação do Ministério Público (se inerte, abre-se a possibilidade de queixa subsidiária – art. 29, CPP; se pedir o arquivamento, a vítima poderá trazer novos elementos para reabrir as investigações; se houver denúncia, poderá se habilitar como assistente), ou no caso de ação penal privada, para que possa exercer seu direito de queixa tempestivamente (art. 19, CPP).

5.5 Síntese conclusiva

O sistema de investigação criminal brasileiro, como visto em supra, é o “policial”, materializado no instrumento inquérito policial, atribuição principal dos órgãos de Polícia Judiciária pátrios: Polícia Federal e Polícia Civil (estadual), conforme previsão expressa do artigo 144, §§ 1º e 4º, da Constituição da República.

Capítulo VI

O PRETENSO PODER INVESTIGATÓRIO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

SUMÁRIO: 6.1 Considerações preliminares. 6.2 A competência para realizar investigação criminal. 6.3 A teoria dos poderes implícitos (*Implied Powers Theory*) 6.4 O “quem pode o mais, pode o menos” (?) 6.5 Função legiferante do Ministério Público de São Paulo. 6.6 Outros posicionamentos contrários à investigação criminal direta pelo Ministério Público. 6.7 Conseqüência da declaração da inconstitucionalidade da realização de investigação criminal pelo ministério público

6.1 Considerações preliminares

A questão a cerca da possibilidade do Ministério Público realizar ou presidir investigação criminal diretamente, em face da Constituição da República de 1988, “não é complicada nem demanda grandes pesquisas doutrinárias”, porque a própria Constituição responde com precisão e em definitivo que “o Ministério Público não tem competência para realizar investigação criminal direta”.¹

Primeiramente, não se deve levar em conta questões de conveniência ou oportunidade do Ministério Público ter (ou não) poderes investigatórios criminais, dado ser esta uma “discussão de *lege ferenda*, não de *lege lata*”, porquanto o legislador constituinte fez uma opção clara quando da elaboração da Carta de 1988.²

Alega-se, também, a corrupção de alguns órgãos policiais e o descaso em apurar crimes cometidos por outros policiais para justificar a “tomada de rédeas” da investigação criminal pelo *Parquet* nestes casos. Convém lembrar que a corrupção não é exclusiva de órgãos policiais, mas em diversas (senão todas) instituições públicas, da mais baixa a mais alta esfera municipal, estadual e federal, e nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como demonstram recorrentes e recentes exemplos divulgados na mídia de todo o país. A

¹ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-agosto de 2004, p. 368.

² Idem, p. 369.

corrupção é um mal disseminado por toda a Administração Pública e não monopólio da Polícia Judiciária.³

Há que se reconhecer, sem generalizações indevidas e injustas, procedência às críticas relativas à ineficiência e à morosidade das investigações criminais. É verossímil o argumento do Ministério Público de que há policiais que deveriam atuar no combate à criminalidade e que, no entanto, envolveram-se com o crime organizado e em atos de corrupção, objetivando impedir a investigação de delitos, assim como praticando atos de violência⁴ ou de abuso de poder. Esse envolvimento, contudo, não é meramente policial, pois, uma das características marcantes do crime organizado está no envolvimento de autoridades da cúpula da Administração Pública, visando garantir sua impunidade. Há quem diga que o fato de a polícia estar na linha de frente da investigação criminal contribui para a contaminação de alguns de seus membros. Porém, não se pode garantir, exime de dúvida, que se o Ministério Público assumir tal posição estaria imune aos mesmos riscos.⁵

Neste sentido assevera LUÍS ROBERTO BARROSO⁶ que:

“Sem a pretensão de uma elaboração sociológica mais sofisticada, e muito menos de empreender qualquer juízo moral, impõe-se aqui uma reflexão relevante. No sistema brasileiro, é a polícia que atua na linha de fronteira entre a sociedade organizada e a criminalidade, precisamente em razão de sua função de investigar e instaurar inquéritos criminais. Por estar à frente das operações dessa natureza, são os seus agentes os mais sujeitos a protagonizarem situações de violência e a sofrerem o contágio do crime, pela cooptação ou pela corrupção. O registro é feito aqui, porque necessário, sem incidir, todavia, no equívoco grave da generalização ou da atribuição abstrata de culpas coletivas.

Pois bem: não se deve ter a ilusão de que o desempenho, pelo Ministério Público, do papel que hoje cabe à polícia, manteria o Parquet imune aos mesmos riscos de arbitrariedade, abusos, violência e contágio”.

Isto foi comprovado empiricamente com a experiência italiana. Assim, aduz JOSÉ AFONSO DA SILVA, até a reforma processual penal de 1989, naquele país a investigação criminal se dava através de juizado de instrução, quando este foi suprimido e os poderes investigatórios criminais passaram às mãos do *Parquet*. Esta troca na titularidade da

³ MORAES, Maurício Zanoide de. “Esgrimando com o professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: os inexistentes poderes investigatórios criminais do Ministério Público”. *Revista do Advogado*. N. 78. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, setembro, 2004, p. 70.

⁴ Por exemplo: ameaça, tortura, homicídios, etc.

⁵ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 369.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. “Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária”. *Parecer solicitado pelo Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, apresentado durante a 151ª Reunião Ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana - CDDPH, em sessão realizada no dia 18 de fevereiro de 2004 e aprovado por unanimidade*. Disponível em: http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/2camara/materias/temas/Poder_Investigacao_MP_Barroso_1.pdf, acessado em 21/01/2006.

investigação preliminar decorreu da legislação antimáfia e teve sucesso imediato com que a conhecida “operação mãos limpas”, levada a cabo pelo Ministério Público italiano para combater a máfia. Contudo, não demoraram a surgir denúncias de abuso de poder. O Procurador Di Pietro, importante membro do Ministério Público no período, renunciara ao cargo em razão daquelas denúncias. O mesmo ocorreu, logo em seguida, com procuradores na Sicília.⁷

No tocante ao aspecto sociológico, de se anotar que a quase (ou a total) “pandemia” de escândalos e crimes justificam o interesse da imprensa pela investigação de tudo e de todos. Isto dá “audiência”! Atiça a curiosidade popular, é útil a interesses políticos e é lucrativo! Assim, qualquer órgão que se apresente como “defensor da sociedade” tem todo o apoio da imprensa e, quem se opuser, seja em defesa dos direitos individuais ou da constitucionalidade, torna-se oponente da imprensa e é apresentado como ineficiente, inimigo popular e conivente com a criminalidade.⁸

O Ministério Público brasileiro é uma instituição que goza de alta consideração e respeitabilidade pública por sua atuação ética e eficiente, que é preciso ser conservada e defendida. Nesta linha de raciocínio, um dos modos eficazes de fazê-lo consiste exatamente em mantê-lo dentro dos estritos limites de suas funções institucionais, que não inclui a função de investigação criminal direta.⁹

Também a eficiência e a probidade não são privativas do Ministério Público, da Magistratura ou da Defensoria, pois, se assim o fosse, essas não precisariam ter órgãos corregedores e tribunais de ética assoberbados de trabalho. Vale lembrar que, recentemente, promotores de justiça e magistrados envolveram-se, inclusive, em homicídios, o que não pode ser desconsiderado ao se analisar a questão de forma isenta e séria.¹⁰

⁷ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 370.

⁸ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 73. Aduz adiante que a divulgação das investigações, neste ínterim, é sempre desproporcional, superando em intensidade e parcialidade a divulgação do resultado final do processo, mormente quando absolutório e nega aquilo que foi publicado inicialmente. Quando a suspeita noticiada, com grande alarde e repercussão, que apontou para a condenação prévia e exemplar de um indivíduo não se confirma no julgamento final, isto é explicado e negativamente criticado pela imprensa como mais um caso de ineficiência do Poder Judiciário frente ao poderio econômico dos acusados, à habilidade ou fama de seus advogados ou às “brechas” da lei. Despertam, assim, no cidadão, a sensação de conivência e assistencialismo do Poder Judiciário com os criminosos e seus defensores. A imprensa, como um todo, preocupa-se mais em “formar” a opinião pública do que em “informá-la” (Ob. cit., p. 73-74).

⁹ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 370. Segundo pesquisa de opinião pública encomendada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e realizada pelo IBOPE, em fevereiro de 2004, o Ministério Público alcançou o índice de “imagem positiva” de 58% (cinquenta e oito por cento), superior aos índices dos advogados, polícia e dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. CONAMP. *Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil*. Rio de Janeiro: CONAMP, 2004.

¹⁰ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 70.

Forçoso reconhecer que o Ministério Público não é superior a nenhuma outra instituição. Sofre também pressões internas, críticas, etc. Assim, não deve prevalecer sobre as demais instituições públicas e, na investigação criminal e no processo penal, à Defesa, sob pena de gerar um desequilíbrio sistêmico-constitucional. Também é notório que membros do Ministério Público têm se lançado em carreira política no Poder Executivo e no Poder Legislativo, o que demonstra o interesse político de alguns de seus membros. Outrossim, se os integrantes do *Parquet* fossem imunes a erros e falhas, não haveria razão para uma Corregedoria própria.

No caso dos órgãos policiais, de se lembrar que, além de corregedoria própria, existe o controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público e a corregedoria da Polícia Judiciária exercida pelo Poder Judiciário. E mais: existem, ainda, órgãos de “ouvidoria”, que colhem e encaminham denúncias contra policiais para aqueles incumbidos de apurá-las e as acompanham até seu final. Ainda há o controle informal da imprensa e de toda a população. Talvez, frise-se o “talvez”, existam tantas denúncias contra policiais por justamente serem os órgãos mais cobrados e vigiados da Administração Pública.

Todas as instituições públicas são fundamentais, porque preordenadas para a consecução do bem comum. Os funcionários que cometam faltas administrativas ou atos criminosos devem ser afastados e punidos sempre que se fizer necessário. Porém, não se deve generalizar um comportamento “pessoal” irregular para toda uma instituição e, em seguida, esvaziá-la de seus poderes, atribuições, obrigações e deveres.¹¹

Relembra ZANOIDE DE MORAES que é impossível negar que todas as instituições públicas e privadas são entes políticos que atuam na sociedade em defesa de seus interesses. É ingenuidade crer que existe instituição neutra ou isenta de influências sociais e políticas. Basta lembrar que o Procurador Geral de Justiça dos Estados e o Procurador Geral da República são escolhidos pelos respectivos chefes do Executivo. O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem seus integrantes nomeados pelo Presidente da República. Esse processo de escolha, contudo, em face do Ministério Público e do Poder Judiciário não retira de ambos, a atuação, em regra, legal, imparcial e isenta. Porém, derruba “qualquer alegação de total isenção política em suas decisões, manifestações ou escolhas. Não se pode acreditar que uma Instituição composta por homens, que são seres atavicamente

¹¹ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 70. Outrossim, aduz ainda o autor que “não há apenas corrupção, na acepção restrita dos artigos 317 e 333 do Código Penal”, mas também “trocas de favores, exercício de influência e prestígio, retribuições de auxílios e tantas outras formas de julgar política ou institucionalmente uma questão que deveria ser apenas jurídica”.

políticos, seja apolítica”.¹²

E arremata o mesmo autor afirmando que acreditar que um policial não investiga bem outro policial, é acreditar também que um promotor não acusa bem outro promotor ou que um magistrado não julgaria bem outro membro do Poder Judiciário. Caso contrário, de que serve as corregedorias? De que servem os mecanismos de controle recíproco e externo previstos no ordenamento jurídico?¹³

O correto é que o mau funcionamento do “sistema de investigação criminal” afeto aos órgãos de Polícia Judiciária, do qual participam o Ministério Público e o Poder Judiciário, como qualquer outro problema que se verifique, não tem o condão de “transferir para outra instituição sua competência constitucionalmente estabelecida, nem autoriza que outra instituição o assuma”, ainda que subsidiária e excepcionalmente.¹⁴

O processo penal é um campo profícuo de disputas pelo poder. O processo penal é a maior arma do cidadão para evitar o arbítrio estatal na persecução. Nele se digladiam as instituições por mais funções, atribuições e obrigações, para conseguirem mais força política sobre as demais diante da população. Isso é natural e, assim, não se pode retirar ou usurpar as funções e atribuições que o sistema defere a cada instituição.¹⁵

6.2 A competência para realizar investigação criminal

O insigne JOSÉ AFONSO DA SILVA, enquanto assessor na Constituinte, participou e ajudou na confecção das normas que deram ao Ministério Público a feição atual, como instituição constitucional permanente e autônoma. Apreciou o assunto desde o seu nascedouro com o Anteprojeto da Subcomissão da Organização do Poder Judiciário e Ministério Público, cujo relator foi o Deputado Plínio de Arruda Sampaio, oriundo do Ministério Público, e que se inspirou na organização da instituição no Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais (Afonso Arinos), da qual foi relator o então Procurador-Geral da República e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence. Na elaboração desse anteprojeto, durante os trabalhos da Assembléia Constituinte, estiveram presentes Associações do Ministério Público, especialmente a do Ministério Público de São Paulo, que

¹² Idem, p. 71.

¹³ Idem, ibidem.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 370-371.

¹⁵ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 71.

se mantiveram sempre em defesa das prerrogativas da instituição durante a elaboração da Carta de 1988.¹⁶

Aduz JOSÉ AFONSO DA SILVA que o texto do anteprojeto em comento (artigos 43 a 46), aprovado pela subcomissão em 25 de maio de 1987, “continha, em essência, tudo que veio a ser contemplado na Constituição, na qual não há uma palavra que atribua ao Ministério Público a função investigatória direta”. Constava do texto a função privativa de promover “a ação penal pública” e “o inquérito civil e a ação civil pública”, como também, sem exclusividade, o poder de “requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial”, de efetuar “correição” na Polícia Judiciária, sem prejuízo da permanente correição judicial. Esta última, posteriormente, converteu-se em “controle externo da atividade policial”.¹⁷

Prosseguindo nesse breve histórico, assevera o ilustre constitucionalista, que se o Ministério Público tivesse interesse em realizar ou dirigir investigações criminais, “seria de esperar que constasse desse anteprojeto algo nesse sentido, já que o relator era um constituinte afinado com a instituição”.¹⁸

Contudo, somente com o Anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, em junho de 1987, cujo relator fora o Deputado Egídio Ferreira Lima, incluía-se dentre as funções institucionais do Ministério Público, além da competência para requisitar diligências investigatórias, também a “supervisão da investigação criminal”, a faculdade de “promover ou requisitar à autoridade competente a instauração de inquéritos” e o poder de “avocá-los para suprir omissões”. Isso se manteve no Projeto da Comissão de Sistematização. Porém, no Primeiro Substitutivo da Comissão de Sistematização, em agosto de 1987, do Relator Bernardo Cabral, excluiu-se a possibilidade de “promover a instauração de inquéritos”, bem como o poder de “avocá-los para suprir omissões”. Em síntese: foi suprimido exatamente aquilo que o Ministério Público hoje pretende: “o poder de investigação subsidiário”.

Outrossim, a função de realização do “inquérito civil público” migrou para outro dispositivo constitucional conectando-se com a “ação civil pública”. E mais: inseriu-se no texto a obrigatoriedade da fundamentação da requisição de diligências investigatórias e da instauração do inquérito policial. Vale dizer: tais funções tornaram-se indiretas e não

¹⁶ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 371.

¹⁷ Idem, ibidem.

¹⁸ Idem, p. 371-372.

imperativas.¹⁹ Isso foi aprovado na Comissão de Sistematização, almejando integrar o Projeto de Constituição de novembro de 1987, a ser submetido ao Plenário, em primeiro turno.²⁰

Projeto Substitutivo do “Centrão” sugeriu diversas reduções nas funções institucionais do Ministério Público que não foram aceitas. O texto aprovado, com a fusão de diversas emendas, restabeleceu a competência para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, mas não deu ao Ministério Público “função investigatória direta”. Alude JOSÉ AFONSO DA SILVA²¹ que:

“O Constituinte Plínio de Arruda Sampaio, defensor intransigente das prerrogativas da instituição, sustentou, na tribuna, o acordo, mostrando que “a instituição do Ministério Público foi delineada na Subcomissão do Poder Judiciário [de que ele foi relator, diga-se de passagem] com o objetivo claro de criá-la forte, autônoma, independente do Executivo. O que se quer é um fiscal da lei com plenos poderes para exercer a ação penal, inclusive contra aquele que o nomeia, contra o Presidente da República (...). Além dessa autonomia, um segundo aspecto básico da construção do Ministério Público foi aprovado na subcomissão. Consiste em conferir à instituição atribuições maiores do que simplesmente a de perseguir os criminosos: estamos dando-lhe também atribuição de defender a sociedade como um todo. Defender quem não tem quem o defenda”. Quem é hoje que não tem quem o defenda: o índio, a natureza, o consumidor. “Por isso, todo um elenco de competências foi atribuído ao novo órgão Ministério Público, no âmbito da perseguição do ilícito civil””.

E arremata: “Não há uma palavra em favor da possibilidade de o Ministério Público proceder a investigação direta”.²² E repise-se: foram palavras proferidas por um Deputado Constituinte que defendia “intransigentemente” as prerrogativas constitucionais do Ministério Público.

O mencionado acordo integrou o segundo Projeto de Constituição apresentado em junho de 1988, que foi submetido e aprovado pelo Plenário, constituindo o Projeto de Constituição de setembro de 1988, destinado à redação final e mantido tal qual o Projeto de Constituição de 20 de setembro de 1988. Assim, com os ajustes de redação, vieram a constituir os arts. 127 a 130 da Constituição.²³

Essa breve inserção histórica não pretende investigar a intenção do legislador constituinte e, assim, extrair o sentido das normas. Isto vai de encontro aos modernos métodos de interpretação constitucional, pois não é a intenção do legislador que vale, mas a das normas constitucionais. O sentido de cada dispositivo ou de cada conjunto de normas se extrai dos

¹⁹ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 372-373.

²⁰ Idem, *ibidem*.

²¹ Idem, p. 373.

²² SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 373.

²³ Idem, p. 374.

valores incorporados na Constituição. Essa incorporação ocorreu por ato dos constituintes, não isoladamente, nem psicologicamente identificada, mas pela “conjugação da vontade constituinte” e pela “vontade culturalmente constituída”, porque agiam em “função de valores”, acolhendo uns e recusando outros. Por isso se afirma que a Constituição é um sistema de valores. E é também por isso que o processo de formação constitucional interessa. Não apenas para se interpretar as normas postas, mas também para conhecer os valores que foram rejeitados, e que, por esse motivo, não podem ser invocados ulteriormente para a composição de direitos ou de competências, mormente quando a competência pretendida foi outorgada a outra instituição, como é o caso, já que a Carta de 1988 atribuiu às polícias Federal e Civis (estaduais) a função de Polícia Judiciária e a de apuração das infrações penais (artigos 144, §§ 1º e 4º).²⁴

A separação de poderes elaborada pela Constituição é a única forma de garantir o controle de legalidade entre todos os operadores do direito. Os órgãos de Polícia Judiciária devem ser controlados externamente e orientados pelo Ministério Público como prevê a Carta Política (art. 129, incisos VII e VIII). Se todos os promotores públicos o fizessem em cada inquérito policial, as investigações seriam mais rápidas e eficientes, não haveria abusos, excessos ou ilegalidades. Em compensação, o Ministério Público sabe que suas requisições passam por uma Autoridade Policial que pode deixar de realizá-las se forem ilegais e que seus atos passam pelo Poder Judiciário. Destarte, não se inclinaria a desrespeitar as leis.²⁵

O inquérito policial, após as requisições do Ministério Público e os atos da Polícia Judiciária, é enviado ao Poder Judiciário (art. 10 do Código de Processo Penal) para verificação de sua legalidade e pode haver, outrossim, a interferência da Defensoria (pública ou privada) que, em não concordando com o desenrolar da investigação, pode (e deve) apresentar requerimentos para auxiliar no esclarecimento dos fatos²⁶ ou, ainda, recorrer aos tribunais competentes.²⁷

Garante-se a legalidade não por crença de que uns são mais eficientes e probos que outros, mas porque a “publicidade” e a “motivação” dos atos da Administração Pública e do Poder Judiciário garantem o cumprimento e o respeito da legalidade e dos direitos constitucionais. Em conformidade com FERRAJOLI²⁸, são as denominadas “garantias de garantias” ou “garantias de segundo grau” porque asseguram o respeito dos demais direitos e

²⁴ Idem, p. 374.

²⁵ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 71.

²⁶ Por exemplo: realização de perícias, juntada de documentos, apresentação de rol de testemunhas, etc.

²⁷ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 71.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 5ª ed., Madrid: Trotta, 2001, p. 616 e seguintes.

garantias.²⁹

Não há, nos incisos do artigo 129 da Constituição, que define as funções institucionais do Ministério Público, qualquer autorização aos membros da instituição a realizar ou dirigir diretamente investigação criminal. Como foi demonstrado supra, o legislador constituinte apreciou o assunto e o rejeitou. Daí que não se pode querer restabelecer por via de interpretação o que foi examinado e rejeitado.³⁰

Assevera ZANOIDE DE MORAES, com muita propriedade, que a pretensão do Ministério Público realizar investigações criminais é evitada pelo vício da inconstitucionalidade e a justificação para assim operar é deveras assistemática.³¹

ADA PELLEGRINI GRINOVER também afirma que é irretorquível que o inquérito policial é o instrumento de investigação criminal da Polícia Judiciária e que a função do Ministério Público em relação àquele é tão somente exercer o controle externo da atividade policial, requisitar diligências investigatórias e/ou sua instauração (artigo 129, incisos VII e VIII, Constituição da República).³²

Pela análise conjunta dos artigos 144, § 1º, incisos I e IV, e 129, incisos VII e VIII, da Constituição da República, combinados com o artigo 4º, do Código de Processo Penal, chega-se à conclusão única de que o inquérito policial é ato privativo da polícia (Federal ou Civil), nele podendo o *Parquet* intervir através do desempenho das funções previstas nos supramencionados dispositivos constitucionais.³³

Outrossim, aduz JOSÉ AFONSO DA SILVA³⁴ colacionando alguns exemplos do direito comparado que:

“Se a Constituição tivesse silenciado sobre o tema, ainda se poderia discutir sobre a possibilidade de se ser a matéria conferida ao Ministério Público, por via de lei, como se fez na Itália, onde se retirou o poder investigatório do juiz de instrução, passando-o, por lei, para os Procuradores da República que funcionam junto dos tribunais. Mesmo assim, o Ministério Público na Itália não tem esse poder autonomamente, porque a Polícia Judiciária não depende dele integralmente, mas da autoridade judiciária (Constituição italiana, art. 109), pois a Constituição italiana só tem um dispositivo sobre o Ministério Público para impor-lhe o dever de exercer a ação penal (art. 112). A Constituição portuguesa tem dois artigos sobre o

²⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. 2004, p. 71.

³⁰ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 374-375.

³¹ MORAES, Maurício Zanoide de. “Esgrimando com o professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: os inexistentes poderes investigatórios criminais do Ministério Público”. *Revista do Advogado*. N. 78. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, setembro, 2004, p. 68.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini. “Investigações pelo ministério público”. *Boletim IBCCRIM*. V.12, n.145. São Paulo, dez. 2004, p. 4.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini, “Investigações pelo ministério público”, 2004, p. 4.

³⁴ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 375.

Ministério Público, mas não dispõe sobre sua competência, deixando a matéria para a lei (arts. 221 e 222), por isso a lei pôde integrar a Polícia Judiciária na organização do Ministério Público com competência exclusiva para a instrução preparatória das infrações penais. Na Espanha, não é ao Ministério Público que cabe a função investigatória, só por si diretamente. Lá a função de averiguação dos delitos cabe à Polícia Judiciária que, no entanto, no exercício dessa função, depende do juiz, dos tribunais e também do Ministério Público (Constituição, art.126). Na Colômbia, sim, a Constituição dá competência direta à Procuradoria-Geral da Nação (Fiscalía General de La Nación) para investigar os delitos e acusar os presumidos infratores ante os juízos e tribunais competentes (art. 250)".

Estes exemplos do direito estrangeiro são úteis para demonstrar que o sistema adotado no Brasil é próprio e peculiar, porque define – expressamente, com exatidão e sem dependência recíproca – as atribuições do Ministério Público e da Polícia Judiciária, de modo que a invocação de doutrina estrangeira sobre o tema não contribui para o seu esclarecimento.³⁵

6.3 A teoria dos poderes implícitos (*Implied Powers Theory*)

Argumentam os defensores da tese que entende possível a realização de investigação criminal direta pelo Ministério Público que, ainda que a Constituição não lhe tenha conferido expressamente tal função, pode-se aplicar a “doutrina dos poderes implícitos”, pois, se a Constituição lhe outorga a função privativa de promoção da ação penal pública, lhe assegura também os meios necessários para tal desiderato.³⁶

Essa concepção apresentada, data vênia, não é correta. De se indagar, primeiramente, se há entre a investigação penal e a ação penal uma relação de meio e fim. O meio para o exercício da ação penal consiste no aparato institucional – o Ministério Público – com a habilitação, competência adequada e condições materiais para fazê-lo (artigos 127 a 130 da Lei Maior).³⁷

A finalidade da investigação criminal, desse modo, não é a ação penal em si, mas a apuração do delito, de suas causas e de todas as suas circunstâncias, bem como de sua autoria. O resultado dessa apuração constitui a instrução penal preliminar, documentada no inquérito, para fundamentar a ação penal e servir de base à instrução penal definitiva.³⁸

³⁵ Idem, p. 375.

³⁶ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 376.

³⁷ Idem, ibidem.

³⁸ Idem, ibidem.

Em segundo lugar, se faz mister asseverar que só há poderes implícitos no “silêncio da Constituição”. Nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA: “(...) quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição”. Se, ao contrário, “ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes explícitos”. É teratológico falar-se em “poderes implícitos”, se a Constituição fora explícita ao conferir tais poderes a outra instituição.³⁹

Outrossim, relembra JOSÉ AFONSO DA SILVA um exemplo brasileiro verificado na vigência da Carta de 1891, quanto à “intervenção federal nos Estados”, disciplinada em seu artigo 6º, mas que não previu a figura do “interventor”. Então, “reconheceu-se, em face disso, que era legítima a nomeação de um interventor no caso de intervenção com o afastamento do Governador”. Apesar de o Presidente da República reivindicar essa competência, Ruy Barbosa foi contra, pois nem a Constituição, nem lei alguma lhe outorgaram esse direito. Esse poder cabia ao Congresso Nacional que, por lei, criava a intervenção e, por isso, podia confiá-la a um interventor.⁴⁰

Adverte, nesse diapasão, ZANOIDE DE MORAES que é correto assegurar que a teoria dos poderes implícitos não se aplica quando a Constituição é clara e expressa ao fixar atribuições. É o caso de seu artigo 144 que atribui, expressamente, a investigação preliminar dos crimes às polícias Federal e Cíveis (estaduais). Utilizar-se de regra hermenêutica aplicável tão somente nas hipóteses de silêncio do legislador em casos que a Lei Maior é clara, representa sofismar de modo inconstitucional.⁴¹

Em arremate: a) só ha poder implícito quando a Constituição não cuida de determinada matéria; b) não cabe a um órgão a competência que prevista para outro. No caso em tela, a Constituição trata do tema e confere a realização e direção da investigação criminal aos órgãos de Polícia Judiciária: Polícia Federal e Polícia Civil. Logo, forçoso concluir, que dita função “não cabe a nenhum outro órgão ou instituição, nem, portanto, ao Ministério Público”, ainda que subsidiariamente.⁴²

A teoria dos poderes implícitos não encontra guarida no sistema e na estrutura da Constituição de 1988. Não há falar-se em poder implícito de investigação criminal ao Ministério Público, dado a clareza na previsão de suas funções. Porém, alerta GRINOVER que a

³⁹ Idem, *ibidem*.

⁴⁰ Idem, p. 377.

⁴¹ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 69.

⁴² SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 377.

própria Constituição, após enumerar as funções institucionais do Ministério Público no artigo 129, prevê no inciso IX do mesmo, que lhe cabe “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com suas finalidades (...)”.⁴³

Para estear os pretensos poderes investigativos criminais do Ministério Público com base nesse dispositivo, antes é preciso saber se os mesmos são compatíveis com as demais funções elencadas nos incisos I a VIII do artigo 129. ADA PELLEGRINI GRINOVER afiança que “sim”, reconhecendo a compatibilidade perfeita da investigação criminal com o exercício privativo da ação penal pública, função ministerial prevista expressamente no inciso I do artigo 129 da Constituição. Aduz como argumento que:⁴⁴

“O MP é o destinatário das investigações, devendo essas servir exclusivamente para a formação de seu convencimento sobre acusar ou não acusar — ou seja, sobre promover ou não a ação penal pública de que tem o monopólio. Nenhuma informação colhida durante as investigações poderá servir de suporte para a decisão de mérito, e muito menos para a sentença condenatória. Já sustentei, em inúmeros estudos, não serem provas aquelas que não se formam em contraditório, perante o juiz natural. E que, mesmo em relação às provas técnicas irrepetíveis, como o exame de corpo de delito, deverá instaurar-se o contraditório posterior, com plena participação das partes. Sendo assim, não há inconveniente na suposta parcialidade do órgão de acusação quando seja ele um dos protagonistas das investigações criminais, cujo resultado não incidirá sobre a sentença. O inquérito policial, assim como qualquer outro tipo de investigação, só se destina à formação do convencimento do MP, como preparação do eventual exercício da ação penal”.

6.4 O “quem pode o mais, pode o menos” (?)

A Constituição, ao estabelecer atribuições, fixar competências e outorgar funções, estrutura o Estado e determina a área de atuação de cada órgão e instituição. Resguardados os direitos fundamentais, as normas que estabelecem funções estatais expressam mais que mera capacidade e possibilidade de agir dos órgãos públicos. De fato, elas impõem limites de atuação. Não podem, destarte, ser interpretadas de maneira ampla e extensiva, sobretudo numa Constituição como a brasileira de 1988, ou seja, analítica em toda a sua extensão, não circunscrita a regras gerais e abertas, mas a “normas de conteúdo detalhado, minucioso e específico”.⁴⁵

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini, “Investigações pelo ministério público”, 2004, p. 4.

⁴⁴ Idem, *ibidem*.

⁴⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. “Atuação investigatória do Ministério Público: um convite à reflexão”. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel – Centro de Estudos Penais e Criminológicos*. Ano VI. N. 23, dezembro de 2004, p. 6.

A Carta de 1988 atribui ao Ministério Público, dentre outras, a função privativa de promover a ação penal pública (artigo 129, inciso I). Este dispositivo delimita de forma clara as funções de acusar e julgar, expurgando do ordenamento jurídico pátrio o sistema inquisitivo, que concentra nas mãos de um mesmo sujeito processual as funções de acusar e julgar. Outrossim, impede a legitimação ativa da ação penal pública a outros órgãos ou pessoas.⁴⁶

Tem-se tentado extrair do dispositivo acima referido poderes investigatórios criminais para o Ministério Público. Essa exegese mostra-se errônea. Primeiramente, desconsidera-se a diversidade terminológica usada legislador constituinte, que, ao tratar do Ministério Público, atribui-lhe a função privativa de promoção da ação penal pública, mas não a de apuração das infrações penais, que atribui a órgãos policiais (artigo 144, §§ 1º e 4º). Evidencia-se, desse modo, a distinção entre “investigar” e “acusar”, que não podem ser mensuradas ou graduadas quantitativa ou qualitativamente. São funções de natureza diversa, entregues pelo legislador constituinte a órgãos também diversos.⁴⁷

Tem-se argumentado, com base na “teoria dos poderes implícitos” explicitada em supra, que uma instituição que pode “o mais” – titularidade exclusiva da ação penal⁴⁸ – pode “o menos” – realizar investigações criminais para optar pelo “processo” ou “não-processo”. Assim, aduz-se em favor da investigação direta do Ministério Público que, se ele é o titular da ação penal pública, também deve poder realizar investigações, porque “quem pode o mais, que é a ação penal, pode o menos, a investigação criminal”. Ocorre que, no campo do direito constitucional, isso não tem valor algum como regra interpretativa.

Neste sentido questiona com absoluta propriedade JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴⁹: “O que é mais e o que é menos no campo da distribuição das competências constitucionais? Como se efetua essa medição, como fazer uma tal ponderação? Como quantificá-las?”. E responde:

“Não há sistema que o confirme. As competências são outorgadas expressamente aos diversos poderes, instituições e órgãos constitucionais. Nenhuma é mais, nenhuma é menos. São o que são, porque as regras de competência são regras de procedimento ou regras técnicas, havendo eventualmente regras subentendidas (não poderes implícitos) às regras enumeradas, porque submetidas a essas e, por conseguinte, pertinente ao mesmo titular. Não é o caso em exame, porque as regras enumeradas, explicitadas, sobre investigação na esfera penal conferem esta à Polícia Judiciária, e são regras de eficácia plena, como costumam ser as regras técnicas”.

⁴⁶ Idem, ibidem. A Constituição da República excepciona a hipótese da ação penal privada subsidiária da pública, quando o Ministério Público não intentar a ação penal no prazo legal (artigo 5º, inciso LIX)

⁴⁷ Idem, ibidem.

⁴⁸ Artigo 129, inciso I, da Constituição da República.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 377-378.

Busca-se na titularidade de promoção da ação penal pública (“o mais”), a possibilidade implícita de realizar investigação criminal (“o menos”), como se aquela englobasse esta em uma relação de continente e conteúdo, refletindo o brocardo: “quem pode o mais, pode o menos”. Na verdade, as ações de “investigar”, “acusar” e “julgar” são diversas. Ao se admitir gradação entre elas, é cogente concluir que “julgar” engloba as demais. Contudo, é impensável no atual estágio evolutivo da norma processual penal, restabelecer-se o sistema inquisitório.⁵⁰

Este raciocínio padece de “vício de origem”: a gradação de funções. Investigar pressupõe realizar pesquisa para reconstruir fato pretérito. É calcada no plano fático e dirige-se à obtenção de hipótese afirmativa que, uma vez alcançada, autoriza a formulação de acusação. Esta implica na sustentação daquela hipótese até a prolação de sentença judicial definitiva que reconheça (ou não) sua procedência ou não.⁵¹

A investigação, procedimento de instrução criminal preliminar, busca a verdade e os meios de prová-la em juízo. A ação é o ato que invoca a prestação jurisdicional penal. Como qualquer procedimento, a investigação criminal é uma sucessão de atos concatenados, registrados e documentados nos autos do inquérito policial, que vai servir de base (justa causa) para a propositura da ação penal (processo) ou de seu próprio arquivamento (não processo), conforme apure a materialidade do crime, sua autoria e os elementos importantes à instrução definitiva. O resultado da investigação criminal, em suma, pode ser pressuposto da ação penal ou do arquivamento dos autos do próprio inquérito policial.⁵²

ZANOIDE DE MORAES ainda assevera que:⁵³

“A impropriedade do uso da teoria dos poderes implícitos nesse ponto ganha mais ênfase se verificarmos que a premissa do argumento, nesse tema (poderes investigatórios criminais do Ministério Público), é falsa, pois, toma a atividade investigativa e a acusação judicial como atos de mesma natureza jurídica, para daí estender que poderão ser feitos pelo mesmo órgão. Os atos não têm a mesma natureza jurídica e não estão postos de forma hierárquica pela qual a investigação seria o menos e a ação penal seria o mais. Não se pode confundir anterioridade com prevalência ou com intensidade. A investigação é anterior, não inferior à ação penal”.

Ao optar por diferenciar as funções de “apurar” (investigar) e “acusar” e as entregar, expressamente, a órgãos distintos, resta claro que o legislador constituinte não abre

⁵⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, 2004, p. 6.

⁵¹ Idem, *ibidem*.

⁵² SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 378. Em conformidade com o ensinamento de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, sem a investigação preliminar do fato criminoso e dos meios de prová-lo em juízo, torna-se inviável a ação penal. MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 61.

⁵³ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 69-70.

possibilidade alguma de se inferir por poderes implícitos. Pelo contrário, pois a norma constitucional é, ao mesmo tempo, fonte e limite do poder.⁵⁴

Ademais se o argumento em exame – “quem pode o mais pode o menos” –, ou o argumento dos “poderes implícitos” fossem procedentes e verossímeis, a lógica e a coerência exigiriam que o *Parquet* assumisse a titularidade da função investigatória que entendem pertencer à Polícia Judiciária. Porém, seus defensores aduzem que o Ministério Público não pretende assumir todas as investigações criminais, mas obter diretamente em alguns casos e “quando o interesse público exigir”, os elementos que necessite para formar seu convencimento acerca da viabilidade da ação penal, em nome da celeridade e da eficácia.⁵⁵

Outrossim, interessante frisar que o Ministério Público afirma não querer abarcar todos os casos de investigação criminal afeitos à Polícia, vez que é irretorquível sua falta de estrutura para tanto. Assim, pretende “escolher”, por critérios próprios, os casos que lhe interesse investigar. Essa postura agrava o risco de deturpação do sistema de investigação criminal desenhado pela Constituição da República.⁵⁶

Indigna-se ADA PELLEGRINI GRINOVER ao aduzir que:⁵⁷

“Nessas condições, não me parece oportuno, no atual sistema brasileiro, atribuir funções investigativas ao MP. Em primeiro lugar, por uma razão prática: o Parquet, declaradamente, não tem estrutura para assumir todas as investigações relativas a determinados crimes, sem proceder a uma insustentável seleção de casos. Em segundo lugar, em nome da busca da maior eficácia possível nas investigações criminais: para tanto, é necessário que Polícia e MP deixem de digladiar-se, querendo para si uma atribuição que, isoladamente, será sempre insatisfatória. É preciso que as duas instituições aprendam a trabalhar em conjunto, como tem ocorrido em alguns casos, com excelentes resultados. É mister que Polícia e MP exerçam suas atividades de maneira integrada, em estreita colaboração. E é necessário promulgar uma nova lei sobre a investigação criminal, que substitua o inquérito policial burocrático e ineficiente de que dispomos, estimulando a atividade conjunta da polícia e do Ministério Público”.

A investigação criminal que se quer, verdadeiramente, independe do órgão que a realize, desde que seja eficaz e respeite os princípios constitucionais e os direitos e garantias fundamentais.⁵⁸

Reconhece-se, portanto, que a competência é da Polícia Judiciária. Todavia, implicitamente deixa-se inferir que o Ministério Público não tem poder de investigação

⁵⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, 2004, p. 6.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 379.

⁵⁶ MANIFESTO. “Do indispensável equilíbrio entre instituições constitucionais – Da inconstitucionalidade da investigação criminal conduzida diretamente pelo ministério público”. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, 2004, p. 8-9.

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, “Investigações pelo ministério público”, 2004, p. 5.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, “Investigações pelo ministério público”, 2004, p. 5.

criminal, caso contrário, não reivindicaria exercê-la em situações excepcionais. Pleiteia-se se substituir à Polícia Judiciária “em determinadas situações e quando o interesse público o exige”. Mas que “situações”? Quando é que o interesse público exige a investigação criminal pelo órgão ministerial? O próprio Ministério Público decide a seu alvedrio?⁵⁹

Disso resultam três problemas críticos: 1º - Definição – quem, e segundo que critérios, define a relevância do caso a ser investigado pelo Ministério Público; 2º - Distinção de relevância de função (importância institucional) – se há crimes mais relevantes que outros, certamente a Polícia vai investigar os menos relevantes, o que vai gerar um descrédito da instituição perante a sociedade, que fatalmente vai resultar na redução de investimentos no aprimoramento de agentes policiais, peritos e equipamentos; e 3º - a Polícia desacreditada, desestimulada e carente de recursos, não vai cumprir seu papel constitucional de combate à maior massa de crimes, que o Ministério Público não quer investigar, como os inúmeros homicídios ocorridos em favelas e a criminalidade de rua e cotidiana da vida do cidadão comum (furtos, roubos, estelionatos, estupros, dentre outros).⁶⁰

É inequívoco asseverar que toda investigação criminal, sem exceções, é de interesse público. Uma simples bicicleta furtada pode parecer, em princípio, um crime de menor importância. Porém, sob o prisma da vítima, aquela pode ser seu bem mais valioso (ou até seu único bem), seu meio de transporte ou ferramenta de trabalho. Destarte, sob a perspectiva do criminoso, este fato pode ser o início de uma carreira criminosa que poderá trazer mais e maiores prejuízos para a sociedade, o que por si só demanda a necessidade de uma investigação para o esclarecimento do fato e punição do culpado. Em todos os delitos exige-se a realização de investigação criminal prévia.⁶¹

Não há falar-se, portanto, em relação de intensidade ou importância entre os atos, apenas de anterioridade, qual seja: a investigação criminal precede à ação penal. São atos de natureza jurídica distinta, realizados por órgãos igualmente distintos, em conformidade com expressa previsão constitucional.⁶²

A Constituição, em seu artigo 144, §§ 1º e 4º, reservou à Polícia Federal e às Polícias Civis áreas de atuação exclusivas que não podem ser afetadas por norma infraconstitucional e, menos ainda, por ato administrativo. Uma é a realização do inquérito policial, que é a essência

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p.379.

⁶⁰ MANIFESTO. “Do indispensável equilíbrio entre instituições constitucionais – Da inconstitucionalidade da investigação criminal conduzida diretamente pelo ministério público”. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, 2004, p. 9.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 379.

⁶² MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 70.

da atividade de Polícia Judiciária e que não comporta a direção do Ministério Público. A outra é a de apuração das infrações penais, ou seja, o poder investigatório. Assim, desrespeita a Constituição normas que atribuam ao Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações criminais, como o fez o Ato n. 98, de 30/09/1996, do colendo Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.⁶³

Argumenta-se para justificar a possibilidade de o *Parquet* realizar investigações na seara criminal que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal.⁶⁴ Levanta ADA PELLEGRINI GRINOVER a seguinte indagação: “poderá haver outro instrumento de investigação criminal, que não seja o inquérito policial?”. A resposta emerge de imediato, pois certo que a Constituição de 1988 atribui expressamente o poder de investigar a outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito e os tribunais.⁶⁵

Contudo, a Constituição não apregoa essa mesma função ao Ministério Público. Outrossim, oportuno advertir que as emendas constitucionais que pretendiam atribuir poderes investigatórios criminais ao *Parquet* foram todas rejeitadas, preservando-se o desenho constitucional delineado em supra.⁶⁶

Isso é verdade, pois a Constituição prevê as exceções e, em nenhuma delas, contempla o Ministério Público. O § 4º, do artigo 144, ressalva a competência da União, que é prevista no artigo 144, § 1º, inciso IV, e exclui da competência da Polícia Judiciária a apuração das infrações penais militares, em harmonia com o artigo 124, com base no qual atribui à Polícia Judiciária Militar, exercida por autoridades das corporações militares, a função de apurar os crimes militares no respectivo âmbito, através de inquérito policial militar (arts. 7º a 9º do Código de Processo Penal Militar).⁶⁷

O poder investigatório das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI’s, também está expresso na Carta Constitucional (artigo 58, § 3º). Todavia, o inquérito parlamentar não é espécie de “inquérito criminal”, mas de inquérito, pois visa apurar fatos de natureza política, administrativa, civil ou criminal. Neste sentido, assevera JOSÉ AFONSO DA SILVA⁶⁸ que, conforme a parte final do § 3º do art. 58, as conclusões da investigação parlamentar nem sempre dispensam o inquérito policial, como se tem visto, porque há interesses e métodos

⁶³ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 379-380.

⁶⁴ Idem, p. 380.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, “Investigações pelo ministério público”, 2004, p. 4.

⁶⁶ Idem, ibidem.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 380.

⁶⁸ Idem, p. 380-381.

políticos no inquérito parlamentar, nem sempre compatíveis com uma instrução penal preliminar que tem como finalidade precípua preservar a inocência do investigado contra acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade que essas redundariam.⁶⁹

De lembrar-se que é comum a “apuração indireta de crimes” por ocasião de sindicâncias e processos administrativos, que se destinam a apurar ilícito administrativo e que, durante os mesmos, apura-se a ocorrência de infração penal. Assim, órgãos como o Banco Central ou a Receita Federal realizam investigações para apurar ilícitos financeiros ou tributários de sua competência. Eventualmente, encontrando elementos probatórios da existência de crimes, os encaminham ao Ministério Público.⁷⁰

Conectando-se essa idéia com a de que o inquérito policial é facultativo, conforme o artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que diz que a função de Polícia Judiciária não exclui “a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”, JOSÉ AFONSO DA SILVA⁷¹ coloca o problema da seguinte forma:

“A questão hoje consiste em saber se uma tal lei se sustenta em face do art. 144, §§ 1º e 4º, da Constituição. Será nitidamente inconstitucional, como qualquer lei ordinária ou complementar que atribua a função de Polícia Judiciária, vale dizer, de investigação na esfera penal, a qualquer outra autoridade, órgão ou instituição”.

Adverte GRINOVER que as investigações criminais formais diferem das supracitadas, por que acompanhadas do poder de coerção. Exime de dúvida que o sistema constitucional atribui a função de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais à Polícia Federal e às Polícias Cíveis. A primeira exerce, com “exclusividade”, as funções de Polícia Judiciária da União (artigo 144), o que se refere tão somente à repartição de atribuições entre Polícia Federal – órgão da União com competência para atuar em todo o território nacional – e Polícias Cíveis – órgãos estaduais com competência restrita ao respectivo Estado –, indicando a indelegabilidade das funções da primeira às Polícias Estaduais.

Outrossim, alude-se que, ante a possibilidade de o Ministério Público oferecer denúncia dispensando o inquérito policial, consoante os artigos 39, § 5º, e 40, ambos do Código de Processo Penal, estaria autorizada a iniciativa ministerial sem prévia atuação policial, podendo o *Parquet* realizar diretamente as investigações criminais que entender pertinentes.

⁶⁹ Nesse diapasão: MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios (...)*, p. 17.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, “Investigações pelo ministério público”, 2004, p. 4.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 381.

Porém, conforme lição de ZANOIDE DE MORAES: “há um desvio de perspectiva ao se afirmar isso”. Nas hipóteses supramencionadas, os elementos necessários à formação da convicção do Ministério Público para intentar a ação penal lhe são encaminhados pela vítima ou seu representante legal (artigo 5º, § 1º, Código de Processo Penal), por Comissão Parlamentar de Inquérito (artigo 58, § 3º, Constituição), ou por autoridade administrativa (artigo 4º, parágrafo único, Código de Processo Penal) ou judiciária (artigo 187, Lei n. 11.101/05). Ele dispensa o inquérito policial e, igualmente, não investiga, pois recebe de antemão os elementos necessários à sua convicção. Trata-se, assim, de situação bem diversa de investigar diretamente por não possuir elementos bastantes para acusar.⁷²

Argüi ADA PELLEGRINI GRINOVER sobre que instrumento normativo pode autorizar, com espeque no inciso IX do artigo 129 da Constituição da República, a realização de investigação criminal pelo Ministério Público. E responde, com fundamento no princípio da reserva legal, que somente a lei pode fazê-lo. E, para reforçar este entendimento, relembra a dicção do § 5º, do artigo 128, da Constituição, que estabelece que as atribuições do Ministério Público serão estabelecidas por lei complementar.⁷³

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, “a tese de que o inquérito policial é facultativo não é bem correta”. Ele é dispensável, quando a *notitia criminis* é oferecida com elementos suficientes para a propositura da ação penal. Por exemplo: as conclusões de Comissão Parlamentar de Inquérito; inquérito ou procedimento administrativo; enfim com quaisquer outros elementos que se mostrem suficientes para habilitar o Ministério Público a intentar a ação penal (artigo 39, § 5º, Código de Processo Penal).⁷⁴

As exceções apresentadas, insista-se, estão previstas na própria Constituição da República. Se lei atribui a função de Polícia Judiciária e de apuração das infrações penais a outra instituição, isto contraria o disposto no artigo 144, §§ 1º e 4º, da Carta Política, e é inconstitucional. Ainda assim, nenhuma das exceções supramencionadas, consignadas na Constituição ou em lei, beneficia o Ministério Público.⁷⁵

Nem mesmo a tese de que o inquérito é facultativo torna possível o exercício direto de investigação na área penal pelo *Parquet*, porque o inquérito policial só o é quando há

⁷² MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 70.

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini, “Investigações pelo ministério público”, 2004, p. 4.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 381-382.

⁷⁵ Idem, p. 382.

procedimento ou documento que constituam “justa causa” para a ação penal e, assim, autorize sua dispensa, o que não defere ao Ministério Público o poder de investigação direta.⁷⁶

Nessas hipóteses, se for o caso de precisar de mais esclarecimentos acerca do fato criminoso, o Ministério Público requisita a instauração de inquérito policial e a realização das diligências que entender cabíveis. É incongruente que realize diretamente diligências preliminares para, em seguida, julgar a qualidade de seu próprio trabalho investigativo, se seus atos investigatórios resultaram (ou não) em elementos de convicção suficientes e legitimadores de uma ação penal com justa causa. Parece inverossímil que o órgão do Ministério Público reconheça que a investigação por ele empreendida não seja suficiente para fundamentar a ação penal da qual é titular.⁷⁷

Aqui reside a crítica de que o Ministério Público que dirige a investigação ou o faz diretamente perde a “imparcialidade” que normalmente possui no momento que analisa os autos do inquérito policial ou de outra forma de investigação legalmente prevista. Neste sentido é a Súmula n. 234 do Superior Tribunal de Justiça: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Vê-se que esta Súmula não dispõe acerca da condução ou realização direta de investigação criminal pelo Ministério Público. “Participar”, requisitando diligências e controlando as atividades policiais, conforme o mandamento constitucional contido no artigo 129, incisos VII e VIII, é algo muito distinto de “realizar” ou “dirigir” investigações criminais diretamente.⁷⁸

Outrossim, com a recente lei de falências – Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 – o Congresso Nacional poderia ter inovado na matéria, mas não o fez, preferindo preservar o sistema existente e manter o Ministério Público afastado da realização de investigações criminais. Assim, dispôs a referida lei:

“Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

(...)

III - na falência:

(...)

⁷⁶ Idem, ibidem.

⁷⁷ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 70.

⁷⁸ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 70.

e) apresentar, no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, *relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos*, observado o disposto no art. 186 desta Lei;”. (grifo nosso)

Vê-se claramente que é o “administrador judicial” quem realiza atos investigatórios e apresenta relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, apurando, porventura, a possível ocorrência de crimes falimentares. O citado administrador não é o órgão ministerial, mas, conforme o artigo 21 da lei de falências, “profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada”.

Ademais, corroborando com esse entendimento, dispõe o artigo 186 da mesma lei que:

“Art. 186. No relatório previsto na alínea e do inciso III do caput do art. 22 desta Lei, o *administrador judicial* apresentará ao juiz da falência *exposição circunstanciada*, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da *conduta do devedor e de outros responsáveis*, se houver, *por atos que possam constituir crime relacionado com a recuperação judicial ou com a falência, ou outro delito conexo a estes*”. (Grifo nosso)

E o artigo seguinte dispõe expressamente que:

“Artigo. 187. Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o *Ministério Público*, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial”. (Grifo nosso)

Deduz-se facilmente da dicção dos citados dispositivos da novel lei de falências, que o Ministério Público não realiza atos investigatórios criminais. Quem os faz é o “administrador judicial”, que, na mesma sistemática do Código de Processo Penal (artigo 10), envia o relatório com tudo que foi apurado ao juiz competente. Intimado da sentença judicial, se o *Parquet* verificar, nos elementos que tem em mãos, a existência de crime falimentar, ele denuncia o falido ou, caso entenda necessário, requisita a instauração de inquérito policial.

Repise-se: o *Parquet* não realiza investigação criminal diretamente, mas, em consonância com o sistema constitucional e processual penal brasileiro, requisita a abertura de inquérito policial e, se for o caso, a realização das diligências que entender necessárias (artigo 13, inciso II, Código de Processo Penal), dado o permissivo do artigo 188 da lei em exame (“Aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”).

6.5 Função legiferante do Ministério Público de São Paulo

Conforme restou patenteado na explanação supra, não há na Lei Maior nada que autorize o Ministério Público a instaurar e presidir investigação criminal. Não obstante, o *Parquet* paulista, por via de inquérito civil público, previsto no inciso III, do artigo 129, da Carta de 1988, tem realizado apurações criminais, com flagrante “desvio de finalidade”, já que aquele é peça de instrução preparatória de ação civil pública e não de ação penal. Ou então faz uso de procedimento previsto em atos administrativos oriundos da própria instituição – Atos 98/1996 e 314/2003 –, que torna o “desvio” ainda mais grave, porque “procedimento administrativo não é meio idôneo para proceder investigações criminais diretas. O fato mesmo de se recorrer a tais expedientes demonstra, à sociedade, que o Ministério Público não recebeu da Constituição o poder para promover investigações diretas na área penal”.⁷⁹

Aqueles atos administrativos extrapolam a competência constitucional do Ministério Público. E o procedimento administrativo criminal representa um desvirtuamento do inquérito civil público, que não pode ser convertido por vontade própria em inquérito policial. O inquérito civil destina-se a embasar a ação civil pública, para os fins previstos no artigo 129, inciso III, da Constituição. A apuração das infrações penais e a função de Polícia Judiciária são atribuições da Polícia Federal e das Polícias Cíveis, conforme previsão expressa do artigo 144 da Carta Constitucional. Não há, portanto, como legitimar a pretendida atribuição ministerial de investigação criminal direta por meio de ato administrativo ou através de legislação infraconstitucional sem que se verifique uma “invasão de competência” e, por conseguinte, uma afronta a normas e princípios constitucionais.⁸⁰

Como citado em supra, ADA GRINOVER afirma que o instrumento normativo que pode autorizar a realização de investigação criminal pelo Ministério Público, com fundamento no princípio da reserva legal, é somente lei complementar, consoante o § 5º, do artigo 128, da Constituição.

Em São Paulo, o citado Ato Normativo n. 314-PGJ/CPJ, de 27/06/2003, regulamentou o “procedimento administrativo criminal” referido no artigo 26 do Ato Normativo n. 98/96. Sua ementa procurou dar-lhe legitimidade declarando que regulamenta, na área criminal, o

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 382-383.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 383-384.

procedimento administrativo previsto no artigo 26, inciso I, da Lei 8.625/93 e repetido no artigo 104, inciso I, da Lei Complementar Estadual 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo).

Esses dispositivos legais, por seu turno, regulamentam o inciso VI, do artigo 129, da Constituição da República, que atribui ao Ministério Público as funções de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”. Ocorre que, nem esse dispositivo, nem os citados supra, autorizam o “procedimento administrativo criminal” disciplinado no artigo 2º do Ato 314/03.⁸¹

O artigo 26, inciso I, da Lei 8.625/93 estabelece que:

“Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior”.

Não há no dispositivo, repetido literalmente pelo artigo 104, inciso I, da Lei Complementar 734/93, nada que autorize a investigação criminal pelo Ministério Público. Autoriza sim, que o *Parquet*, no exercício de suas funções, instaure inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes. Todo o conteúdo de suas alíneas é administrativo, ou refere-se a procedimentos como sindicâncias, inquéritos e processos administrativos, que se destinam, nesta acepção, a apurar infrações disciplinares e eventual aplicação de sanções administrativas (Lei Complementar Federal n. 75/93, artigo 246 e seguintes; Lei Complementar do Estado de São Paulo n. 734/93, artigo 251 e seguintes).⁸²

⁸¹ Idem, p. 384.

⁸² SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 385.

Segundo ensinamento de ADA PELLEGRINI GRINOVER, as Leis Orgânicas do Ministério Público (Lei 8.625/93 e Lei Complementar 75/93) em vigor “não” prevêm qualquer poder investigatório ao Ministério Público. Há atribuições ligadas ao exercício da “ação civil pública”, também função institucional do Ministério Público nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição. Complementa a autora aduzindo que:⁸³

“Só lei complementar, que atribuisse expressa e especificamente funções investigativas penais ao órgão ministerial, teria o condão de configurar o instrumento normativo idôneo para atribuir outras funções ao MP, não contempladas nos incs. I a VIII do art. 129, com base na previsão residual do inc. IX”.

E arremata em epítome:⁸⁴

“Surge, portanto, outra conclusão: sem a lei complementar acima referida, o MP não pode exercer funções investigativas penais. Por via de consequência, são flagrantemente inconstitucionais e desprovidos de eficácia os atos normativos editados no âmbito do MP, instituindo e regulando a investigação penal pelos membros do *Parquet*”.

Assevera ainda ADA GRINOVER que o conteúdo de eventuais novas Leis Complementares devem observar o princípio da “‘reserva penal proporcional’, que impõe que a lei deva sempre obedecer ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade”, como se posiciona a doutrina e o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos. E esclarece que ao legislador cabe um mínimo de discricionariedade para definir o conteúdo da norma em questão. Porém, sustenta que alguns temas, que não foram objeto dos atos normativos internos do Ministério Público de São Paulo, devem ser lembrados e, em seguida, os enumera:

- a) a indicação das infrações penais em que caberia ao MP investigar, deixando-se claro que, em todas elas, a investigação lhe competirá. Afasta-se, assim, a preocupante seleção de casos a que o órgão ministerial tem procedido, fixando-se os crimes em que a investigação do MP poderia ser mais eficaz do que a da Polícia;
- b) o estabelecimento de regras procedimentais, com controles pelo juiz (como acontece com o inquérito policial);
- c) a abertura de espaço para a defesa, que deve poder acompanhar as investigações, com a previsão da presença do defensor antes e durante o interrogatório, nos termos do disposto nos novos arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal - CPP, segundo a Lei nº 10.792/03, os quais são inquestionavelmente aplicáveis ao inquérito policial e, conseqüentemente, às eventuais investigações ministeriais”.

Tais procedimentos não são idôneos para referendar a realização de investigações na esfera criminal e, desse modo, o referido dispositivo também extrapola as balizas

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini, “Investigações pelo ministério público”, 2004, p. 4.

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, “Investigações pelo ministério público”, 2004, p. 4-5. A autora refere-se aos atos normativos editados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo: Ato 98/1996 e Ato 314/03.

constitucionais das funções institucionais do Ministério Público, até porque, no dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA:⁸⁵

“(…) se são procedimentos, *no exercício de suas funções*, e se em suas funções não entra a investigação criminal direta, o procedimento administrativo não poderia converter-se em inquérito criminal, sob a presidência de um membro do Ministério Público, como pretende o Ato 314/2003, que assim contraria regras e princípios constitucionais”.

Em conformidade com o magistério de LAURIA TUCCI, fácil perceber-se que o legislador brasileiro, tanto no plano constitucional, como no infraconstitucional, estabeleceu, deste modo, clara e convincente distinção entre as atribuições ministeriais na seara penal e aquelas adstritas à área extrapenal. Assim, regrou o inquérito civil público e outros procedimentos administrativos correlatos, de modo a conferir ao *Parquet* a sua realização, dirigindo a produção de provas e a colheita de todos os elementos de convicção indispensáveis à propositura de ação civil pública, apropriada à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.⁸⁶

Por outro lado, definiu, com clareza solar, as atribuições ministeriais na persecução criminal, restringindo-as: a) à requisição de diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, fundamentadamente; b) ao acompanhamento da tramitação da investigação criminal, realizada pela autoridade policial; e, c) ao controle externo da atividade policial, na forma determinada em lei.⁸⁷

A vedação aos procedimentos administrativos criminais do *Parquet* é legal, porque lei alguma a prevê e a Constituição da República de 1988 atribui, expressamente, a investigação criminal à Polícia Judiciária. Outrossim, de se afirmar que dita vedação encontra guarida no sistema posto, pois essa pseudo-atribuição do Ministério Público gera um “desequilíbrio sistêmico” capaz de induzir o surgimento de ilegalidades e arbitrariedades, outrora (e ainda hoje) observadas na história da humanidade e das instituições estatais, mormente naquelas que atuam sem controle sobre as demais pessoas ou instituições.

Aduz, nessa esteira, ZANOIDE DE MORAES que:⁸⁸

“(…) o sistema jurídico é pensado como um corpo único e equilibrado na distribuição de poderes, deveres, obrigações, encargos e ônus para cada um de seus integrantes, não podendo um ente se assenhorear das funções e atribuições alheias sob pena de se impedir o intercontrole entre as várias Instituições (no caso, a Magistratura, o Ministério Público, a Defensoria e a Polícia Judiciária) e do qual apenas o cidadão restará prejudicado”.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 385.

⁸⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 77-78.

⁸⁷ Idem, p. 78.

⁸⁸ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 69.

O artigo 2º do Ato 314/93 dispõe que “o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções na área criminal, poderá, de ofício ou em face de representação ou outra peça de informação, instaurar procedimento administrativo criminal quando, para a formação de seu convencimento, entender necessários maiores esclarecimentos sobre o caso ou o aprofundamento da investigação criminal produzida”.

Ora, se o órgão do Ministério Público tem conhecimento de um delito e não possui elementos suficientes para a propositura da cabível ação penal, lhe compete requisitar a instauração do inquérito policial ou a realização de diligências.⁸⁹ Não pode promovê-lo de ofício, ou em face de representação ou de outra peça de informação. Outrossim, se necessita de maiores esclarecimentos ou do aprofundamento da investigação criminal produzida, isto não o autoriza a substituir-se à autoridade competente (Polícia Judiciária) para praticar ele mesmo os atos investigatórios de que necessita.⁹⁰

Seu artigo 2º, § 1º, inciso I, possibilita a instauração do procedimento administrativo criminal “para a prevenção da criminalidade”. Desta assertiva extrai-se que uma investigação pode ser iniciada sem que tenha ocorrido qualquer fato delituoso transformando todos em potenciais suspeitos. Restringe-se a liberdade e invade-se a intimidade das pessoas com a finalidade de “prevenir a criminalidade”, que sempre existiu – e é utópico achar que um dia será extirpada da sociedade – por ser imanente ao indivíduo e ao convívio social. Assim, vê-se que o dispositivo ora em comento viola frontalmente o “princípio da legalidade processual”.⁹¹

Se o procedimento administrativo criminal se limitasse ao “aperfeiçoamento, celeridade, finalidade e indisponibilidade da ação penal” (Ato 314/03, artigo 2º, § 1º, inciso II), ou à “prevenção e correção de irregularidade, ilegalidade ou abuso de poder relacionado com a atividade de investigação” (artigo 2º, § 1º, inciso III), ou à “fiscalização da execução de pena e medida de segurança” (artigo 2º, § 1º, inciso V), “nada haveria a objetar, porque são atribuições que estão dentro das funções do Ministério Público”.⁹²

Transgride, outrossim, os ditames constitucionais, a pretendida investigação criminal direta do Ato 314/03 travestida na expressão: “aperfeiçoamento da investigação, visando à preservação ou obtenção da prova, inclusive técnica, bem como a validade da prova produzida, para fins de persecução penal” (artigo 2º, § 1º, inciso IV), que está definida na alínea “b”, do inciso I, do artigo 26 do Ato 98/96, que confere aos membros do Ministério

⁸⁹ Consoante o artigo 129, inciso VIII, da Constituição da República.

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 385-386.

⁹¹ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 72.

⁹² SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 386.

Público de São Paulo o poder de instaurar procedimentos administrativos para promover diretamente investigações criminais. Na prática, órgãos do Ministério Público têm instaurado procedimentos administrativos com o fim precípua de apurar ilícitos criminais e não administrativos, intimando supostos infratores, testemunhas, etc.⁹³

Todavia, segue o *Parquet* procedendo a investigações criminais diretas através de “procedimentos administrativos criminais – PAC’s” – assim denominados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo –, excluindo totalmente a Polícia Judiciária, alijando o Poder Judiciário de quaisquer informações e, via de regra, não permitindo o acesso da Defesa aos autos, embora intime pessoas a comparecerem para prestar informações. Tais intimações, por sua vez, não indicam a “qualidade” segundo a qual a pessoa será ouvida: se como testemunha, suspeita, futura indiciada, vítima ou informante. Somente dar-se ciência à pessoa no momento em que é ouvida. Nunca antes, deixando alheios os defensores e as pessoas que, porventura, queiram ter acesso prévio aos autos.⁹⁴

Há, assim, flagrante violação do disposto no artigo 7º, incisos XIII e XV, da Lei nº 8.906/94 e do artigo 185, § 2º, do Código de Processo Penal, que, conquanto dirigido à fase judicial, também regula o interrogatório por qualquer outra autoridade pública, como, por exemplo, Polícia Judiciária e Comissões Parlamentares de Inquérito, vez que é a única regulamentação deste meio de prova no ordenamento jurídico pátrio.⁹⁵

O artigo 18 do referido Ato Normativo prevê, ao total arrepio do sistema jurídico vigente, a possibilidade de o Ministério Público arquivar o procedimento administrativo criminal sem cientificar o Poder Judiciário. Já o artigo 15, do mesmo Ato, determina que: “o presidente assegurará no procedimento administrativo criminal o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

De se lembrar que, diferentemente dos membros do Poder Legislativo, cuja legitimidade emana diretamente do povo que os escolhe, a legitimidade do Ministério Público (e do Poder Judiciário) deriva diretamente da legalidade, da motivação dos atos judiciais (que não haveria, pois o Poder Judiciário não teria ciência do procedimento), da publicidade e da moralidade dos atos da Administração Pública (artigo 37, da Lei Maior).

E, analisando-se conjuntamente os dois dispositivos (artigos 15 e 18), vê-se que o procedimento administrativo criminal restringe de sobremaneira o artigo 7º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), com claro rompimento da segurança jurídica e em prejuízo

⁹³ Idem, ibidem.

⁹⁴ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 68.

⁹⁵ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 68.

de toda a coletividade. Acrescente-se que o artigo 14, § 2º, do Ato em comento, permite ao presidente do procedimento administrativo criminal – portanto, membro do Ministério Público – a retirada de documentos dos autos, ao seu alvedrio e sem qualquer controle judicial, contraditório ou ciência à defesa, que considere ser “impertinente ao objeto da investigação” e “indevidamente juntado aos autos”. A ilegalidade e a inconstitucionalidade do Ato Normativo do *Parquet* paulista salta aos olhos e assusta qualquer exegeta.⁹⁶

Nesse diapasão, sem qualquer controle judicial e mesmo conhecimento da defesa, eventual crime pode deixar de ser apurado, ou as provas de sua autoria ou da inocência de um investigado podem ser extirpadas dos autos. O Ministério Público não está, como já antevisto, imune a falhas e corrupção de seus membros.

Assim, assevera ZANOIDE DE MORAES que:⁹⁷

“Somente a publicidade e participação equilibrada de todos os operadores do direito, cada qual com sua função, garante, aprioristicamente, a diminuição das injustiças e ilegalidades em qualquer atividade pública. Com isso, não se garante apenas a verificação de que os culpados sejam efetivamente punidos, mas também que os inocentes não sejam acusados injustamente com base em autos investigatórios dos quais as peças por eles juntadas podem ser retiradas a critério exclusivo da parte investigadora/acusadora (leia-se, Ministério Público). Desnecessário afirmar que é ilegítimo o Ministério Público escolher qual o material que o Poder Judiciário deve ou não conhecer sobre o caso”.

Somente o Poder Judiciário pode restringir alguns direitos constitucionais, o que só é possível e legítimo após análise do caso concreto. Permitir investigações sigilosas e apartadas do Judiciário é aceitar a perda de atribuição dos órgãos policiais e, também, de parte das atribuições do próprio Poder Judiciário, que compõem a denominada “reserva de jurisdição”, segundo a qual somente o juiz competente pode, motivada, pública e excepcionalmente, determinar, por exemplo, a quebra de sigilo de dados e telefônico do cidadão.⁹⁸

O artigo 7º, do mesmo Ato, permite que o presidente do procedimento administrativo criminal, para instruí-lo, requisite a condução coercitiva pela Polícia Civil ou pela Polícia Militar de quem não atender sua intimação (desrespeitando-se o direito de não produzir prova contra si mesmo); requisite documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, a órgãos da administração direta e indireta de qualquer Poder da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como de entidades privadas, alijando-se da verificação de sua legalidade e oportunidade pelo Poder Judiciário.⁹⁹

⁹⁶ Idem, p. 72.

⁹⁷ Idem, ibidem.

⁹⁸ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 72.

⁹⁹ Idem, p. 73.

De se lembrar que o debate quanto à instalação no Brasil dos juizados de instrução foi expressamente refutado na exposição de motivos (item IV) do vigente Código de Processo Penal. A Constituição de 1988, ao estabelecer atribuições específicas dos órgãos estatais encarregados da persecução penal (Polícia, Ministério Público, Defensoria e Poder Judiciário), não permite ao *Parquet* a instauração de qualquer procedimento investigatório criminal.¹⁰⁰ Não há qualquer regulamentação neste sentido que, como observa SCARANCE FERNANDES, depende de previsão específica do ordenamento jurídico, o que só pode ser feito por lei federal, em conformidade com o artigo 22, inciso I, da Lei Magna.¹⁰¹

Outrossim, anota ZANOIDE DE MORAES que, nos países em que se adota o juizado de instrução (e também o sistema de investigação pelo Ministério Público), é regulamentada a participação de todos os operadores do direito na fase investigativa. Independentemente de quem seja o titular garante-se a participação e o controle dos demais.¹⁰²

O modelo de investigação criminal disciplinado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo viola o princípio maior da Constituição da República de 1988: o Estado Democrático de Direito. Foi elaborado de “forma ilegal, unilateral e insatisfatória”; tem caráter nitidamente inquisitivo; não se subsume ao controle do Poder Judiciário; e retira “a possibilidade de participação do investigado, da vítima ou da Defensoria no acompanhamento da investigação”.¹⁰³

Não se trata de o *Parquet* concluir investigação administrativa ou inquérito civil público que apurou, por via indireta, alguma infração penal e, assim, intentar a ação penal cabível. Na verdade, serve-se o Ministério Público de inquérito civil ou de procedimento administrativo como meio de proceder a investigações criminais, o que representa “um desvio de finalidade, uma fraude à Constituição que não lhe confere tal poder”.¹⁰⁴

JOSÉ AFONSO DA SILVA ainda critica duramente quem sustenta que quando o Ministério Público, no curso de inquérito civil, depara com infrações penais, pode ele prosseguir nas investigações criminais para apurá-las, pois não há norma constitucional que agasalhe esta hipótese. E cita, neste sentido, HUGO NIGRO MAZZILLI que conceitua o inquérito civil como “uma investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial

¹⁰⁰ Idem, ibidem.

¹⁰¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª ed., rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 255.

¹⁰² MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 73.

¹⁰³ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 73.

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 386-387.

possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública”. Ora, se é assim, não há como distorcer a função desse instrumento transformando-o num inquérito policial.¹⁰⁵

Neste diapasão, cabe ao Ministério Público tudo quanto previsto no artigo 129 da Constituição da República como suas funções institucionais, dentre as quais destaque-se que: pode requisitar diligências investigatórias, mas não promovê-las; pode requisitar a instauração do inquérito policial, mas não presidi-lo; e pode promover o inquérito civil público, que se destina a instrumentalizar a ação civil pública e não a ação penal pública.¹⁰⁶

A ação civil pública tem por objeto a apuração de responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a outros interesses difusos e coletivos, e também à proteção do patrimônio público e social (artigo 1º, da Lei 7.347/85; e artigo 129, inciso III, da Constituição da República). Destina-se à condenação em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (artigo 3º, da Lei 7.347/85).

O procedimento dos órgãos do Ministério Público não encontra amparo legal na Constituição, no Código de Processo Penal, nem na legislação esparsa. É equivocado o Ministério Público querer extrair dos poderes de investigação da ação civil pública – inquérito civil público – o fundamento jurídico a legitimar sua utilização na seara penal dado as diferenças patentes entre direito civil e direito penal, o que torna o supracitado procedimento administrativo criminal ilegal e inaceitável diante do sistema positivado.¹⁰⁷

Assim, a Lei 7.347/85 e a Constituição da República prevêm e explicitam o inquérito civil público, o qual não pode ser convertido em procedimento investigatório de infração penal. Se no curso de inquérito civil ou de procedimento administrativo o órgão ministerial se deparar com possível infração penal, seu presidente deve remeter as peças pertinentes à Polícia Judiciária, nos termos do artigo 129, inciso VIII, requisitando a instauração do competente inquérito policial, dado que o Ministério Público não possui legitimidade constitucional para realizar ou presidir investigação com o objetivo – direto ou indireto – de apuração de infração penal, porquanto esta, exceto quanto as infrações penais militares, é função da Polícia Judiciária, dirigida por Delegado de Polícia (artigo 144, § 4º, da Lei Maior).¹⁰⁸

¹⁰⁵ Idem, p. 387.

¹⁰⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, 2004, p. 6.

¹⁰⁷ MORAES, Maurício Zanoide de, 2004, p. 68.

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”, 2004, p. 387-388.

Não se quer dizer que o Ministério Público deva quedar-se inerte diante do fato criminoso. Contudo não deve presidir investigação criminal. A Constituição ampliou o rol de atribuições ministeriais como nunca foi visto no ordenamento jurídico brasileiro, exatamente por querer e confiar num Ministério Público autônomo e independente. Porém, o que não se permite é o alargamento de suas funções constitucionalmente previstas, para atribuir ao *Parquet* o poder de realizar investigações criminais sem a participação e fiscalização de outros órgãos. Não há desconfiança prévia em face do Ministério Público. Mas certamente haverá se e quando ele atuar sem controle.¹⁰⁹

6.6 Outros posicionamentos contrários à investigação criminal direta pelo Ministério Público

Aduz FERREIRA FILHO ao adentrar no tópico “Problema e solução: A investigação criminal na Constituição de 1988” que é irretorquível, conforme o artigo 144, da Lei Maior, que a competência para a apuração das infrações penais é atribuída expressamente à Polícia. E, como pode ser visto no artigo 129, que estabelece as funções institucionais do *Parquet*, esta competência não lhe é estendida. Vale dizer: “Entre estas importantíssimas funções não está a da investigação criminal”.¹¹⁰

Passando-se à análise mais pormenorizada dos dispositivos que estabelecem as funções do *Parquet*, depreende-se do inciso VIII que o Ministério Público não tem competência para realizar, direta ou subsidiariamente, investigações criminais. Com efeito, pode “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;”. Se a Constituição dá ao Ministério Público o “poder-dever” de requisitar a instauração de inquérito policial, obviamente o faz por que não lhe atribui o poder de realizar investigações criminais por qualquer outro meio que se queira enumerar ou nomear, como supedâneo de tal inquérito.¹¹¹

Além disso, a Constituição atribui ao Ministério Público, no inciso VII, a função de “exercer o controle externo da atividade policial na forma da lei complementar mencionada

¹⁰⁹ Idem, ibidem. Nesse sentido ZANOIDE aduz que: Não se quer dizer que o Ministério Público deva quedar-se inerte diante do fato criminoso. Não deve investigá-lo de per si. A Constituição ampliara o rol de atribuições ministeriais como nunca fora visto no ordenamento jurídico brasileiro, exatamente por querer e confiar num Ministério Público autônomo e independente. O que não se permite é o alargamento de suas funções constitucionalmente previstas, para atribuir ao *Parquet* o poder de realizar investigações criminais sem a participação e fiscalização de outros órgãos. Não há desconfiança prévia em face do Ministério Público. Mas certamente haverá se e quando ele atuar sem controle (Ob. cit., p. 69).

¹¹⁰ FERREIRA FILHO, “O poder investigatório do Ministério Público”, 2004, p. 4.

¹¹¹ FERREIRA FILHO, “O poder investigatório do Ministério Público”, 2004, p. 4.

no artigo anterior;”. Esta função de controle da atividade policial evidentemente exclui a realização de atividade policial típica, qual seja a realização do inquérito, pois quem faz não pode controlar e quem controla não pode fazer.¹¹² Assim o é em relação ao controle externo das “contas” públicas, realizado pelo Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas (artigos 71 e 75, da Constituição de 1988).

A Constituição reserva ao Ministério Público a promoção da ação penal pública (artigo 129, inciso I), porém não a apuração preliminar à propositura desta, ou seja, o inquérito policial. O *Parquet* pode realizar inquérito civil público para subsidiar a ação civil pública (artigo 129, inciso III). Contudo, estes não se confundem com o inquérito policial e a ação penal.¹¹³

Invariavelmente, por ocasião de inquérito civil ou de quaisquer outras de suas funções regulares, pode o Ministério Público deparar-se com indícios de um delito. Se tal acontecer, sob pena de invadir esfera de competência reservada constitucionalmente à Polícia, mister que requisite ao órgão policial competente – Polícia Federal ou Polícia Civil, conforme o caso – a instauração do cabível inquérito policial, inclusive com a realização das diligências que, de antemão, entender necessárias.¹¹⁴

Inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326-7/Distrito Federal, relatado pelo Ministro Nelson Jobim, julgado em 06 de maio de 2002, publicado no DJ de 1º de agosto de 2003, cuja ementa assevera:

“A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do Parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência neste sentido à autoridade policial.”

Outrossim, de se acrescentar o elemento histórico de suma importância. Conforme aduz FERREIRA FILHO:¹¹⁵

“Em várias oportunidades no passado mais longínquo e, na Constituinte de 87/88, foi proposta a extensão da competência do Ministério Público. Visava-se com isto a autorizá-lo a realizar o inquérito policial. Entretanto, em todas essas vezes – e na Constituinte, insista-se – foi isto rejeitado pela representação popular”.

Isto consigna que a Assembléia Constituinte de modo algum quis dotar, ainda que implicitamente, o Ministério Público de poderes investigatórios criminais. Em face de indícios de crime a apurar, ou para realizar diligências conexas com apuração já em curso, deve o

¹¹² Idem, ibidem.

¹¹³ Idem, ibidem.

¹¹⁴ Idem, ibidem.

¹¹⁵ FERREIRA FILHO, “O poder investigatório do Ministério Público”, 2004, p. 5

órgão ministerial, nos termos do artigo 129, inciso VIII, “requisitar diligências investigatórias” ou “a instauração de inquérito policial” à Polícia Civil (artigo 144, § 4º) ou à Polícia Federal (artigo 144, § 1º, inciso I).

Outrossim, não pode o Ministério Público exercer esses pretensos poderes investigatórios criminais no âmbito ou em decorrência do apurado em inquérito civil ou ação civil pública. Ao identificar indícios de possível infração penal deve o Ministério Público requisitar, mais uma vez, o cabível inquérito policial para o aprofundamento da apuração. Neste mister, pode fazer uso do estabelecido nos incisos VII e VIII, do artigo 129, da Carta Magna, para acompanhar o desenrolar da investigação.¹¹⁶

Do parecer supramencionado de LUÍS ROBERTO BARROSO¹¹⁷, permite-se transcrever trecho do mesmo, no qual o autor expõe algumas de suas conclusões:

“Parece fora de dúvida que o modelo instituído pela Constituição de 1988 não reservou ao Ministério Público o papel de protagonista da investigação penal. De fato, tal competência não decorre de nenhuma norma expressa, sendo certo que a função de polícia judiciária foi atribuída às Polícias Federal e Civil, com explícita referência, quanto a esta última, da incumbência de apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, IV e § 4º)”.

“Nesse contexto, não parece adequado reconhecer como natural o desempenho dessa atribuição específica pelo Ministério Público, com fundamento em normas constitucionais que dela não tratam (como é o caso do art. 129, I, VI, VII e VIII), especialmente quando o constituinte cuidou do tema de forma expressa em outro dispositivo (o art. 144). Pela mesma razão, não parece próprio extrair tal conclusão de cláusulas gerais, como as que impõem ao parquet a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput) ou ainda das que tratam da segurança pública como dever do Estado (art. 144, caput) e da dignidade humana (art. 1º, III)”.

“Acrescente-se um argumento em favor desse ponto de vista. À luz da *teoria democrática*, e considerando *jamaís ter havido deliberação constituinte ou legislativa em favor do desempenho de competência investigatória criminal pelo Ministério Público, não se afigura legítimo inovar nessa matéria por via de uma interpretação extensiva*. É que, dessa forma, estar-se-ia *subtraindo da discussão política em curso e, conseqüentemente, do processo majoritário, a decisão acerca do tema*”. (Grifo nosso)

“(…) é igualmente verdadeiro que o sistema constitucional não instituiu o monopólio da investigação criminal por parte da Polícia. A própria Constituição contempla hipóteses de investigação por outros órgãos, como ocorre, por exemplo, com as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º) e com o Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (art. 71). A legislação infraconstitucional prevê ainda outras hipóteses que sempre foram admitidas como constitucionais.¹¹⁸ Também não parece decorrer do texto constitucional uma vedação expressa ou implícita ao desempenho eventual da atividade investigatória por

¹¹⁶ Idem, *ibidem*.

¹¹⁷ BARROSO, “Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária”. *Parecer*, 2004.

¹¹⁸ Por exemplo: a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35/79, art. 33, parágrafo único).

parte do Ministério Público. Com efeito, colhe-se na letra expressa do art. 129, IX, da Constituição a possibilidade de o Ministério Público desempenhar outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada “a representação judicial e a consultoria de entidades públicas”.

“Restaram assentadas, portanto, duas premissas: o sistema constitucional reservou à Polícia o papel central na investigação penal, mas não vedou o exercício eventual de tal atribuição pelo Ministério Público. A atuação do parquet nesse particular, portanto, poderá existir, mas deverá ter caráter excepcional. Vale dizer: impõe-se a *identificação de circunstâncias particulares que legitimem o exercício dessa competência atípica*. Bem como a *definição da maneira adequada de exercê-la*”.(Grifo nosso)

“A *legislação federal infraconstitucional* atualmente em vigor não atribuiu de forma clara ou específica ao Ministério Público a competência de proceder a investigações criminais. Tampouco existe qualquer disciplina acerca das hipóteses em que essa competência pode ser exercida, de como o Ministério Público deve desempenhá-la ou de formas de controle a que deva estar submetida. Não é desimportante lembrar que a Polícia sujeita-se ao controle do Ministério Público. Mas se o Ministério Público desempenhar, de maneira ampla e difusa, o papel da Polícia, quem irá fiscalizá-lo? O risco potencial que a concentração de poderes representa para a imparcialidade necessária às atividades típicas do parquet não apenas fundamenta a excepcionalidade que deve caracterizar o exercício da competência investigatória, mas exige igualmente uma normatização limitadora”. (Grifo nosso)

“Desse modo, e de lege ferenda, é de todo conveniente disciplinar, por meio de ato legislativo próprio, as hipóteses e a forma em que será legítima essa atuação eventual e excepcional do Ministério Público”.

LUÍS ROBERTO BARROSO, eminente jurista e autor do parecer em testilha, quer referir-se, nesta última parte, à impossibilidade e, por conseguinte, à ilegalidade patente da emissão de atos administrativos pelo próprio Ministério Público para a regulamentação de função que, como visto em todo o exposto, não foi atribuída ao *Parquet*, seja pela Carta de 1988, seja pela legislação infraconstitucional em vigor.

Em longo e precioso voto do qual foi relator, o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, também se posicionou contrariamente à tese da investigação criminal pelo *Parquet*.¹¹⁹ Aduziu o autor os seguintes argumentos, aos quais far-se-ão algumas inserções pontuais.

O procedimento administrativo criminal (PAC) foi criado pelos atos administrativos n. 314-PGJ/CPJ, de 27 de junho de 2.003, e 324-PGJ/CGMP/CPJ, de 29 de agosto de 2.003, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, nos moldes do Inquérito Policial, para legitimar investigação criminal dirigida por órgãos do *Parquet* estadual, para realizar, assim, diligências cabíveis em espécie à Polícia Judiciária, a fim de embasar eventual ação penal.

¹¹⁹ HABEAS CORPUS n. 440.810-3/7, Campinas/SP. 1ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Desembargador Marco Antonio Marques da Silva. Julgado em 18 de fevereiro de 2004.

Os referidos Atos Normativos não têm “força” ou “natureza” de Lei Complementar, cuja iniciativa cabe ao Procurador-Geral de Justiça, para regulamentar procedimentos administrativos do Ministério Público, no âmbito Estadual.¹²⁰ Outrossim, de se asseverar que a edição dos atos em comento carece de legitimidade e de legalidade por violar o procedimento legislativo acertado.¹²¹

A Constituição atribui ao Ministério Público as funções de:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

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

(...)

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”.

Estas atribuições constitucionais, como se pode facilmente notar, não legitimam, nem legalizam, “procedimento administrativo criminal”, sucedâneo de inquérito policial. A norma constitucional não contempla a hipótese de o Ministério Público realizar ou dirigir inquéritos policiais, ainda que a investigação recaia sobre órgãos ou agentes policiais. Sua atuação, no âmbito da persecução penal, é pautada e limitada pela Carta Constitucional.

A independência do Ministério Público, à luz do princípio do Estado Democrático de Direito, não pode violar direitos e garantias individuais.

Neste sentido é a lição de MARQUES DA SILVA:¹²²

“O poder punitivo do Estado decorre do conjunto de poderes que lhe atribui a Constituição Federal para criar e aplicar o direito penal, sendo a criação das normas competência exclusiva do poder legislativo, enquanto sua aplicação é do poder judiciário. Entretanto, este conjunto de poderes não é ilimitado, mas seus limites e extensão são definidos através dos princípios que decorrem dos fundamentos apontados no artigo 1º da Constituição Federal de 1988”.

A Constituição Federal é clara ao limitar a atuação do Ministério Público na investigação criminal ao poder de “requisitar diligências investigatórias e a instauração de

¹²⁰ Artigo 94, inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo, combinado com o artigo 128, § 5º, da Constituição da República.

¹²¹ Artigo 59 e seguintes, da Constituição da República.

¹²² SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 06.

inquérito policial” (artigo 129, inciso VIII). Outrossim, a Constituição do Estado de São Paulo, no parágrafo único, do artigo 97, segue a mesma orientação ao tratar do Ministério Público, sem qualquer referência a procedimento administrativo criminal substitutivo ou subsidiário de inquérito policial, restringindo-se ao inquérito civil e aos procedimentos administrativos de competência do respectivo órgão.¹²³

Igualmente a Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que regula de forma complementar as funções e o âmbito de atuação do *Parquet*, no inciso I, do artigo 26, limita seus poderes à instauração de inquéritos civis e procedimentos administrativos. Possibilita, no tocante aos inquéritos policiais, em seu inciso IV, a requisição de sua instauração e de realização de diligências, também em consonância com a Lei Maior.¹²⁴

Por conseguinte, não tem o Ministério Público amparo legal para realizar diretamente investigações e diligências criminais, através de procedimento administrativo próprio, ainda que com a finalidade de apurar eventual infração penal cometida por policial.

O Código de Processo Penal, recepcionado pela Constituição em vigor, como se depreende de seu artigo 4º e seguintes, prevê o inquérito policial como instrumento de investigação criminal da Polícia Judiciária. Neste diapasão, conforme a sistemática constitucional e processual penal, é procedimento administrativo destinado a subsidiar a ação penal e, em especial, o Ministério Público.

Segundo CHAVES CAMARGO, no Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais refletem o seu fundamento que é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Carta de 1988). Outrossim, submetem o poder punitivo estatal, ao estabelecer, também, os limites deste poder. No Estado Democrático de Direito, tal poder é restringido pelo princípio da intervenção em *ultima ratio* na dignidade humana. Desde a “ilustração”, o princípio da legalidade, formulado por FEUERBACH, perpetuado no brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, significa para a teoria da pena, entendida esta como coação psicológica, a exigência de descrição legal tanto dos crimes, como das penas cominadas.¹²⁵

¹²³ “Art. 97. (...) Parágrafo único. Para promover o inquérito civil e os procedimentos administrativos de sua competência, o Ministério Público poderá, nos termos de sua lei complementar:

1 – requisitar dos órgãos da administração direta ou indireta, os meios necessários a sua conclusão;

2 – propor à autoridade administrativa competente a instauração de sindicância para apuração de falta disciplinar ou ilícito administrativo”.

¹²⁴ “Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes (...);

IV – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los”.

¹²⁵ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistemas de Penas, Dogmática Jurídico – Penal e Política Criminal*. Cultural Paulista, São Paulo, 2.002, p. 29.

Como assevera HASSEMER, a investigação criminal não pode, no Estado Democrático de Direito, não deve servir apenas para o efetivo combate à criminalidade, mas, também, para a jurisdicionalização do processo penal.¹²⁶ GUEDES VALENTE, neste mesmo sentido, aduz que uma investigação criminal não deve destruir a essência e o conteúdo dos direitos fundamentais em troca de eficácia. Esta, conforme o autor, prejudica a apuração da infração penal e o descobrimento do real responsável por ela, pois apenas busca um culpado.¹²⁷

O legislador constituinte rejeitou todas as propostas de emendas à Constituição, que pretendiam sujeitar o inquérito policial à direção do Ministério Público¹²⁸, além de assegurar as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais às Polícias Federal e Cíveis, deixando clara sua intenção de não proporcionar ao órgão ministerial tal atribuição, sob pena de violação do sistema e dos princípios constitucionais.

Aduz MARQUES DA SILVA em voto proferido no *habeas corpus* n. 440.810-3/7, Campinas/SP, julgado em 18/02/04, do qual fora relator:

“Não resta dúvida, pois, que com o não acolhimento, quando da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, das pretensões de alguns parlamentares de ver um processo de investigação criminal gerido pelo Ministério Público, não pode este presidir ou realizar um inquérito policial, ou mesmo procedimento administrativo investigatório criminal de mesma natureza e finalidade, vedando-se, também, a inquirição, de forma direta, de pessoas investigadas ou suspeitas da autoria de delito, ficando limitado à requisição de tais providências à autoridade policial competente”.

Afirmar-se que o Ministério Público não pode realizar inquérito policial, mas que através de procedimento administrativo próprio pode realizar investigação criminal e diligências diretamente, é mero “jogo de palavras”, porque, conquanto não tenham a mesma “terminologia”, têm a mesma natureza e finalidade: apurar a infração penal.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal CARLOS VELLOSO, ao relatar o Recurso n. 205.473, da 2ª Turma, julgado em 15/12/1998 e publicado no DJ de 19/03/1999, aduziu:

“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 (CF, art. 144 §§ 1º e 4º)”.

Há estreita delimitação constitucional de funções institucionais na persecução penal. O Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode requisitar a instauração de inquérito policial, a realização de diligências investigatórias, acompanhar o inquérito policial, assim como exercer o controle externo da atividade policial (artigo 129). À Polícia Judiciária

¹²⁶ HASSEMER, Winfried. *Histórias das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*. Lisboa: AAFDL, 1995, p. 70.

¹²⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Regime Jurídico da Investigação Criminal*. Almedina: Coimbra, 2.003, p. 43.

¹²⁸ Emendas Constitucionais ns. 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513.

incumbe, conforme mandamento constitucional, apurar as infrações penais através do inquérito policial (artigo 144).

Subverter o comando constitucional redundaria em verdadeiro descompasso institucional, lesa direitos e garantias fundamentais, na medida que desequilibra a relação processual futura em nítido e ignóbil prejuízo ao imputado e à sua Defesa.

O *habeas corpus* n. 99.018-3/2, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em votação unânime, julgado em 26 de fevereiro de 1991, e relatado pelo Desembargador WEISS DE ANDRADE asseverou:

“A primeira questão que se põe nos autos leva a que se faça uma análise, embora rápida e sumária, da posição do representante do Ministério Público no inquérito policial.

Não se ignora que o art. 129 da Constituição Federal dispõe que dentre as funções institucionais do Ministério Público está a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Mas, também não pode ser descartado que o diploma constitucional, em seu art. 144, par. 4º, estatui que 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.

Indisputável, diante dos preceitos constitucionais, ser privativo da autoridade policial a presidência dos inquéritos policiais”.

Adiante afirmou que:

“Nada a objetar quando o representante do Ministério Público acompanha o desenrolar das investigações policiais e isto porque é o Ministério Público o titular da ação pública, e ninguém melhor do que ele para acompanhar aquelas diligências policiais”.

E arrematou:

“Mas entre acompanhar diligências policiais e assumir, praticamente, a direção do inquérito policial, a distância é grande”.

Consoante Marques da Silva¹²⁹, o argumento de que “quem pode o mais pode o menos”, lastreado na teoria norte-americana dos poderes implícitos não merece guarida, por que incabível em face do cometimento “explícito” da função de investigação criminal aos órgãos de Polícia Judiciária pela Constituição de 1988. Outrossim, de se anotar que a Carta brasileira difere, quanto ao conteúdo e à forma, da Constituição americana. A Constituição pátria é “analítica”, enquanto que a Carta americana de 1787 é “sintética”, de modo que, dada essa sua característica e por absoluta necessidade, é passível de se reconhecer poderes implícitos às instituições em seu bojo.

Aduz MARQUES DA SILVA no *habeas corpus* antes mencionado que:

“Além da responsabilidade constitucional de interposição da ação penal pública, sempre que existirem indícios de autoria e provas de materialidade de um delito, compete ao Ministério

¹²⁹ *Habeas corpus* n. 440.810-3/7- São Paulo.

Público o exercício do controle externo da Polícia Judiciária, na forma de órgão fiscalizador de suas atividades”.

E, mais adiante, conclui:

“Se admitíssemos o procedimento administrativo criminal, como legal e legítimo, estaríamos diante de uma superposição do Ministério Público em relação à Polícia Judiciária, em exercício de verdadeiro controle interno da Polícia, já que não estaria lhe sendo atribuído o poder de investigar, mas de controlar a atividade pré-processual de colheita de provas, incompatível com quem pretende o exercício fiscalizador destas atividades”.

Se o Ministério Público deve fiscalizar, de se inferir como é possível a ele investigar. Aliás, citado por MARQUES DA SILVA adverte SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO que:¹³⁰

“Desponta a necessidade de emendar a Constituição da República, posto que não deve o Ministério Público deter o controle interno e externo da polícia (art. 129, inc. VII). Tanto que perca o controle externo, fica o sério problema de a quem entregá-lo. Não guarda cabimento, nem lógica, afirmar-se que, dirigindo o Ministério Público a Polícia Judiciária, desnecessária seria a função de controle externo. Recordem-se os argumentos, que tangeram o legislador constituinte a estabelecer o controle externo da polícia”.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça WILLIAN PATTERSON, no julgamento do Recurso Especial n. 76.171/AL, publicado no DJ de 13 de fevereiro de 1996, afirmou que:

“A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF, deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, CF). De outro lado, haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VII, CF, segundo a qual o MP deve exercer, conforme lei complementar, o controle externo da atividade policial”.

Igual orientação é dada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 233.072 - 4 / RJ, relatado pelo Ministro Nelson Jobim, publicado no DJ de 03 de maio de 2002, decorrente de impugnação de ato do Procurador Geral da República, que solicitara abertura de inquérito contra Deputado Federal (Inquérito n.1.828-7), como se vê em sua ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO PENAL. LEGITIMIDADE. O Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; pode propor ação penal sem inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido”.

Em trecho do V. Acórdão o Ministro Jobim afirmou que:

¹³⁰ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o código de processo penal, no atinente à investigação policial*. Revista CEJAP, n. 2, Campinas: Millennium, 2000, apud *Habeas corpus* n. 440.810-3/7-São Paulo.

“O Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo para apurar condutas tipificáveis como crimes de servidores públicos. No caso, não há dúvida de que o pedido de indiciamento do senhor Deputado Federal “J.D.” está assentado em Procedimento Investigativo com nítidas características de Inquérito Policial.

O Ministério Público se substituiu à Polícia Judiciária. Essa situação é repelida pelo STF”.

A justificativa de alguns defensores do procedimento administrativo criminal a cargo do Ministério Público assenta-se na titularidade da investigação criminal e da direção da Polícia Judiciária pelo Ministério Público em outros países, mormente Itália, Portugal e Alemanha. Contudo, conforme adverte MORAES PITOMBO, os referidos Estados são unitários, com uma dependência e, por vezes, verdadeira interferência, do Poder Executivo nas atividades do Ministério Público e da Polícia Judiciária, ambos submetidos ao Ministério do Interior ou ao Poder Judiciário. E complementa aduzindo que, diferentemente daqueles, o Brasil é um Estado federativo e a autonomia de seus Estados-Membros, com órgãos públicos próprios e com competência exclusiva, produzem peculiaridades regionais e características próprias aos órgãos policiais e ao Ministério Público da União e dos Estados.¹³¹

SCARANCA FERNANDES, posicionando-se sobre o tema, sustenta que o Ministério Público, em consonância com a Constituição, pode requisitar a instauração de inquérito policial e acompanhar seu desenvolvimento, exercendo o controle externo da atividade policial e requisitando diligências em seu curso (artigos 129, incisos VII e VIII). Aduz ainda que:¹³²

“Pela própria Constituição Federal, sem exclusividade, incumbiu-se aos delegados de carreira exercer a função de polícia judiciária (art. 144, § 4º). Não foi a norma excepcionada por outro preceito constitucional. O que permitiu o art. 129, inc. VII, foi o acompanhamento do inquérito policial pelo promotor de justiça”.

Mais adiante assevera que a investigação criminal direta pelo Ministério Público carece “ainda de previsões específicas no ordenamento jurídico positivo, evitando-se incerteza a respeito dos poderes do promotor durante a investigação”.¹³³

Quanto às conseqüências do reconhecimento da legalidade do procedimento administrativo criminal do Ministério Público, ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO destaca, com propriedade, que:¹³⁴

“Ademais, sob o aspecto institucional esta faculdade de o Ministério Público produzir, diretamente, a prova da fase preliminar da persecutio implicaria outorgar-se a este órgão um poder incontrolável em matéria de arquivamento das peças de informação. Com efeito, basta

¹³¹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, 2000, *apud Habeas corpus* n. 440.810-3/7-São Paulo.

¹³² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ªed., rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 255.

¹³³ Idem, *ibidem*.

¹³⁴ MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. *As funções do MP e o inquérito policial*. São Paulo: Revista ADPESP, n.º 22, dezembro de 1996, p. 66-69.

imaginar-se que, num determinado caso o Ministério Público efetuasse, na fase preliminar, toda colheita da prova, dando-lhe, intencionalmente, ou não, um direcionamento favorável ao indiciado. Logo a seguir, na etapa processual subsequente, em face da fragilidade ou insuficiência dos elementos que ele próprio coligira, pediria o arquivamento das peças, arquivamento que se tornaria obrigatório, mesmo em face da eventual discordância do juiz, caso o Procurador Geral ratificasse a *opinio* de seu subordinado (art. 28, CPP). Assim, em questão de arquivamento, estaria instalada uma verdadeira ditadura do Ministério Público, com sério comprometimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal”.

A independência institucional e o comprometimento jurídico de ação do *Parquet* que desvirtue o texto Constitucional impõe, no caso da ingerência do Ministério Público no campo de atuação reservado constitucionalmente à Polícia Judiciária, uma discussão que não é nova. ESPÍNOLA FILHO já havia se pronunciado sobre o tema:¹³⁵

“Na base dessa incompatibilidade de exercer a mesma pessoa funções diferentes, não somente são vedadas acumulações, que, sobre serem legalmente proibidas, de modo geral, trariam um chocante resultado de apresentar-se o órgão da justiça encarnando personagens, cujas atividades, no processo, se chocam, pela própria natureza e finalidade, também não podendo desenvolver-se livre e eficientemente, se oriundas de um único autor. Mas, ainda, não se tolera, tendo exercido uma determinada função a respeito de certo crime, venha a pessoa a atuar novamente, quando se devem examinar e dar valor aos atos, por ela próprio praticados anteriormente, às conclusões que chegou”.

Esse comprometimento do Ministério Público, na ordem jurídica constitucional, também foi lembrado, noutra momento, por MORAES PITOMBO:¹³⁶

“A acusação formal, clara e fiel à prova, é garantia de defesa, em Juízo, do acusado. Espere-se, então, do acusador público imparcialidade. Tanto que se permite argüir-lhe a suspeição, impedimento, ou outra incompatibilidade com determinada causa penal. É o que se encontra na Lei do Processo. Dirigir a investigação e a instrução preparatória, no sistema vigente, pode comprometer a imparcialidade. Desponta o risco da procura orientada de prova, para alicerçar certo propósito, antes estabelecido; com abandono, até, do que interessa ao envolvido. Imparcialidade viciada desatende à justiça”.

A imparcialidade do órgão ministerial, pretendida e defendida pelo ilustre jurista citado, deve ocorrer no exato momento em que decide pelo “processo” (ação penal) ou “não-processo” (arquivamento do inquérito policial). Se optar pelo processo, uma vez oferecida a denúncia, o Ministério Público torna-se “parte” no sentido processual, não no material.

Atribuir ao Ministério Público funções que não lhe são previstas, infringe a ordem jurídica fundamentada no Estado Democrático de Direito, e o leva a afastar-se de suas atribuições naturais, mormente a de titular da ação penal pública, visto que o *Parquet* deixaria de atuar com “imparcialidade”, ao não se desvincular de atos pré-processuais que podem (e certamente vão) influenciar seu livre convencimento. Isto viola, a um só tempo, a isonomia no tratamento das partes (“paridade de armas”) e o devido processo legal, pois proporciona ao membro do Ministério Público, que se converte em autoridade policial, a adoção, no início e

¹³⁵ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. V. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 312.

¹³⁶ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. “Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público”. *Boletim Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo, jun-ago/2003, p.3.

durante as investigações, de um posicionamento tendencioso, afastando indícios e provas que proporcionem outra alternativa que não o esclarecimento de fato delituoso, a interposição de ação penal e a punição do culpado.¹³⁷

Neste diapasão, de se asseverar o risco que é o Ministério Público realizar diretamente investigação criminal, por que, por não ter a obrigação legal de procurar evidências e provas a favor da tese do imputado, como ocorre em outros ordenamentos jurídicos¹³⁸, o *Parquet* tende a comprovar aquilo que ele quer ver comprovado, sem dar atenção (ou até excluindo) aquilo que desfavorável à hipótese que persegue e, por conseguinte, propícia à defesa do imputado.

Quanto ao equilíbrio exigido na persecução penal, posiciona-se MARQUES DA SILVA¹³⁹, no sentido de que:

“O devido processo legal, como dito anteriormente, importa num amplo espectro de garantias que dele devem necessariamente decorrer para que se atenda a exigência do Estado Democrático de Direito. O tratamento das partes será sempre paritário, em razão do princípio da isonomia, pois, perante o Estado-jurisdicção, não pode haver parte com destaque de importância. Autor e réu têm, enquanto partes, os mesmos direitos e deveres”.

Assim, o Ministério Público, como “parte” na ação penal, ao exercer funções inquisitoriais, em procedimento administrativo criminal conduzido por ele, cria disparidade odiosa e reprovável no tratamento jurídico das partes, o que implica no afastamento do caráter de impessoalidade e imparcialidade da investigação, circunstância que repulsa ao Estado Democrático de Direito instituído no Brasil.

Neste sentido:¹⁴⁰

“O contraditório impõe a conduta dialética do processo. Isso significa dizer que em todos os atos processuais às partes deve ser assegurado o direito de participar, em igualdade de condições, oferecendo alegações e provas, de sorte que se chegue à verdade processual como equilíbrio, evitando-se uma verdade produzida unilateralmente. É, portanto, componente essencial do *due process of law*, aplicando-se a todo e qualquer processo, entendido o termo como série de atos com a qual se pretende fundamentar uma decisão, seja judicial ou administrativa.

Exige o Estado Democrático de Direito que o contraditório, sobre que assenta a garantia do devido processo legal, revele-se como pleno e efetivo, e não apenas nominal ou formal.

Todos os meios necessários têm de ser empregados para que não se manifeste posição privilegiada em prol de um dos litigantes e em detrimento do outro, no rumo do êxito processual. Somente quando as forças do processo, de busca e revelação da verdade, são efetivamente distribuídas com irrestrita igualdade é que se pode falar em processo caracterizado pelo contraditório e ampla defesa”.

A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim se posicionou sobre a investigação criminal pelo Ministério Público:¹⁴¹

¹³⁷ FRAGOSO, José Carlos. *São ilegais os “Procedimentos Investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 37, ano 10, jan/mar 2.002, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.002, p. 241 e ss.

¹³⁸ Por exemplo: Alemanha e Itália.

¹³⁹ SILVA, Marco Antonio Marques da, 2001, p. 17.

¹⁴⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados Especiais Criminais*. Saraiva: 1997, p. 46-47.

¹⁴¹ *Habeas Corpus* n. 615/ 96, Relator Desembargador Silvio Teixeira, julgado em 23.07.96, publicado no DJ em 26.08.96, Seção I, pág. 8.

“O art. 127 da CF cuida do Ministério Público, sendo que do art. 129, em nenhum de seus incisos e parágrafos, consta a função de investigação policial ou de polícia judiciária, que é exclusiva da Polícia Civil, como se vê do art. 144, § 4º.

(...)

Vê-se – é o que parece – que as funções do Ministério Público, em termos de diligências investigatórias ou de inquérito policial, deve, limitar-se à sua requisição, não podendo ele passar da condição de seu acompanhante.

(...)

É necessário que as funções fiquem bem delineadas. Cada Poder, cada órgão ou membro do Poder com suas atribuições e competências bem definidas, sob pena de se descumprir a regra, também constitucional, do devido processo legal”.

É ilegítima a atuação do Ministério Público em procedimento administrativo criminal próprio. A “isenção” do procedimento investigatório policial, já comprometida pela inexistência de contraditório e ampla defesa, resta completamente afastada ao permitir-se a investigação criminal a cargo do *Parquet* e desequilibra a relação processual futura entre acusação e defesa no Estado Democrático de Direito.

Perde-se de vista eventual pedido de arquivamento da investigação, ante a ausência de elementos probatórios colhidos na fase inquisitorial ou, até, de eventual pedido de absolvição ou mesmo recurso em favor do réu, promovidos pelo próprio Ministério Público, viciando-se a busca da verdade acerca do fato delituoso.

A função primordial da investigação criminal é colher elementos suficientes à formação do convencimento do Ministério Público acerca do “processo” (oferecimento de denúncia) ou do “não-processo” (pedido de arquivamento). Ao realizar de per si investigação criminal direta, o Ministério Público perde a imparcialidade que possui ao analisar os autos do inquérito policial. De se perquirir se o órgão ministerial admitiria as falhas e os erros de investigação criminal conduzida por ele próprio e pediria, por conseguinte, o arquivamento de todo seu trabalho.

Na sistemática processual penal brasileira, a autoridade policial não pode ordenar o arquivamento dos autos do inquérito policial (artigo 17, do Código de Processo Penal). Incumbe ao Ministério Público pedir dito arquivamento à autoridade judiciária competente. Ao realizar investigação criminal, o membro do *Parquet* pediria, ao final, o arquivamento da mesma? Tal mister não poderia levar a abusos ou desvios de finalidade?

No tocante a busca da verdade na persecução penal, FRANCISCO MUÑOZ CONDE adverte:¹⁴²

“(…) la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada, y, desde luego, se puede decir entonces, sin temor a equivocarse, que en el Estado de Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio.

De todo lo dicho se deduce que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Se habla así de una “verdad forense” que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha.

¹⁴² CONDE, Francisco Muñoz. *Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2.000, p.101-102.

Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado social y democrático de Derecho”.

Nas considerações do Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, no julgamento do *habeas corpus* n. 4.769/PR (DJ, 06 de maio de 1996):

“Ministério Público e Magistratura não podem estar comprometidos com o caso sub judice”.

(...)

Se um, ou outro atua na coleta de prova que, por sua vez mais tarde, será a base do recebimento da denúncia, ou do sustentáculo da sentença, ambos perdem a imparcialidade, no sentido jurídico do termo.

(...)

Além disso, é tradicional, não se confundem três agentes: investigador do fato (materialidade e autoria), órgão da imputação e agente do julgamento”.

Cita MARQUES DA SILVA, no *habeas corpus* supracitado, parecer de autoria do Sub-Procurador Geral da República JAIR BRANDÃO DE SOUZA MEIRA, no *habeas corpus* n. 8.106/DF, de 26 de novembro de 1998, que reconhece como atividade própria de Tribunais de Exceção a condução de investigação criminal para arrimar posterior denúncia por órgão do Ministério Público, por que ao substituir-se à Polícia Judiciária, exacerba os limites constitucionais de suas funções.

Outrossim, aduz MARQUES DA SILVA no acórdão já mencionado que:

“O respectivo pensamento indica um restabelecimento da posição de verdadeiro “inquisidor” ao Ministério Público que, no exercício da investigação e posterior apresentação da acusação, privilegiando o que quer investigar, selecionando as provas colhidas, exercendo verdadeiro “poder sem controle” ou fiscalização de outros órgãos institucionais, agiria de forma ilegal e inconstitucional, como já destacado.

O “agente investigador do fato (materialidade e autoria)”, no caso em espécie, a Polícia Civil, exerce funções que não condizem com a titularidade da ação penal. As diligências e investigações policiais, destinadas à instrução do inquérito policial, distanciam-se claramente das funções institucionais do Ministério Público, devendo reconhecer-se que cabem àqueles que tenham a “titularidade” de instauração do referido procedimento administrativo, no âmbito da ordem jurídica nacional; quem seja, a Autoridade Policial”.

A própria Carta Constitucional é claríssima ao prever, em seu artigo 144, §§ 1º e 4º, que a apuração de infrações penais é atribuição exclusiva dos órgãos de Polícia Judiciária (Polícia Federal e Polícia Civil).

Daí, a afirmação de LUIZ ALBERTO MACHADO ao defender a inconstitucionalidade da investigação criminal realizada ou dirigida pelo Ministério Público:¹⁴³

“(…) a lei não pode cometer as funções de elaboração de inquérito policial e de investigações criminais a quem não revista expressamente de autoridade policial, segundo a Constituição Federal. A leitura que se deve fazer dessa atribuição administrativa constitucional é ser uma garantia individual, a garantia da imparcialidade e impessoalidade do Ministério Público, dominus litis e que, por isso, não deve, e não pode, investigar ou coligir informações para o exercício da ação processual criminal”.

Não há possibilidade de legitimar-se o exercício de investigação criminal por outro órgão, seja por meio de ato administrativo ou outra medida legislativa infraconstitucional,

¹⁴³ MACHADO, Luiz Alberto. “Conversa com a polícia judiciária (Estadual e Federal)”. *Revista ADPESP*. N. 22, dezembro de 1996, p. 62.

sem afrontar preceitos constitucionais. JOSÉ AFONSO DA SILVA assim aborda a questão da invasão de competência delimitada na Constituição:¹⁴⁴

“(…) a Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusiva que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a de realização do inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de polícia judiciária, que não comporta o controle do Ministério Público, porque tal controle ainda pertence ao Poder Judiciário, como bem o lembrou a Dra. Andyr de Mendonça Rodrigues, Subprocuradora-Geral da República, no parecer supramencionado. A outra é que também à polícia civil, polícia judiciária, se reservou a função de apuração das infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas que atribuam a órgão do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações, como o fez o art. 26 do ato 98/96”.

Em decisão unânime da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em *habeas corpus* n. 81.326-7/DF, relatado pelo Ministro Nelson Jobim, julgado em 06 de maio de 2.003, publicado no D J em 01 de outubro de 2.003, foi aduzido o que segue:

“Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Ministério Público. Inquérito Administrativo. Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial/DF. Portaria. Publicidade. Atos de investigação. Ilegitimidade.

1. Portaria. Publicidade

A portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial, no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ.

Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes.

2. Inquirição de Autoridade Administrativa. Ilegitimidade.

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

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

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

Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes.

O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria.

Recurso conhecido e provido”.

O histórico do inquérito policial, por si só, indica de forma irreparável que, caso o legislador constitucional pátrio pretendesse atribuir a outro órgão que não os policiais, representados por Delegados de carreira, a realização e direção da investigação criminal, já o teria feito de forma legal e legítima.

Sobre isso disserta o professor LUIZ FLÁVIO BORGES D’URSO, ilustre Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado de São Paulo:¹⁴⁵

“O inquérito policial, com tal denominação, surgiu em nossa legislação pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Para iniciar-se qualquer escrito sobre o inquérito policial, há que se verificar seu posicionamento legal, pois o inquérito está previsto no ar. 4º, do Código de

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Parecer “Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público – entendimento do art. 129, VII, da Constituição Federal – conteúdo da Lei Complementar e seus limites constitucionais – Competências exclusivas das polícias”. *Revista ADPESP*. N.22, dezembro de 1996, p. 23.

¹⁴⁵ D’URSO, Luiz Flávio Borges. “O Inquérito Policial e o Termo Circunstanciado”. *Revista CEJAP – publicação oficial do Centro de Estudos Jurídicos para Assuntos Policiais*. N. 6, ano 4. São Paulo: Millennium, junho de 2003, p.03.

Processo Penal, que estabelece exatamente o seguinte: ‘A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria’.

(...)

Fico a meditar sobre a origem do inquérito policial, sua utilidade e conveniência e, invariavelmente, concluo por sua indispensabilidade como supedâneo a enfeixar as provas que são produzidas durante esta importante fase, que é preliminar ao processo criminal; aliás a fase que justifique o próprio processo. Assim, o inquérito policial é uma peça de relevo e, sendo dirigida por uma autoridade policial, objetiva, principalmente, a apuração dos fatos com imparcialidade, porquanto o delegado de polícia que o preside, jamais acusa, como também não defende, pois busca-se uma autoridade imparcial”.

Assim, a função e o cargo do delegado de polícia, decorrente da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, remonta à instituição de uma autoridade, hoje, de caráter centenário.

O Delegado de Polícia, autoridade a quem incumbe, por expressa disposição constitucional (artigo 144, §§ 1º e 4º), a apuração das infrações penais, é um órgão imparcial, porque desvinculado do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defesa. É o Delegado de Polícia, bacharel em Direito, a autoridade ideal para presidir procedimento investigatório, para delimitar e instruir eventual ação penal, sem vícios ou comprometimentos, buscando provas do fato criminoso e a indicação de sua autoria. Isto afasta o determinismo cego e juízos apressados e errôneos, que o órgão ministerial, titular da ação penal, poderia gerar.

Sobre a possibilidade de se entregar a direção das investigações criminais ao Ministério Público, anota TOURINHO FILHO que:¹⁴⁶

“Por que essa troca de chefia? Afinal de contas, ao contrário do que se dá nos Estados Unidos, França, Espanha e Portugal, por exemplo, o policial encarregado das investigações, entre nós, é um bacharel em Direito. Tem a mesma formação jurídica dos promotores e juízes. Então, por que essa transposição de chefia? Não se pode dizer, entre nós, o que se diz em Portugal, que há um contraste bem acentuado no que respeita à cultura e à concepção do Direito entre a Polícia e o Ministério Público. Se delegados e promotores são bacharéis em Direito, se possuem a mesma formação universitária, no momento em que o promotor passar a dirigir as investigações, ele se transmuta em delegado. E aí, qual seria a diferença? Daqui a alguns anos, procurar-se-ia outro órgão para desempenhar a função do promotor-investigador, dadas as suas pretensas atitudes atrabiliárias (...).”

A intervenção da Defesa é cerceada no inquérito policial. Também, não há falar-se em contraditório no inquérito. Por conseguinte, se o Ministério Público puder realizar diretamente investigação criminal, a Defesa ficará prejudicada, pois, em descompasso com o texto constitucional, restaria violado o princípio da “paridade de armas”, ao proporcionar ao Ministério Público a direção de investigação policial. Inequívoco que haverá um desequilíbrio

¹⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. “Devemos manter o Inquérito Policial?”. *Revista CEJAP*. N. 3, ano 2. São Paulo: Millenium, fevereiro de 2001, p. 04-05.

na relação processual futura, pendendo para a acusação, e que o órgão jurisdicional fatalmente será incapaz de sanar.

Outrossim, a investigação é uma atividade complexa, que exige conhecimentos técnicos específicos advindos de treinamento capacitador, após o ingresso na carreira por concurso público de provas e títulos. Por mais bem intencionados que sejam os membros do Ministério Público que desejam realizar suas próprias investigações criminais, eles não detêm treinamento e conhecimento específico dessa seara.

SCARANCA FERNANDES assevera que há uma tendência mundial em se atribuir a presidência da investigação criminal ao Ministério Público, citando como exemplos Portugal e Itália.¹⁴⁷ Em contrário senso, aduz MARQUES DA SILVA, no acórdão já tantas vezes mencionado, que:

“A realidade social individuada de cada Nação há que ser parâmetro indispensável à colocação legal e mesmo jurídico-social de suas instituições, no desempenho, no caso específico do Brasil, das garantias e dos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, na forma como foi adotado pela nossa Constituição Federal”.

Justificar a necessidade de procedimento administrativo criminal, principalmente quando a suspeita da prática de delito recai sobre policial, compromete o instrumento “inquérito policial” e a instituição que o realiza, menosprezando-a, pois perfaz juízo de valor sobre sua integridade, assim como da de seus membros. Questionar a capacidade administrativa de apurar irregularidades funcionais e desconsiderar a capacidade e a imparcialidade na realização de investigações criminais por Delegados de Polícia é atentar contra ditames constitucionais.

E mais: é próprio dos órgãos públicos, em consonância com o sistema constitucional pátrio, em virtude dos poderes administrativos “hierárquico” e “disciplinar”, que órgãos superiores (chefia, coordenadoria, etc) ou de supervisão ou controle (departamento jurídico, corregedoria¹⁴⁸, etc) investiguem condutas dos funcionários da respectiva instituição, apurando a existência de falta administrativa, civil ou criminal, normalmente por meio de sindicâncias ou procedimentos administrativos e, ao final, processando o faltoso administrativamente, ou, se for o caso, remetendo o apurado à Polícia Judiciária ou ao

¹⁴⁷ FERNANDES, Antonio Scarance, 2003, p. 255.

¹⁴⁸ A Polícia Judiciária, o Ministério Público e o Poder Judiciário têm órgãos de corregedoria próprios. Quanto à Polícia Judiciária, ainda há órgãos de ouvidoria em alguns Estados, como São Paulo, que recebem denúncias contra policiais e que as encaminham aos responsáveis para sua apuração e acompanham o seu desenvolvimento. Quanto ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, recentemente, a emenda constitucional n. 45/04 criou o Conselho Nacional do Ministério Público (o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros) e o Conselho Nacional de Justiça (controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura). Outrossim, de se reconhecer a existência de um “controle” informal desses órgãos implacavelmente exercido pela imprensa.

Ministério Público para que estes tomem as devidas e cabíveis providências: instauração do inquérito policial pelo primeiro; e oferecimento de denúncia ou requisição de diligências ou da instauração do inquérito policial pelo último.

Em consulta realizada pelo Presidente do Sindicato dos Delegados de polícia do Estado de São Paulo, apresentada em 21 de outubro de 2003, sobre a legalidade e legitimidade dos Atos Normativos nº 314-PGJ/CPJ, de 27 de junho de 2003, e 324-PGJ/CGMP-CPJ, de 29 de agosto de 2003, editados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, MIGUEL REALE JÚNIOR e EDUARDO REALE FERRARI anotam:

“Inquestionável o papel do Ministério Público no que tange ao controle externo da atividade policial, não significando, entretanto, que se legitime o ilegal procedimento administrativo criminal, devendo o Promotor, em caso de irregularidades praticadas por policiais, tomar imediatas providências, vez que como titular da futura ação penal poderá requisitar perante a Corregedoria de Polícia o pertinente procedimento investigatório, cabendo-lhe inclusive acompanhar os atos do Corregedor Geral de Polícia, caso assim entenda pertinente, não lhe atribuindo, todavia, o poder de investigar mas sim de controlar o mister policial”.

(...)

“Diverso constitui o papel do Ministério Público nos casos de investigação por meio de inquérito policial.

A lei, de fato, não contém palavras inúteis. Se assim não fosse, não teriam sido diferenciados os poderes dos órgãos ministeriais em incisos diferentes para situações diferentes”.

De se destacar trecho do V. Acórdão proferido pela Segunda Turma Supremo Tribunal Federal, no mencionado julgamento relatado pelo Ministro JOBIM, no *habeas corpus* n. 81.326-7/DF, julgado em 06 de maio de 2.003 e publicado no DJ de 01 de outubro de 2.003:

“A polícia judiciária é exercida pelas autoridades policiais, com o fim de apurar as infrações penais e a sua autoria (CPP, art. 4º).

O inquérito Policial é o instrumento de investigação penal da POLÍCIA JUDICIÁRIA.

É um procedimento administrativo destinado a subsidiar o MINISTÉRIO PÚBLICO na instauração da ação penal.

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

(...)

Até a promulgação da atual Constituição, o MINISTÉRIO PÚBLICO e a POLÍCIA JUDICIÁRIA tinham seus canais de comunicação na esfera infraconstitucional.

A harmonia funcional ocorria através do Código de Processo Penal e de leis extravagantes, como a Lei Complementar 40/81, que disciplinava a Carreira do MINISTÉRIO PÚBLICO.

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, avocação 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).

Na esfera infraconstitucional, a Lei Complementar 75/93, cingiu-se aos termos da constituição no que diz respeito às atribuições do MINISTÉRIO PÚBLICO (art. 7º e 8º).

Reservou-lhe o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração do inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII)

De se recordar que o eminente professor LAURIA TUCCI arrola ainda outros argumentos desfavoráveis à realização de investigação criminal pelo Ministério Público, dentre os quais:

- a) a falta de estrutura do Ministério Público para desenvolver a contento investigações criminais diretas;¹⁴⁹
- b) afronta às garantias constitucionais e processuais penais do imputado, com destaque para: o devido processo legal e seus corolários: ampla defesa e contraditório; a isonomia processual; publicidade.¹⁵⁰

6.7 Consequência da declaração da inconstitucionalidade da realização de investigação criminal pelo ministério público

A eventual declaração de inconstitucionalidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público em face de casos concretos anteriores à decisão, em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, faz com que o ato inconstitucional seja nulo de pleno direito.

Desde 1999, com o advento do artigo 27, da Lei n° 9.868/99, que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, e do artigo 11, da Lei n° 9.882/99, que regula o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, o Supremo Tribunal Federal admite que, por dois terços de seus membros, em casos de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social”, possa-se “restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.¹⁵¹

Entretanto, consoante lembrança de FERREIRA FILHO, no recente julgamento de caso a cerca da redução do número de vereadores das Câmaras Municipais brasileiras, o Supremo Tribunal Federal seguiu no “controle difuso” o modelo previsto para o “concentrado”, declarando a inconstitucionalidade, mas ressalvando os atos já praticados.¹⁵²

¹⁴⁹ TUCCI, 2004, p. 78-79.

¹⁵⁰ Idem, p. 79-84.

¹⁵¹ FERREIRA FILHO, “O poder investigatório do Ministério Público”, 2004, p. 5. Note-se que esta restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade se dá apenas para casos de controle concentrado.

¹⁵² Idem, ibidem. Recurso Extraordinário n° 197.917-8/ SP, relator Ministro Maurício Corrêa, julgamento concluído em 24 de março de 2004, publicado no DJ de 07 de maio de 2004.

Capítulo VII

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA REFORMA PROCESSUAL PENAL PROJETADA

SUMÁRIO: 6.1 Brevíssimas considerações.

7.1 Brevíssimas considerações

Dentre os vários projetos de alteração do Código de Processo Penal que se encontram no Congresso Nacional, destaca-se o Projeto de Lei nº 4.209 de 2001, que pretende reformar toda a atual sistemática da investigação criminal.

Como aponta ROBERTO MAURÍCIO GENOFRE, “a tônica da propositura é a transferência de algumas atribuições de controle e supervisão, hoje próprias da Magistratura, para o Ministério Público, inclusive o arquivamento do inquérito policial”.¹ Contudo, de se notar que o juiz não restará totalmente alijado do inquérito policial. A reforma, nesse ponto, coerente com os postulados garantistas e com o sistema acusatório, realça a posição de “garante” do magistrado.

Em conformidade com as normas hoje vigentes, o Poder Judiciário já participa do inquérito policial como “garante” da observância do respeito aos direitos e garantias individuais, mormente a liberdade individual (artigo 5º, incisos LXI, LXII e LXV, Constituição da República). Outrossim, exerce estimado controle sobre o inquérito policial, seja examinado os autos, concedendo prazos, requisitando diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos, deferindo a realização de medidas cautelares (prisões provisórias, interceptações, ...), expedindo mandados, etc.

Da lavra de Ada Pellegrini Grinover, são estas as razões para a reforma da investigação criminal:

“Profundas são as modificações introduzidas na investigação criminal. Antes de mais nada, deixam-se perfeitamente caracterizadas as funções próprias da polícia judiciária, encarregada das investigações; do Ministério Público, destinatário da investigação, com atribuições de supervisão e controle; do juiz, imparcial e equidistante, para a concessão de medidas cautelares; da defesa, assegurada desde o momento em que o investigado passa formalmente à situação de indiciado; do ofendido, que pode exercer diversas atividades ao longo das investigações.

A agilização e simplificação das atividades investigativas concretizam-se pela manutenção do termo circunstanciado, para as infrações penais de menor potencial ofensivo; e, com relação

¹ GENOFRE, Roberto Maurício. “O papel do juiz criminal na investigação policial”. *Boletim da Associação dos Juízes para a Democracia*. N. 23. São Paulo: Associação dos Juízes para a Democracia, ano 5, janeiro-março, 2001, p. 8.

às demais, pelo inquérito policial, presidido por delegado de polícia, cujos primeiros resultados devem ser remetidos ao MP no prazo de 20 dias, sem prejuízo do prosseguimento das investigações ou do início de outras entendidas necessárias, cujos resultados também serão enviadas ao *parquet*. O MP, à vista dos elementos encaminhados, poderá desde logo oferecer denúncia ou promover o arquivamento, bem como requerer diligências. O prazo final para o encerramento das investigações é fixado em 60 dias.

Prevê-se, ainda, que no caso de infração penal atribuída a policial ou em casos específicos, como nos crimes contra a ordem econômica e tributária, haja imediata comunicação do fato ao MP, pela polícia ou pela autoridade administrativa que colheu as informações.

O inquérito deverá reunir elementos informativos na medida estritamente necessária à formação da *opinio delicti* do MP e à concessão de medidas cautelares pelo juiz, não podendo esses elementos servir de fundamento para a sentença, com exceção das provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, sobre as quais se estabelecerá o contraditório posterior.

Está prevista, sempre que possível, a utilização dos recursos de gravação magnética, estenotipia ou outra técnica similar, inclusive audiovisual, destinada à agilização e à maior fidelidade das informações.

Todos os atos praticados na fase de investigação devem ser motivados e os prazos ficam sujeitos à fiscalização de todos os interessados – MP, ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo, investigado ou indiciado (situações jurídicas bem diversificadas, configurando o indiciamento a atribuição formal desse *status* ao investigado, para que a partir daí, após a reunião de elementos informativos tidos como suficientes pela autoridade policial, lhe se assegurem as garantias constitucionais).

As mesmas regras aplicam-se às investigações destinadas à ação penal de iniciativa privada, para a qual se abre a legitimação às entidades previstas em lei para a defesa de interesses difusos ou coletivos.

Reservadas as medidas cautelares ao juiz, nenhuma interferência terá ele em relação à formulação da acusação ou à promoção do arquivamento, esta toda processada no âmbito do MP, conferindo-se a fiscalização da atuação ministerial, com o devido controle do ofendido, a órgão superior, que a homologará ou ordenará que outro representante da instituição ofereça denúncia.

Em conclusão, vale ressaltar que a proposta representa, sobretudo, uma tentativa séria e vigorosa de mudança de mentalidades, num desenho das funções institucionais que leva em conta o modelo acusatório e a necessidade de desburocratização da investigação policial”.

Como se vê das razões invocadas pela Presidente da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, o juiz permanece como “garante”, porém distante da investigação criminal, sendo chamado, apenas, quando houver necessidade de realização de medidas cautelares. O controle dos prazos, supervisão e controle do andamento da investigação e até o arquivamento do feito passaria ao Ministério Público.

Ora, um dos pontos de maiores críticas ao sistema atual, principalmente da parte de eminentes membros do *Parquet*, é o excesso de poderes enfeixados na Polícia para a condução do inquérito policial, que a torna, por assim dizer, “*super-poderosa*”, e, decorrente disto, leva a abusos de autoridade e outros crimes, como corrupção, tortura, etc. Veja-se, contudo, que o projeto retira alguns poderes da Polícia Judiciária, instituição inequivocamente bastante controlada – por superiores hierárquicos, corregedoria, ouvidoria, pelo próprio Ministério Público, pelo Poder Judiciário, pela imprensa, por ONG’s, etc – e os entrega a outra, o Ministério Público, sobre o qual não recai um efetivo sistema de controle, apesar da recente reforma da Emenda Constitucional n. 45, 08 de dezembro de 2004.

O projeto poderia aperfeiçoar os mecanismos de controle, inclusive e principalmente o judicial, porquanto é o Poder Judiciário o guardião maior dos direitos e garantias individuais, assim como deveria o Poder Executivo modernizar e aparelhar as instituições responsáveis

pelas atividades de polícia judiciária, sobretudo no aspecto humano: treinamento, aparelhamento, condições de trabalho, etc. Trocar uma instituição sem pessoal, nem estrutura por outra dá uma falsa sensação de dever cumprido ou, pior, de problema resolvido.

Os Delegados de Polícia são tão bacharéis de direito quanto os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário. O que abona que, em sendo atribuída a direção e condução da investigação criminal ao *Parquet*, se conseguirão melhores resultados das investigações? Recorde-se a crítica feita por ANTÔNIO EVARISTO DE MORAIS FILHO transcrita em supra quanto ao arquivamento dos autos da investigação. Ademais, quanto não haveria de prejuízo para a Defesa, haja vista que o Ministério Público, na condução das investigações, poderia agindo parcialmente, como na fase processual, e privilegiaria indícios e provas que favoreceriam à sua tese, em detrimento daqueles elementos que poderiam vir a ser extremamente úteis à Defesa, inclusive para possibilitar o reconhecimento da inocência do réu. Assim, o Ministério Público ficará numa posição ainda mais avantajada, posição esta que poderá afetar um dos princípios basilares do processo, qual seja o da “paridade de armas”.²

² Para maiores críticas ao projeto, indica-se o artigo de SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO: “Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente à investigação policial”. *Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. Organizador: Sérgio Salomão Shecaira, São Paulo: Método, 2001, p. 337-351.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a pesquisa permite chegar a conclusões coerentes com a via escolhida para sistematização e organização do trabalho, de acordo com as premissas estabelecidas, mormente o bem comum, a justiça, o princípio do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, o respeito aos direitos e garantias fundamentais, o sistema constitucional e infraconstitucional positivado.

O bem comum, como mote maior da coexistência social, referenda a adoção de regras jurídicas para disciplinar a vida em sociedade, solucionando e equacionando os conflitos interpessoais, contudo informado por um vetor preponderante que a Justiça. Assim, conclui-se que a Justiça informa e inspira o direito, quando de sua elaboração, interpretação e de sua aplicação. O Direito confere vida à Justiça que, sem ele, não passa de um ideal intangível.

O Estado Democrático de Direito mostrou ser o pilar fundamental da estrutura constitucional brasileira. Está previsto no pórtico da Constituição da República, logo em seu artigo 1º, e se realiza através de suas instituições e órgãos, cujo funcionamento e princípios norteadores expressam a separação, a harmonia e o equilíbrio entre os poderes, assim como o dever de respeito à dignidade da pessoa humana. Do contrário, o texto constitucional torna-se tão somente uma declaração vazia, deslegitimada e aquém da realidade social.

O princípio do Estado Democrático de Direito informa, estrutura e organiza a própria Constituição e os órgãos e instituições por ela criados. Norteia desde a interpretação de simples regras aos conflitos entre princípios igualmente constitucionais. A Constituição emerge nessa realidade como organizador do poder estatal, limitando e disciplinando as funções e atribuições de cada ente, em prol do indivíduo, da convivência social e da consecução do bem comum. Outrossim, de se aduzir que o estabelecimento dessas regras limitadoras ocorreram por opção expressa do legislador constituinte legitimado para tanto, e não por mero capricho de momento.

O fundamento de existência do processo penal é a instrumentalidade garantista. A partir do momento que o Estado tomou para si, com exclusividade, o direito de punir, se fez mister, fixar regras e limites para essa atuação estatal. Assim, o direito penal é limitado e adstrito ao princípio da legalidade e o direito processual penal é o instrumento de atuação do direito penal, que é despido de coercibilidade. Enfim, se o direito penal diz “por que” e

“quando” se deve punir, o processo penal estabelece “como” se deve fazê-lo. Ademais, conclui-se que a instrumentalidade garantista é condizente com o princípio do Estado Democrático de Direito e como respeito à dignidade humana, bem como aos direitos e garantias fundamentais.

Apontados os fundamentos basilares do processo penal, passou-se ao estudo dos sistemas persecutórios criminais e como resultado, afiança-se que vige no Brasil o sistema processual penal misto, com caracteres inquisitivos, mormente na primeira fase (investigação criminal), e com caracteres acusatórios, na fase processual (ampla defesa, contraditório, oralidade, publicidade, etc.).

Quanto ao sistema de investigação criminal adotado no Brasil, é irretorquível concluir-se pela adoção do sistema investigatório policial, no qual a titularidade da investigação criminal é atribuída aos órgãos de Polícia Judiciária: Polícia Federal e Polícias Civis (estaduais).

Assim está previsto com clareza solar no artigo 144, § 1º e 4º, da Constituição da República. Sobressai como regra a investigação criminal policial, através do instrumento inquérito policial, que visa apurar as infrações penais e sua autoria.

Ao Ministério Público a Constituição de 1988 reservou diversas atribuições, alargadas como nunca antes foi visto, porém não dispôs sobre a possibilidade do *Parquet* realizar ou dirigir investigação criminal direta. Autorizam, na seara da investigação criminal, os incisos VII e VIII, do artigo 129, da Lei Maior, o controle externo da atividade policial e a requisição da instauração do inquérito policial e/ou de diligências no curso deste.

A Constituição da República de 1988 caracteriza-se por ser analítica, não deixando margem à adoção da teoria dos poderes implícitos, cunhada em face da Constituição norte-americana de 1787, reconhecidamente sintética. Assim, o fato de ser o titular da ação penal pública (artigo 129, inciso I, Carta de 1988) não autoriza o Ministério Público a realizar investigação criminal.

Outrossim, quando a Constituição quis, ela excepcionou expressamente, como se pode ver das Comissões Parlamentares de Inquérito. Atualmente, inclusive, há algumas emendas constitucionais, dentre as quais a de n. 197/03, que pretendem atribuir ao Ministério Público a possibilidade de ele realizar investigação criminal de forma direta.

Não restou também comprovado que, com base nos incisos III (inquérito civil público) e VI (procedimentos administrativos de sua competência), ambos do artigo 129, da Constituição, pode o Ministério Público, através de ato administrativo, dispor para si

atribuição que a Constituição expressamente não lhe confiou, usurpando função constitucionalmente prevista a outro órgão: a Polícia Judiciária.

Patenteado ficou que os pretensos poderes investigatórios do Ministério Público rompem com a coesão sistêmica constitucional e processual penal, desequilibrando a relação processual futura a favor do *Parquet* e, conseqüentemente, em detrimento da Defesa. A investigação ministerial viola diversos princípios constitucionais, dentre os quais: o da paridade de armas (igualdade processual), ampla defesa, contraditório, publicidade, legalidade, etc.

Nesta linha de raciocínio, a pretendida investigação criminal pelo Ministério Público viola os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o funcionamento e a estrutura estatal, desrespeita os direitos e as garantias fundamentais e a própria dignidade da pessoa humana.

Outrossim, além de irrealizável frente à patente falta de estrutura e de recursos humanos, técnicos e materiais, a investigação criminal pelo Ministério Público nada ou muito pouco acrescentaria de benefícios à população no combate à criminalidade, anseio maior desta. Afirmar que ao polarizar a investigação criminal no órgão ministerial conseguir-se-á um combate mais efetivo e célere ao crime é mera falácia, verdadeiro discurso demagógico, tal qual as promessas de políticos.

Milagres não existem! O crime é um fato complexo, multidisciplinar! Não basta alterar a lei ou trocar as peças de lugar. Precisa-se reduzir as desigualdades sócias e realizar os objetivos previstos pelo legislador constituinte no artigo 3º da Carta de 1988. Necessita-se de investimentos em educação, saúde, habitação, saneamento básico, geração de empregos, etc, para que a criminalidade volte, pelo menos, a patamares aceitáveis.

Em tempo, conclui-se que, não apenas emenda constitucional, mas também lei complementar, repise-se, ao menos lei complementar, em consonância com os artigos 128, § 5º, e 129, inciso IX, da Constituição, pode estabelecer a função de investigação criminal para o Ministério Público.

Foram estas as conclusões a que, sucintamente, se chegou.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Florêncio de. *Comentários ao Código de Processo Penal*. V. 5. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O Processo Criminal Brasileiro*. 4ª ed. V. I. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALONSO, Pedro Aragoneses. *Instituciones de derecho procesal penal*. 5ª ed. Madri: Rubi Artes Gráficas, 1984.

ARAÚJO, Luiz A. David; NUNES JÚNIOR, Vidal S. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2001.

AZKOUL, Marco Antonio. *A Polícia e sua Função Constitucional*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BANDEIRA LINS, Carlos Francisco B. R. “Breves reflexões acerca do bem comum”. *Revista Justitia*. V. 95, ano XXXVIII, 4. trimestre, São Paulo, 1976.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. “Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária”. *Parecer solicitado pelo Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, apresentado durante a 151ª Reunião Ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana - CDDPH, em sessão realizada no dia 18 de fevereiro de 2004 e aprovado por unanimidade*. Disponível em: http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/2camara/materias/temas/Poder_Investigacao_MP_Barroso_1.pdf, acessado em 21/01/2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 5 - Arts. 136 a 144. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BUONO, Carlos E. de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CÂMARA, Armando. *Gênese do conceito de justiça. Obras Escolhidas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

CÂMARA, Maria Helena F. da. “Bem comum”. *Revista Forense*. V. 327, jul.-ago.-set. 1994.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistemas de Penas, Dogmática Jurídico – Penal e Política Criminal*. Cultural Paulista, São Paulo, 2.002.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. México: Episa, 1997.

_____. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tomo. II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Barcelona: Bosch, 1950.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2ª ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. “Polícia e Estado de Direito na América Latina”. *Garantias constitucionais e processo penal*. Gilson Bonato (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CONAMP. *Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil*. Rio de Janeiro: CONAMP, 2004.

CONDE, Francisco Muñoz. *Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2.000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16ª ed., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1991.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 17. ed., rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia – O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. "O Inquérito Policial e o Termo Circunstanciado". Revista CEJAP – publicação oficial do Centro de Estudos Jurídicos para Assuntos Policiais. N. 6, ano 4. São Paulo: Millenium, junho de 2003.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. V. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª ed., rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 5ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 331 e ss.

_____. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Trad. Ana P. Zomer; Fauzi H. Choukr; Juarez Tavares; Luiz F. Gomes. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. "Do arquivamento do inquérito no Código de Processo Penal". *Revista de Processo*, nº 38, abril-junho, 1985.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

_____. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*. Versão 5.0. São Paulo: POSITIVO INFORMÁTICA, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. "O poder investigatório do Ministério Público". *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel – Centro de Estudos Penais e Criminológicos*. Ano VI. N. 23, dezembro de 2004.

FOLCIERI, Carlos Consonni. *Polícia Judiciária*. Trad. de Geraldo Amaral Arruda. *RJTJSP*, nº 89. São Paulo: Lex, 1984.

FORNACIARI JUNIOR, Clito. "Noção de bem comum". *Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n. 9 (1 e 2), 1980.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

FRAGOSO, José Carlos. "São ilegais os "Procedimentos Investigatórios" realizados pelo Ministério Público Federal". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 37, ano 10, jan/mar 2.002, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.002.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

_____. “O juiz e o modelo garantista”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.56, jul. 1997.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. V. 1. 7ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. *O Ministério Público e a Polícia Judiciária – controle externo da atividade policial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

GENOFRE, Roberto Maurício. “O papel do juiz criminal na investigação policial”. *Boletim da Associação dos Juízes para a Democracia*. N. 23. São Paulo: Associação dos Juízes para a Democracia, ano 5, janeiro-março, 2001.

GOLDSCHIMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: almedina, 1998.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: almedina, 1999.

_____. VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

GOMEZ COLOMER, Juan-luiz(...). “La Instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz Del derecho comparado”. *La reforma de la justicia penal – Estudios em homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Coord. Juan-luiz Gomez Colomer , e Jose-luis González Cussac. Universidad Jaume I 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo ministério público. *Boletim IBCCRIM*. V.12, n.145.São Paulo, dez. 2004.

GUARNIERI, Jose. *Las partes em el proceso penal*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003.

_____. *Teoria Processual da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980.
- HASSEMER, Winfried. *Histórias das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*. Lisboa: AAFDL, 1995.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- IBÁÑEZ, Andrés Perfecto. “Garantismo y proceso penal”. *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada*. N. 2. Granada, 1999.
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Granada: Comares, 1993.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri, SP: Manole, 2004.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Tradução de Fátima Sá Correia, Maria Emília V. Aguiar, José Eduardo torres e Maria Gorete de Souza. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LAZZARINI, Álvaro. “Aspectos jurídicos do poder de polícia”. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. “Limites do Poder de Polícia”, *Estudos de Direito Administrativo*, 1999.
- LE CLÈRE, Marcel. *História Breve da Polícia*. Trad. portuguesa de Noémia Franco Cruz. Lisboa: Verbo, 1965, p. 11.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. *Filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1953.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.
- LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2ª ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- LUÑO PEÑA, Enrique. *Derecho Natural*. 4. ed. Barcelona: La Hormiga de Oro, 1961.
- MACHADO, Luiz Alberto. “Conversa com a polícia judiciária (Estadual e Federal)”. *Revista ADPESP*. N. 22, dezembro de 1996.
- MANIFESTO. “Do indispensável equilíbrio entre instituições constitucionais – Da inconstitucionalidade da investigação criminal conduzida diretamente pelo ministério público”. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, 2004, p. 8-9.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Tomos I e II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Chile 2970, 1951.

MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*. Tradução de Alceu Amoroso Lima. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959.

MARQUES, José Frederico. *O processo penal na atualidade. Processo penal e Constituição Federal*. Org. Hermínio A. Marques Porto; Marco A. Marques da Silva. São Paulo: Acadêmica, 1993.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. “O Controle externo da atividade policial”. *Justiça Penal. N. 7: Críticas e Sugestões: Justiça Criminal Moderna: proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquéritos, crimes de informática, trabalho infantil, TV e crime*. Coordenador: Jacques Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDONÇA, Jacy de Souza. “Ser e dever ser jurídico”. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: LEUD, 1983.

_____. “Fundamentos ontológicos do imperativo jurídico”. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: LEUD, 1983.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. V. 2. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal – una explicación basada em la razón*. Valencia: Tirant Lei Orgânica Blanch, 1997.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Estudos de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª ed., rev. e amp. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. *As funções do MP e o inquérito policial*. São Paulo: Revista ADPESP, n.º 22, dezembro de 1996, p. 66-69.

MORAES, Bismael Batista. *Direito e Policia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MORAES, Maurício Zanoide de. “Esgrimando com o professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: os inexistentes poderes investigatórios criminais do Ministério Público”. *Revista do Advogado*. N. 78. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, setembro, 2004.

MOURA, Maria T. R. de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOGUEIRA, Carlos F. Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. V. I – Arts. 1º ao 91. São Paulo: EDIPRO, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ORBANEJA, Emilio Gomez. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1951.

PAULO VI. *Constituição Pastoral Gaudium et Spes sobre a Igreja no mundo de hoje*. N. 276. Petrópolis: Vozes, 1974.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal – evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1983.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. “Posição institucional da polícia”. *Revista PGE/SP*. N. 29, junho, 1988.

_____. “Mais de cento e vinte e seis anos de inquérito policial – perspectivas para o futuro”. *Revista ADPESP*. São Paulo, nº 25, março/1998.

_____. *Inquérito policial: novas tendências*. 1ª ed., 2ª tiragem. Belém: CEJUP, 1987.

_____. “Arquivamento do inquérito policial, sua força e efeito”. *Revista do Advogado*. N. 11. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 1983.

_____. “Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público”. *Boletim Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo, jun-ago/2003.

_____. “Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente à investigação policial”. *Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. Organizador: Sérgio Salomão Shecaira, São Paulo: Método, 2001.

PORTO, Hermínio A. Marques. *Júri – Procedimentos e aspectos do julgamento – Questionários*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

RADBRUCH, Gustav. “O homem no âmbito do Direito”. *Revista Forense*. V. 166, ano 53, fascículos 637-638. Rio de Janeiro: Forense, jul.-ago. 1956.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6ª ed., anot. e atual. com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Luiz Carlos. *Organização Policial Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

ROXIN, Claus. “Sentido e limites da pena estatal”. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª ed. Vega: Lisboa, 1986.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-agosto de 2004.

_____. Parecer “Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público – entendimento do art. 129, VII, da Constituição Federal – conteúdo da Lei Complementar e seus limites constitucionais – Competências exclusivas das polícias”. *Revista ADPESP*. N.22, dezembro de 1996.

SILVA, Marcio Cesar Fontes; IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. “Bem comum”. *Revista dos Tribunais*. V. 843, ano 95, janeiro de 2006.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

_____. SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados Especiais Criminais*. Saraiva: 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros Ed., 1992.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. Tomo 2. São Paulo: Max Limonad, 196(?).

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. V. 2. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 1. 18ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. “Devemos manter o Inquérito Policial?”. *Revista CEJAP*. N. 3, ano 2. São Paulo: Millenium, fevereiro de 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Regime Jurídico da Investigação Criminal*. Almedina: Coimbra, 2003.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal – Parte Geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto alegre: Sérgio Fabris Editor, 1976.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. “Atuação investigatória do Ministério Público: um convite à reflexão”. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel – Centro de Estudos Penais e Criminológicos*. Ano VI. N. 23, dezembro de 2004.