

RODRIGO SENZI RIBEIRO DE MENDONÇA

**O PROCESSO PENAL EQÜITATIVO E A DISTINÇÃO
ENTRE AS FUNÇÕES DE INVESTIGAR, PROCESSAR E
JULGAR**

MESTRADO EM DIREITO

PUC/SÃO PAULO

2005

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar o sistema processual de cunho acusatório, consagrado pela Constituição Federal brasileira, e identificar os seus desvirtuamentos presentes na legislação processual de modo a resguardar o processo penal eqüitativo, componente do Estado Democrático de Direito.

O modelo proposto se desenvolve a partir da distinção entre funções inerentes à persecução penal – investigação, acusação e julgamento – pregando, como imperativo para preservação da eqüitatividade do modo de como a jurisdição penal contempla os interesses das partes, a atribuição de cada uma delas a órgãos distintos, sendo indispensável a comunicação e interação entre eles, mas vedada a interferência direta de um nas atividades conferidas a qualquer dos outros.

Através dessa proposta, formulada mediante análise do texto constitucional, buscou-se a identificação dos dispositivos da legislação processual penal que autorizam a referida interferência direta, pregando ora a releitura, ora a não recepção, do que neles vem estipulado em face do sistema processual acusatório previsto pela Constituição Federal.

Examinamos também a tendência atual de ampliar os poderes do Ministério Público, órgão responsável pela acusação, também para o campo da investigação criminal, concluindo, primeiro pela impossibilidade dessa ampliação em face do texto constitucional e, num segundo momento, pela sua inadequação de modo a preservar a estrutura do processo penal eqüitativo.

ABSTRATC

The present work has as main objective to analyze the procedural system accusatory, consecrated for the Brazilian Federal Constitution, and to identify its deviation in the procedural legislation in order to protect the equitable criminal proceeding, component of the Democratic State of Right.

The considered model develops from the distinction between inherent functions to the criminal persecution – inquiry, accusation and judgment – proposing, as imperative for preservation of the equitable in the way that the criminal jurisdiction contemplates the interests of the parts, the attribution of each one of them to distinct agencies, considering indispensable the communication and interaction between them, but forbidden the direct interference of one in the activities conferred to any of the others.

Through this proposal, formulated by analysis of the Brazilian constitutional text, it searched identification of the devices of the criminal legislation procedural that authorize the direct interference, proposing however the rereading, however the not reception, of them stipulation in face of the accusatory procedural system foreseen by the Federal Constitution.

We also examine the trend current to extend public prosecution service attributions, responsible agency for the accusation, also for the criminal inquiry, concluding, first for the impossibility of this magnifying in face of constitutional text and also for its inappropriate in order to preserve the structure of equitable criminal proceeding.

SUMÁRIO

Introdução.....	1
------------------------	----------

Capítulo I – O processo penal eqüitativo, seus fundamentos e a necessidade de tratamento igualitário entre as partes.....	3
--	----------

1) Limitações do poder punitivo estatal.....	3
2) O processo penal e a Constituição Federal.....	5
3) Os fundamentos do processo penal eqüitativo.....	6

Capítulo II – Os sistemas processuais penais: inquisitório acusatório e misto. Breves considerações históricas e Direito comparado. A sistemática processual consagrada pela Constituição Federal brasileira.....	9
--	----------

1) Definição e classificação de sistemas processuais penais.....	9
2) O sistema inquisitório.....	9
3) O sistema acusatório.....	12
4) O sistema misto.....	14
5) A sistemática processual consagrada pela Constituição Federal brasileira.....	15

Capítulo III – A fase pré processual e a competência para efetivação das investigações criminais.....19

- 1) O inquérito policial.....19
- 2) O Ministério Público como destinatário final do inquérito policial e as consequências dessa atribuição em face do sistema acusatório.....21
- 3) A competência para efetivação das investigações criminais.....25

Capítulo IV – A atuação dos sujeitos do processo na fase pré-processual: Juiz, Ministério Público, imputado, advogado e ofendido.....29

- 1) Juiz.....29
- 2) Ministério Público.....33
- 3) Imputado, advogado e ofendido.....35

Capítulo V – Análise sobre a (im)possibilidade do Ministério Público realizar investigações criminais e suas consequências para o processo penal equitativo. Necessidade de distinção entre as funções de investigação e acusação.....38

- 1) Direito comparado.....38
- 2) A legislação pátria.....41

3) Os argumentos doutrinários favoráveis à tese ampliativa das funções do Ministério Público.....	42
4) A orientação jurisprudencial que admite a função investigatória do Ministério Público em sede criminal.....	45
5) Os argumentos doutrinários refratários à função investigatória do Ministério Público em sede criminal.....	49
6) A orientação jurisprudencial que não admite a função investigatória do Ministério Público em sede criminal.....	54
7) Nossa posição.....	61
7.1. <i>Análise do tema em sede constitucional</i>	61
7.2. <i>Análise do tratamento dado ao tema pela legislação ordinária</i> ..	68
7.3. <i>A necessidade de distinção entre as funções de investigação e acusação</i>	73

CAPÍTULO VI – A fase judicial da persecução penal e a atuação dos sujeitos do processo.....82

1) O Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade da ação penal.....	82
2) A denúncia e seu conteúdo.....	85
3) A atuação do Ministério Público na fase judicial da persecução penal..	86
4) A participação do advogado, do acusado e da vítima na fase judicial da persecução penal.....	87

5) A atuação do juiz na fase judicial da persecução penal.....	90
--	----

6) O juiz natural.....	91
------------------------	----

Capítulo VII – Análise sobre as possibilidades de influência do juiz na atividade acusatória previstas pela legislação processual e suas conseqüências para o processo penal eqüitativo. A necessidade de distinção entre as funções de acusação e julgamento.....

1) <i>Emendatio libelli e mutatio libelli</i>	95
---	----

2) A posição do juiz em face do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público.....	101
---	-----

3) O recurso de ofício.....	103
-----------------------------	-----

4) A (im)possibilidade de suscitação de conflito negativo de competência pelo juiz singular quando do recebimento dos autos do processo por força de decisão desclassificatória proferida pelo juiz do júri.....	104
--	-----

5) A iniciativa instrutória do juiz.....	105
--	-----

6) A (im)possibilidade de decretação de ofício pelo juiz de medidas cautelares restritivas.....	112
---	-----

CONCLUSÕES.....	114
------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	117
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

O processo penal eqüitativo tem suas raízes fincadas na necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana. Essa garantia é a base fundamental de todos os seus preceitos e, por este motivo, se apresenta como princípio orientador de toda a sua estrutura.

Da garantia ao respeito à dignidade da pessoa humana decorrem os princípios informadores do processo penal eqüitativo: o devido processo legal e o tratamento igualitário entre as partes.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988, apesar de não fazê-lo expressamente, estabeleceu o sistema processual acusatório. Esta conclusão advém da redação do seu art. 129, I, o qual estabeleceu, dentre as funções institucionais do Ministério Público, “promover privativamente, a ação penal pública na forma da lei”.

Acreditamos que este modelo processual adotado pelo texto constitucional é o único capaz de atender às imposições de um processo penal eqüitativo, porque privilegia as garantias do cidadão em detrimento do poder repressivo do Estado, estabelecendo, como consequência, uma relação processual equilibrada onde as partes possuem iguais condições de contribuir e influir na decisão final.

No sistema acusatório há uma distinção clara entre as funções de acusar e julgar, ficando cada qual sob o controle de um órgão específico, sendo vedada a interferência direta de um nas atribuições conferidas ao outro. Há nítida preocupação com a imparcialidade do órgão julgador, responsável por decidir sobre a viabilidade da pretensão punitiva estatal.

No ordenamento jurídico brasileiro, há ainda previsão expressa de que a fase pré-processual de coleta de provas, que se presta unicamente a embasar o convencimento do acusador sobre a necessidade ou não de propositura da ação penal, deva ser conduzida por um terceiro organismo estatal: a polícia judiciária.

Desta forma, busca-se garantir uma imparcialidade também do órgão acusador, evitando-se perseguições e ajuizamento de ações penais temerárias. Esta sistemática é a que melhor se coaduna com as imposições do processo penal equitativo.

O Código de Processo Penal, em vigência desde 1941, contém diversos artigos que não contemplam esta separação absoluta das funções inerentes à persecução penal – investigar, processar e julgar – estabelecida na Constituição Federal. Há previsões que autorizam o juiz a intervir de maneira direta na acusação, que é de atribuição exclusiva do Ministério Público. Necessária, portanto, a releitura desses dispositivos em face do texto constitucional.

Além disso, há uma forte tendência em querer se ampliar os poderes do Ministério Público na persecução penal, facultando-lhe também a possibilidade de proceder investigações no campo criminal, atribuição esta constitucionalmente conferida à polícia judiciária.

Estas possibilidades de interferências indevidas em funções institucionais devem ser extirpadas, pois comprometem o equilíbrio do sistema consagrado na Constituição Federal, sendo este o escopo do presente estudo: identificar esses desvios de atribuições e explicitar as razões pelas quais não podem subsistir. Tudo isso com o intuito de apregoar o respeito e a prevalência das garantias do processo penal equitativo, componente do Estado Democrático de Direito.

I - O PROCESSO PENAL EQÜITATIVO, SEUS FUNDAMENTOS E A NECESSIDADE DE TRATAMENTO IGUALITÁRIO ENTRE AS PARTES

1) Limitações do poder punitivo estatal

Logo em seu art. 1º, mais especificamente no inciso III, estabelece a Constituição Federal “a dignidade da pessoa humana” como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

A necessidade de respeito à “dignidade da pessoa humana”, segundo Marco Antonio Marques da Silva, “é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e, por esta razão, os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem, determinando que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o alcance real destes direitos”¹.

O Estado é o titular do *jus puniendi*, atribuição esta que lhe é conferida pela Constituição. Assim sendo, a ele compete, de forma exclusiva, a missão de criar e aplicar o direito penal.

Ocorre que, este poder punitivo não pode ser exercido de forma arbitrária, pois encontra parâmetros fixados na própria Carta Magna que define os princípios fundamentais do estado democrático de direito, dentre os quais destaca-se a já mencionada necessidade de respeito à “dignidade da pessoa humana”.

Desta forma, compreende-se o direito penal como um dos mecanismos de controle social existentes no ordenamento jurídico, cuja missão primordial é a defesa de bens jurídicos, concebidos estes como valores e interesses de âmbito constitucional. Nas palavras de Santiago Mir Puig: “O direito penal de um Estado justifica-se como sistema de proteção da sociedade. Os interesses sociais que por

¹ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 5.

sua importância podem merecer a proteção do direito denominam-se 'bens jurídicos'. Diz-se então, que o direito penal somente pode proteger 'bens jurídicos'².

Importante frisar que nem todos os bens jurídicos demandam proteção no âmbito penal. Somente aqueles bens mais valiosos, extraídos dos conceitos consagrados pela própria Constituição Federal, não prescindem da tutela penal. Para os demais, há outros meios de controle positivados em nosso ordenamento.

Assim, a proibição penal não pode decorrer da simples vontade do legislador em sancionar determinada conduta, sob pena de desvirtuamento da própria função do direito penal. A tipificação criminal de uma conduta só se reveste de legitimidade quando efetivamente constituir o meio necessário para a proteção de um dado bem jurídico. No entanto, se há outros meios de controle para tutela daquele bem, não há como se justificar a invocação ao direito penal. Por isso, podemos afirmar que atua este ramo do direito em *ultima ratio*³.

Da mesma forma como ocorre na criação do direito penal, também na sua aplicação, a atividade estatal está condicionada ao respeito das garantias fundamentais expressas na Constituição Federal.

Uma vez praticada a conduta típica previamente descrita na norma penal sancionadora, surge a pretensão punitiva estatal que, por sua vez, se contrapõe ao interesse do infrator de ver preservado o seu *jus libertatis*.

Em face desse conflito de interesses, forma-se a lide penal, a qual não pode ser solucionada de forma arbitrária, fazendo prevalecer a pretensão punitiva do

²MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. 3ª ed. Barcelona: PPU, 1990, p. 100: "El Derecho penal de un Estado social há de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan 'bienes jurídicos'. Se dice, entonces, que el Derecho penal sólo puede proteger 'bienes jurídicos'".

³Sobre a questão, Gilberto Leme Marcos Garcia observa que o "Direito Penal aparece como um dos meios de controle social existentes. Trata-se de um controle formalizado, destinado a evitar comportamentos que atinjam os bens jurídicos considerados mais importantes para a sociedade. Atuando em 'ultima ratio', o Direito Penal vale-se da imposição de sanções em caso de ocorrência de condutas que venham a lesionar ou colocar em perigo esses bens jurídicos mais relevantes. Assim, obedece esse ramo do Direito a um princípio de mínima intervenção, surgindo somente quando todos os outros meios de controle social se mostrem insuficientes" (A pena como resposta ao delito. In: *boletim do IBCCrim*, São Paulo, novembro/1997, nº 60, p. 11).

Estado, em detrimento dos direitos e garantias do cidadão assegurados pela Constituição Federal.

A lide somente poderá ser resolvida através do regular processo penal, que será instaurado a fim de legitimar a pretensão punitiva do Estado, *nulla poena sine processu (sine judicio)*.

Segundo assevera Fernando da Costa Tourinho Filho, o processo penal é o “conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares da persecução penal”⁴.

As normas do processo penal também são previamente regulamentadas de modo a possibilitar às partes o exercício de todos os meios legais a fim de fazer valer a sua pretensão. Conforme aduzem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “a regulamentação das formas procedimentais, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir”⁵.

2) O processo penal e a Constituição Federal

Dentro dessa concepção “garantista”, o processo penal, antes compreendido como um instrumento de repressão do Estado, se apresenta hoje como o direito legítimo do cidadão de se contrapor, através dos meios legais, à pretensão estatal de lhe impor a sanção penal. É o acusado, antes de tudo, um sujeito de direitos e não um simples objeto de persecução.

Neste contexto, há tempos, os doutrinadores têm proclamado a estreita relação existente entre as normas constitucionais e as normas processuais.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. 1, p. 27.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães.. *As nulidades no processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 21.

Depois de asseverar que a Constituição de um país é “La tête de chapitre’ de todas as disciplinas do direito”, José Frederico Marques observa que “o Direito Processual é o que mais intensamente sofre essa influência de tutela normativa da Constituição. Cabe a ele regulamentar o exercício, pelo Judiciário, da função jurisdicional, a qual se caracteriza como uma das atividades fundamentais do Estado de Direito. Além disso, o Direito Processual oferece 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-lo”⁶.

Henkel vai mais além ao afirmar que o processo penal constitui um verdadeiro “direito constitucional aplicado”⁷. Isto porque, o que se discute é o interesse do Estado em impor uma sanção ao processado, a qual poderá implicar até na privação de um dos mais sagrados direitos do homem: a liberdade.

Desta forma, as normas processuais penais implicam num desdobramento das garantias constitucionais. João Mendes de Almeida Júnior há muito já apregoava que “as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais”⁸.

3) Os fundamentos do processo penal eqüitativo

Dentre os direitos e garantias fundamentais expressos na Carta Magna, a igualdade de todos perante a lei vem consagrada logo no *caput* do art. 5º do texto constitucional⁹.

⁶ MARQUES, José Frederico. O processo penal na atualidade. In: *Processo penal e Constituição Federal*. PORTO, Hermínio Alberto Marques, e SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.), São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 13/14.

⁷ *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra ed., 1984, 1º vol., p. 74.

⁸ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, vol. I, p. 13.

⁹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

Transposta esta garantia para o campo processual, denota-se a necessidade de se assegurar a isonomia no campo processual penal. Com efeito, durante o trâmite do processo, deve ser resguardada às partes – autor e réu –, assegurando-lhes “idênticas oportunidades e impedindo que a um sejam atribuídos maiores direitos, poderes, ou impostos maiores deveres ou ônus do que a outro”¹⁰.

Para Rogério Lauria Tucci, a isonomia processual “reclama que aos sujeitos parciais sejam concedidas as mesmas armas, a fim de que, paritariamente tratadas, tenham idênticas chances de reconhecimento, satisfação ou assecuração do direito que constitui o objeto material do processo”¹¹.

Fala-se assim em paridade de armas que, segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, serve “para indicar o indispensável *equilíbrio* que deve existir entre as oportunidades concedidas a cada um dos interessados no provimento para que, ao apresentar suas provas e alegações ao juiz ou tribunal não seja colocado em desvantagem em relação à parte contrária”¹².

Assim sendo, o acusado, enquanto sujeito de direitos, deve se encontrar sempre em posição de igualdade frente ao acusador. De acordo com Valdir Sznick, “desenvolvendo-se o processo no sistema de contradições, busca-se dar igualdade e oportunidade às partes para a efetiva participação na administração da justiça. A igualdade de ação e de reação (oposição) permite que se chegue à verdade material no processo”¹³.

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa observa que “a igualdade é essencial ao Direito Processual Penal. Ela justifica e dá valor ao processo penal e ao

¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 47.

¹¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 143.

¹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42.

¹³ SZNICK, Valdir. *Princípios de defesa na Constituição*. São Paulo: IGLU, 2002, p. 111.

seu procedimento. O atendimento a igualdade é requisito para a descoberta da verdade, sem a qual jamais se terá, na sentença, a justiça penal¹⁴.

Neste contexto, podemos afirmar que não existe o devido processo legal sem a eqüitatividade no modo como a jurisdição contempla os interesses em conflito. A garantia do devido processo legal, também inserta como direito fundamental na Constituição (art. 5º, LIV), pressupõe a igualdade entre as partes.

Mas a paridade de armas impõe a necessidade de que elas possuam positiva e real influência no desenvolvimento do processo e na decisão a ser proferida pelo julgador. Tal finalidade será atingida de acordo com a sistematização processual penal.

No entanto, desde logo é preciso ressaltar que a verdade material no campo processual só será atingida em sua inteireza se houver conjugação de esforços de todos quantos participem, desde a sua instauração, da *persecutio criminis*: autoridade policial, Juiz, Ministério Público, querelante e imputado e ainda, quando conferido aos interessados e sujeitos parciais, as mesmas, idênticas, possibilidades de evidenciá-la¹⁵.

¹⁴ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15/16.

¹⁵ TUCCI. Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo. Saraiva, 1993, p. 182/183.

II – OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: INQUISITÓRIO, ACUSATÓRIO E MISTO. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E DIREITO COMPARADO. A SISTEMÁTICA PROCESSUAL CONSAGRADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1) Definição e classificação dos sistemas processuais penais

Sistemas processuais penais são, na visão de Marcos Alexandre Coelho Zilli, “campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias”¹⁶.

De acordo com a classificação tradicional, podemos identificar três modalidades distintas de sistemas, a saber: inquisitório, acusatório e misto¹⁷.

2) O sistema inquisitório

A característica marcante desse sistema é a concentração dos poderes processuais penais na mão de um único órgão, o qual é responsável pela consecução de todas as fases da persecução penal: investigação, acusação e julgamento.

¹⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

¹⁷ João Mendes de Almeida Junior aponta um quarto sistema, chamado de antropológico, surgido na Itália no século XIV, com escopo de reformar completamente a noção de crime, as regras relativas à pena, à organização judiciária, à ação e ao processo. “A frente dessa escola encontravam-se nomes como GAROFALLO, FERRI e LOMBROSO. Partindo da preocupação com fatores antropológicos houve pregação de uma reforma radical cujos pontos centrais eram os seguintes: 1 – Exclusão do júri e também dos magistrados juristas. Não deve o julgador ter diploma de direito, mas sim do estudo de sociologia, fisiologia e antropologia criminal. 2 – Em nenhuma hipótese deve ser entregue à parte o direito exclusivo de ação contra o delinquente, porque a pena, em caso algum, deixa de ser uma necessidade social, considerando o risco da reincidência. 3 – A instrução deve ser secreta e escrita, os casos de prisão preventiva ampliados, e os de concessão de fiança restringidos. A fase decisiva consiste num exame antropológico e na aplicação matemática da eliminação, se o delinquente apresentar os caracteres de um criminoso nato. Se não é criminoso nato, deve ser considerado um alienado e assim entregue aos cuidados dos médicos alienistas. 4 – Os recursos devem ser restritos e os Tribunais superiores menos rigorosos na exigência do cumprimento de formalidades. (*O processo criminal brasileiro*, cit., vol. 1, p. 230/231).

Na realidade, o sistema inquisitório retira a ação pública das mãos das partes e a transporta para as do juiz, dando-lhe o poder não só de julgar, mas o de dirigir e provocar *ex officio* os atos de instrução¹⁸.

Este sistema teve atuação destacada na Roma Imperial e nas justiças eclesiásticas do século XIII, chegando a influenciar inclusive o processo criminal das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Os chamados “juizados de instrução”, modelo adotado em países como a França, são expressões do sistema inquisitório. No Juizado de Instrução, diz Fernando da Costa Tourinho Filho, “a função de polícia se circunscreveria a prender os infratores e a apontar os meios de prova, inclusive testemunhal. Caberia ao ‘Juiz Instrutor’ colher as provas. A função a que hoje se comete à Autoridade Policial ficaria a cargo do ‘Juiz Instrutor’. Assim, colhidas as provas pelo citado Magistrado, vale dizer, feita a instrução propriamente dita, passar-se-ia à fase do julgamento. O inquérito seria suprimido”¹⁹.

Entretanto, paulatinamente, tem-se observado uma tendência mundial de substituição desse modelo pela estrutura acusatória²⁰. Foi o que ocorreu na Itália, depois da reforma processual de 1988. A Lei Delegada 108, de 03.04.1974, que determinou os lineamentos do novo Código de Processo Penal italiano ordenou a adoção do sistema acusatório para atuação da lei penal, no qual “as notas dominantes devem ser os respeito aos seguintes princípios: presunção de inocência, que deve acompanhar o imputado até a sentença definitiva, plena e substancial paridade entre direitos e deveres da defesa e da acusação; evitar a preconstituição de provas para o juiz, de modo que o juiz, colocado em posição de plena e completa posição de imparcialidade em relação às partes, possa formar um convencimento direto na procura da verdade e através da aquisição de provas genuínas e não contaminadas, que devem resultar do debate público e de um

¹⁸ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, cit., vol. 1, p. 227.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, cit., vol.1, p. 253.

²⁰ CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 37.

confronto aberto, franco e leal de posições e de teses; eliminação, enfim, de insídias escondidas e máxima publicidade interna da relação processual”²¹.

No antigo Código de Processo Penal italiano o sistema era tendenciosamente inquisitório, prevendo a existência de duas fases distintas. Na primeira, chamada de fase instrutória, essencialmente secreta e escrita, eram recolhidos os elementos de prova que serviam de base para que ocorria em juízo e uma segunda fase, chamada de “giudizio”, ou juízo, marcada essencialmente pelo debate entre as partes, que culminava com a decisão do Magistrado.

A mesma tendência ocorreu na Argentina com a reforma constitucional de 1994, que incorporou como quarto órgão do Estado o Ministério Público (art. 120), com a finalidade de promover a atuação da justiça em defesa da legalidade e dos interesses gerais da sociedade, competindo-lhe o exercício da ação pública, com independência orgânica e funcional dos demais poderes.

Segundo Luis Jorge Cevasco, “ao reclamar a Constituição que oportunamente se estabeleça o sistema de juízo por jurados (arts. 24, 75, inc. 12 e 118) de acordo com as características da reforma republicana do governo, pretendeu eliminar o sistema inquisitivo que imperou até então; já que aquela forma de julgamento só é compatível com um sistema por completo acusatório, que diferencie de maneira nítida os órgãos e sujeitos encarregados de aplicar a lei – que impõem responder diante da reclamação em tal sentido – dos acusadores, que por meio da ação formulam sua pretensão”²².

Retornando ao tema relacionado ao sistema inquisitório, o que se tem neste modelo é, indubitavelmente, um processo sem partes, pois a investigação da

²¹ BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil*. São Paulo, 1991, p. 31.

²² CEVASCO, Luis Jorge. *Principios de Derecho Procesal Penal argentino*. Buenos Aires: Oxford, 1999, p. 45: “al reclamar la Constitución que oportunamente se establezca el sistema de juicio por jurados (arts. 24, 75, inc. 12 y 118) en concordancia con las características de la reforma republicana de gobierno, pretendió desterrar el sistema inquisitivo imperante hasta no mucho tiempo antes; ya que aquella forma de juzgamiento sólo es compatible con un sistema por completo acusatorio, que diferencie de manera nítida a los órganos y sujetos encargados de aplicar la ley – que impone responder ante el reclamo en tal sentido – de los acusadores, que por medio de la acción formulan su pretensión”.

verdade e, em suma, a consecução dos fins do processo se depositam exclusivamente nas mãos do juiz²³.

Trata-se, na realidade, da independência do processo em face da vontade dos sujeitos da relação jurídico-penal, isto é, do imputado e do Ministério Público. Confere-se maior amplitude de poderes ao juiz, que não encontram limites na ação e reação das partes, especialmente quanto à investigação da verdade²⁴.

3) O sistema acusatório

No modelo acusatório, ao reverso do inquisitório, o traço essencial é a separação equilibrada de atribuições exercidas durante a persecução penal. De um lado comparece o acusador, responsável pela propositura da ação penal, que aponta e persegue o provável autor da infração penal, de outro, o acusado, o qual, em igualdade de condições com a parte acusatória, exerce o direito de defesa, resistindo processualmente à imputação. Ao juiz compete somente o poder decisório, posicionando-se de forma imparcial e intermediando as postulações das partes.

As características marcantes deste sistema são apontadas por Fernando da Costa Tourinho Filho: “a) O contraditório, como garantias político-jurídica do cidadão; b) As partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se em pé de igualdade; c) O processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) As funções de acusar, defender e julgar são atribuídas à pessoas distintas, e logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (*ne procedat judex ex officio*); e) O processo pode ser oral ou escrito; f) Existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois “non debet licere actori, quod reo non permittitur; g) A iniciativa do processo cabe à parte

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, cit., 1º vol., p. 246.

²⁴ ALMEIDA. Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 105.

acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado”²⁵.

Este modelo processual estabeleceu-se, predominantemente, na República Romana e na Idade Média até o século XIII, com prevalência para o direito germânico²⁶.

Como exemplos de sistemas penais predominantemente acusatórios, temos o modelo alemão e o inglês.

No processo penal alemão, a fase investigatória é coordenada e utilizada pelo Ministério Público (*staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren*) sendo o próprio órgão o destinatário final da investigação. A *notícia criminis* pode ser conduzida diretamente ao órgão ministerial, aos agentes policiais, ou aos Tribunais Municipais, que darão o impulso inicial à etapa investigativa. Se a valoração dos elementos coligidos nesta fase apontar à necessidade de promoção da ação penal, o procedimento passa por uma fase intermediária perante um órgão jurisdicional que efetua o juízo de admissibilidade²⁷.

No que concerne ao pedido de arquivamento, a legislação processual alemã incumbe diretamente ao representante do *parquet* a sua decisão, não havendo controle judicial nesta fase, sendo facultado ao ofendido a interposição de recurso²⁸.

Dos modelos repressivos da *common law*, o inglês é o que merece maior atenção. Ali também é realçada a idéia de um “processo de partes”.

A autoridade responsável pela iniciativa da ação penal é, em geral, a própria polícia. Não existe um órgão específico a quem compete a formulação da imputação. Na Inglaterra, não há Ministério Público.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, cit., vol. 1, p. 83/84.

²⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, cit., p. 37.

²⁷ CHOUKE, Fazi Hassan, *Garantias constitucionais na investigação criminal*, cit., p. 42/43.

²⁸ CHOUKE, Fazi Hassan, *Garantias constitucionais na investigação criminal*, cit., p. 43.

Diante disso, lembrando René David, o processo penal se desenrola como um processo civil, sendo um processo entre particulares, “entre dois cidadãos, pouco importando que um deles, o que acusa, exerça a profissão e vista o uniforme de policial; aquele que acusa e aquele que se defende estão, abaixo do juiz inglês que vai arbitrar suas pretensões adversas num mesmo plano. A autoridade real, o poder público, não estão em pauta num processo penal”²⁹.

No sistema acusatório há, em regra, instrução contraditória, defesa livre e debate entre as partes, colocando-as em condições de igualdade. O fato criminoso é afirmado pelo acusador e levado ao conhecimento do juiz competente, cabendo ao primeiro prová-lo, através dos meios legais. Enquanto isto não ocorre, o acusado é presumido inocente.

3) O sistema misto

Este modelo, como reflete o próprio nome, tem características híbridas acomodando às práticas do sistema inquisitório, os atos da instrução preliminar, e na fase judicial, um modelo de inspiração acusatória.

Sua origem remete ao Iluminismo, onde foram manifestados descontentamentos em relação às formas essencialmente inquisitórias. Foi concretizado na legislação revolucionária francesa. No primeiro momento, houve uma tentativa de se buscar no sistema inglês, a inspiração para as modificações na legislação processual penal até então predominante na Europa continental. No entanto, em razão de intransponíveis barreiras culturais, acabou por prevalecer o sistema denominado misto, no qual foram incorporados tanto aspectos inquisitórios quanto acusatórios³⁰.

O sistema misto possui duas fases procedimentais distintas: 1ª) instrução preliminar, inspirada no sistema inquisitivo, onde o procedimento é conduzido pelo juiz, que procede às investigações, colhendo informações

²⁹ DAVID, René. *O direito inglês*. 2ª ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 50.

³⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, cit., p. 41.

necessárias para que se possa, em momento oportuno, realizar a acusação perante o tribunal competente. 2ª) Judicial, onde é formulada a acusação, dando início a um debate público entre as partes, com a acusação sendo feita por um órgão distinto daquele responsável pelo julgamento, em regra, o Ministério Público³¹.

4) A sistemática processual consagrada pela Constituição Federal brasileira

Necessária se faz a observação de que o sistema acusatório encontra mais espaço nos países que privilegiam a liberdade do cidadão, enquanto que o modelo inquisitório prevalece nos países que mais perseguem a punição do acusado. O primeiro ressalta os direitos do indivíduo, enquanto o segundo enaltece o chamado interesse público. Precisa, neste sentido, é a síntese de João Mendes de Almeida Junior: “Um se preocupa principalmente do interesse individual lesado pelo processo, outro se preocupa principalmente do interesse público lesado pelo delito”³².

Tarefa difícil é localizar uma legislação processual onde o modelo adotado seja puramente inquisitorial, ou ainda uma outra de estrutura puramente acusatória. O que se tem, via de regra, é a prevalência de um sistema sobre o outro, de modo que traços do modelo pretensamente repelido sempre se fazem presentes, ainda que de forma tímida.

Talvez o único exemplo que possa ser invocado de um “sistema puro” seja o modelo inglês tipicamente acusatório, como já visto, onde chama a atenção a célebre passividade do julgador britânico. Segundo Jorge de Figueiredo Dias, “a este não pertence sequer colher, durante o julgamento, o material probatório – também isto é função das partes, que elas desempenham sobretudo através do interrogatório e do contra-interrogatório (‘examination-in-chief’ e ‘cross-examination’) das testemunhas, dos peritos e até do próprio argüido; cabe-lhe apenas dirigir a audiência, velando sobretudo por que nos interrogatórios as partes se não afastem do formalismo juridicamente prescrito, e (em regra com a colaboração dos jurados

³¹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 55.

³² ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, cit., vol. 1, p. 228.

na chamada questão-de-facto ou, mais exactamente, ‘questão-da-culpa’) proferir a decisão final na base das provas carreadas pela acusação e pela defesa”³³.

Não temos dúvidas em afirmar que a dificuldade relacionada à adoção de um sistema puramente acusatório, ou ainda de um sistema puramente inquisitório, está nas vantagens específicas de cada um desses modelos. Assim, a tendência do legislador é sempre optar por um deles como preponderante, mas buscar a correção de suas supostas imperfeições nas inspirações daquele que aparentemente foi relegado.

Parece-nos ser esta a atual tendência da legislação processual de nosso país.

A opção do constituinte pelo sistema acusatório encontra-se expressa no art. 129, I, da Constituição Federal, segundo o qual é função institucional do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

A única exceção à regra geral da titularidade do Ministério Público em ajuizar a ação penal pública vem expressa no próprio texto constitucional, mais precisamente no art. 5º, LIX, que estabelece a possibilidade da “ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”³⁴.

A ressalva constitucional não implica, todavia, em desvio do modelo acusatório consagrado no texto. Isto porque, não há concentração de atos da persecução penal na figura do inquisidor. A acusação é atribuída a um órgão independente, que não se confunde, em nenhum momento, com aquele responsável pelo julgamento.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, cit., 1º vol., p. 247/248.

³⁴ A ação privada nos crimes de ação pública está também estipulada no art. 29 do CPP, com a mesma ressalva em relação ao não atendimento do prazo legal pelo órgão ministerial, cabendo, no entanto, a este “aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal”.

A questão que se estabelece diz respeito aos inúmeros desvirtuamentos do sistema acusatório, presentes na legislação processual, em todas as fases da persecução penal.

Revela-se extremamente difícil, para não dizer impossível, pregar-se a adoção de um sistema acusatório puro. Justamente em razão de incontáveis óbices culturais, não foi possível a adoção do modelo inglês nem mesmo na Europa pós-Revolução Francesa, como já visto anteriormente, o que se dirá no direito brasileiro, de pouca afinidade com a *common law*.

Portanto, há dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório.

Assim, assiste razão, ao menos a princípio, a Vicente Greco Filho quando aduz que “o sistema acusatório, porém, não retira do juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e perquirição de verdade. Neste caso, porém, a atuação inquisitiva não se faz predeterminantemente nem a favor da acusação, nem da defesa, tão pouco compromete a imparcialidade. O que se repele é a “inquisitividade” na formulação da acusação, a qual deve ser privativa do Ministério Público ou do ofendido”³⁵.

A grande vantagem oriunda de uma estrutura inquisitória é a facilidade aparentemente maior de apreensão da verdade dos fatos, já que aparece o julgador como onipresente no processo, tendo o domínio total de todas as suas fases.

No entanto, a busca da verdade real, ou material – invocada quase que constantemente para justificar a adoção de procedimento inquisitório pelo juiz – há de ser compreendida em seu real significado, ou seja, “de um lado, no sentido de verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro, no sentido de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e,

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 127.

sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida”³⁶.

Assim, necessária a cautela na busca da verdade no processo, visando sempre a obtenção daquilo que Antonio Magalhães Gomes Filho convencionou denominar *verdade processual*, como sendo aquela que não é “extorquida inquisitoriamente, mas uma verdade obtida através de provas e desmentidos”³⁷.

Levando-se em conta esses ensinamentos, é que procuraremos analisar o sistema acusatório abraçado pelo ordenamento pátrio, buscando a identificação dos seus desvirtuamentos e a suas conseqüências para o processo. Por ora, no entanto, é preciso ressaltar que, em face do seu apego às garantias do cidadão, este modelo processual impõe-se como corolário do processo penal eqüitativo.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, cit., p. 156.

³⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 55.

III - A FASE PRÉ-PROCESSUAL E A COMPETÊNCIA PARA EFETIVAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES

1) O inquérito policial

Uma vez praticado o fato penal típico, incumbe ao Estado a imposição do *jus puniendi*, o qual somente poderá ser concretizado através do devido processo legal. É na ação penal que será legitimada a pretensão punitiva estatal.

No entanto, para ajuizamento da ação penal faz-se necessário que a parte acusadora disponha de um mínimo de elementos probatórios indicadores da ocorrência da infração e de sua autoria. Como assevera José Roberto Baraúna, “só haverá legítimo interesse para promover a ação penal quando um mínimo razoável de provas, já colhidas e em poder do titular do ‘jus accusationis’, indicar que não se trata de uma aventura judiciária, fundada às vezes em interesses inconfessáveis”³⁸.

Tais elementos são coletados, via de regra, através do inquérito policial. Assim, podemos definir o inquérito policial como “todo procedimento destinado a reunir elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria”³⁹.

Portanto, a atividade do Estado destinada imposição do *jus puniendi*, chamada de *persecutio criminis*, tem dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal.

E o estado realiza a atividade persecutória através de órgãos por ele criados, sendo certo que em cada um dos seus momentos, há um órgão específico para sua efetivação. O órgão do Ministério Público incumbe-se de ajuizar a ação penal e acompanhar o seu trâmite até o final. Para a atividade investigatória há um órgão responsável por essa missão. É a *polícia judiciária*, cuja competência é justamente a apuração do fato infringente da norma e quem tenha sido o seu autor, colhendo os necessários elementos probatórios a respeito. Realizada a investigação

³⁸ BARAÚNA, José Roberto. *Lições de processo penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1978, p. 67.

³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 78.

através do inquérito policial, as informações que o instruem são remetidas ao Ministério Público, a fim de que este, se for o caso, promova a competente ação penal⁴⁰.

Importante ressaltar que o inquérito policial não é indispensável para a propositura da ação penal. Pode a acusação embasar-se em peças de informações ou elementos outros para indicação de autoria e materialidade delitiva.

A investigação criminal tem início com a notícia do crime. “Chama-se *notticia criminis* o conhecimento espontâneo ou provocado que tem autoridade pública de um fato delituoso”⁴¹.

A *notticia criminis* pode ser apresentada por qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da infração penal (art. 5º, § 3º, do Código de Processo Penal). Verificada a procedência das informações, a autoridade policial mandará instaurar o inquérito.

O inquérito poderá ser iniciado de ofício (art. 5º, I, do Código de Processo Penal), ou mediante requisição do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-la (art. 5º, II, do Código de Processo Penal). O dispositivo também trata da possibilidade de requisição pela autoridade judiciária, a qual será comentada em momento próprio.

Nos casos de ação pública condicionada, o inquérito não poderá ser iniciado sem a representação do ofendido (art. 5º, § 4º, do Código de Processo Penal). Nos crimes de ação penal privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para ajuíza-la (art. 5º, § 5º, do Código de Processo Penal).

Uma vez instaurado o inquérito policial, deverá a autoridade policial providenciar a efetivação das diligências enumeradas no art. 6º, do Código de

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, cit., vol. 1, p. 173.

⁴¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I, p. 132.

Processo Penal⁴². Neste mister, dispõe de certa discricionariedade na condução das investigações, podendo definir quais são as diligências efetivamente necessárias para cabal elucidação do fato investigado. Tanto o ofendido, como o indiciado, podem requisitar diligências de seu interesse, mas a sua realização fica condicionada ao juízo da autoridade policial (art. 14, do Código de Processo Penal).

2) O Ministério Público com destinatário final do inquérito policial e as consequências dessa atribuição em face do sistema acusatório

O Ministério Público é o destinatário final do inquérito policial, competindo-lhe, se for o caso, o oferecimento de denúncia com base nos elementos ali coletados. Pode o órgão ministerial requisitar a efetivação de novas diligências, apontado-as em sua manifestação (art. 16, do Código de Processo Penal) ou ainda, requerer o arquivamento dos autos, na hipótese de não vislumbrar fundamento para a propositura da ação penal.

Aqui surgem duas questões atinentes ao modelo acusatório acolhido pelo ordenamento jurídico: a primeira delas diz respeito à manifestação ministerial pela realização de novas diligências mesmo depois de relatado o inquérito policial⁴³.

Em sendo o Ministério Público o destinatário das investigações, bem como tendo a função institucional de controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição Federal), não se pode conceber, como termo final do inquérito, a elaboração do relatório por parte da autoridade policial. De fato, como já dito, dispõe ela de certa discricionariedade na condução das investigações. Mas ao Ministério Público incumbe a formulação da *opinio delicti*, de modo que lhe é facultado a requisição de diligências complementares que considerar indispensável para a formação do seu convencimento (art. 16, do Código de Processo Penal), cabendo-lhe apenas a especificação dessas diligências em sua manifestação.

⁴² I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II – apreender os objetos que tiveram relação com o fato; III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV – ouvir o ofendido; V – ouvir o indiciado; VI – proceder o reconhecimento de pessoas e coisa e a acareação; VII – determinar a feitura exame de corpo de delito e outras perícias, em caso de necessidade; VIII – ordenar a identificação do indiciado; IX – averiguar a vida pregressa do indicado

⁴³ Dispõe o art. 10, § 1º, do CPP que “a autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará os autos ao juiz competente”.

De acordo com a sistemática atualmente em voga, compete ao Ministério Público requerer a realização das diligências complementares ao juiz competente, o qual se considerar o pleito efetivamente cabível, deverá determinar o retorno dos autos à delegacia de polícia para sua realização. Se as diligências forem deferidas, não há dúvidas de que a autoridade policial está obrigada a realizá-las.

A questão que remanesce diz respeito à possibilidade do juiz indeferir o pedido de diligências complementares efetuado pelo Ministério Público. Se o fizer, certamente estará o magistrado invadindo uma seara de atuação que não lhe compete, intervindo, de maneira indevida, na formulação do convencimento do órgão ministerial, o que representa um grave desvirtuamento do sistema acusatório.

Ao Ministério Público compete, privativamente, o ajuizamento da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição Federal). Para embasar a acusação, como já dito, deve se valer dos elementos colhidos no inquérito policial ou de outras peças de informações. Se o inquérito encontra-se incompleto, cabe ao representante do *parquet* indicar as diligências faltantes e pleitear a sua realização a fim que possa convencer-se da necessidade ou não de propositura da ação penal. E ao juiz cabe deferir o pedido, sob pena de indesejável incursão no papel do acusador.

A segunda questão diz respeito ao pedido de arquivamento. A autoridade policial não pode, de ofício, mandar arquivar os autos do inquérito policial (art. 17, do Código de Processo Penal). Compete ao Ministério Público formular um juízo de valor sobre seu conteúdo e decidir sobre a existência ou não de elementos aptos ao embasamento da acusação. Em caso negativo, deve requisitar o arquivamento do inquérito. E, de acordo com a legislação processual, cabe ao juiz competente ordená-lo, nos termos da cota ministerial. Nestas condições, as investigações somente poderão ser reabertas em caso de provas novas (art. 18, do Código de Processo Penal).

De acordo com o art. 28, do Código de Processo Penal, caso o magistrado discorde das razões invocadas no requerimento de arquivamento, deve determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, o qual poderá

oferecer a denúncia, indicar outro membro do *parquet* para fazê-lo, ou ainda insistir no pedido de arquivamento, ao qual estará o juiz obrigado a acatar⁴⁴.

Mais uma vez, a legislação processual atribui ao juiz função típica de órgão acusador, o que conflita com o sistema penal acusatório pregado pela Constituição Federal. Necessário, portanto, o reconhecimento de que o art. 28 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal.

Marco Antonio Marques da Silva, depois de observar que o Código de Processo Penal deve ser interpretado de acordo com os princípios constitucionais do estado democrático de direito, salienta que a permanência do referido art. 28 é “incompatível com a função específica de acusação pelo Ministério Público”⁴⁵

Ao determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, está o juiz, sem dúvida alguma, a emitir um juízo de valor sobre a necessidade da propositura da ação penal, invadindo atribuição que é exclusiva do Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, e também do art. 25, III, da Lei 8625/93.

Tanto é assim, que o projeto de lei nº 4.209/01, que trata da reforma do Código de Processo Penal na parte relativa à investigação criminal, dispõe, na nova redação do art. 28, que o Ministério Público, após a realização de todas as diligências cabíveis, convença-se da inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia, promovendo, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informações.

O projeto de lei, neste ponto, encontra-se mais próximo do modelo acusatório pregado pela Constituição Federal. A promoção de arquivamento do Ministério Público não passa pelo controle judicial, impedindo a intervenção do juiz na fase de formulação da acusação.

⁴⁴ No âmbito do Ministério Público Federal, nos termos do art. 62 da Lei Complementar 75/93 compete à Câmara de Coordenação e Revisão Criminal manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito ou peças de informação, excetuadas as hipóteses de competência originária do Procurador Geral da República.

⁴⁵ SILVA. Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e estado democrático de direito*, cit., p. 150.

Assim, retira-se do magistrado a possibilidade de determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral, em caso de não concordância em relação aos fundamentos invocados para arquivamento do inquérito.

Aliás, segundo o projeto, o juiz não mais intervém na fase investigatória, excetuada as hipóteses de decisão sobre medidas cautelares que implicam em restrições a direitos do indiciado, tais como quebra de sigilo bancário e fiscal, seqüestro e hipoteca de bens, prisões processuais, dentre outras. No mais, o inquérito tramita diretamente da autoridade policial para o Ministério Público, diminuindo entraves burocráticos, que tanto contribuem para o prolongamento da fase pré-processual.

Apesar do indiciado possuir garantias a serem observadas durante o trâmite do inquérito, tem ele natureza inquisitiva, pois, como sintetiza José Frederico Marques, “a polícia investiga o crime para que o Estado possa ingressar em juízo, e não para resolver uma lide, dando a cada um o que é seu”⁴⁶.

Assim, os elementos carreados nos autos do inquérito servem unicamente para formação do convencimento do Ministério Público acerca da necessidade ou não de propositura da ação penal. Não tem ela valor probatório, para efeitos de uma eventual condenação, justamente porque não é colhida em observância aos preceitos fundamentais do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal)⁴⁷.

Aliás, representa grave atentado aos postulados do processo penal equitativo, a admissão de imposição de sanção penal amparada por qualquer elemento colhido sem a observância do contraditório.

⁴⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, cit., vol.1, p. 149.

⁴⁷ Damásio E. de Jesus observa que, “de acordo com o STF, a decisão condenatória, apoiada exclusivamente no inquérito policial, contraria o princípio constitucional do contraditório (RTJ 67/74). Em outra oportunidade, o Pretório Excelso decidiu que o inquérito policial não pode ser sede de sentença condenatória, porquanto a prova testemunhal que nele se acolhe só adquire valor jurídico por intermédio de sua jurisdionalização, que só acontece no sumário (RTJ 59/789)” (*Código de Processo Penal Anotado*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 5)

Reconhece-se, no entanto, que determinadas provas, técnicas em especial, somente poderão ser produzidas de maneira eficaz na fase investigatória, sob pena de desaparecimento de vestígios, dentre outras questões. Nestes casos, para que tenham valor jurídico probatório, deve ser conferido ao averiguado o chamado “contraditório diferido”, ou seja, aquele que será realizado já no curso do processo, mesmo se tratando de material probatório produzido durante a fase investigatória.

3) A competência para efetivação das investigações criminais

A persecução penal possui dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal, cada qual atribuído a um órgão específico na estrutura estatal.

Segundo Antonio Evaristo de Moraes Filho, o legislador brasileiro optou pelo sistema “que estabelece uma diferenciação de funções, incumbindo à polícia a realização do inquérito, ainda que admitida certa vigilância por parte do Ministério Público. Enquanto para este último ficou atribuída a função de promover a ação pública, em regra com assento nos elementos coligidos pela polícia judiciária”⁴⁸.

No capítulo referente à “Segurança Pública”, dispõe a Constituição Federal o seguinte:

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

I – Polícia Federal;

II – Polícia Rodoviária Federal;

III – Polícia Ferroviária Federal;

IV – Polícias civis;

V – Polícias militares e Corpos de Bombeiros militares”.

⁴⁸ MORAIS FILHO, Antonio Evaristo de. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 19, 105-110, 1997, p. 107.

O § 4º do dispositivo referido estabelece 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”.

À polícia federal compete a apuração das infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outros delitos cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme (art. 144, § 1º, I, da Constituição Federal). Além disso, a essa instituição é atribuída a função do exercício exclusivo das funções de polícia judiciária da União (art. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal).

Portanto, a Constituição Federal atribui às polícias civil e federal, no âmbito das suas respectivas competências, a apuração das infrações penais e o exercício da atividade de polícia judiciária.

O art. 4º, do Código de Processo Penal, dispõe que “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração de infrações penais e da sua autoria”.

Apesar do nome “polícia judiciária”, trata-se de atividade administrativa do Estado. Como acentua José Frederico Marques, “a polícia judiciária tem esse nome porque prepara a persecução penal que vai ser levada a *juízo* por meio da ação penal. Além disso, a polícia funciona como órgão auxiliar do Juízo e do Ministério Público. Todavia, como já ressaltamos, suas funções têm caráter nitidamente administrativo”⁴⁹.

O parágrafo único do já referido art. 4º, do Código de Processo Penal, estabelece que a competência da autoridade policial, para o exercício da função de

⁴⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. 1, p. 148.

polícia judiciária, não exclui “a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

Assim, investigações criminais podem ser presididas, conforme dispuser a lei, por outras autoridades. De acordo com o art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/79, “quando, no curso da investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação”, cabendo aos regimentos internos dos Tribunais, definir como serão realizadas as investigações. O Ministério Público também possui forma análoga de averiguação de delitos e infrações penais para seus integrantes, nos termos do art. 41, parágrafo único, da Lei 8.625/93, competindo ao Procurador-Geral de Justiça, dar prosseguimento às apurações. As Comissões Parlamentares de Inquérito também possuem poderes investigatórios próprios de autoridade judicial, conforme preceitua o art. 58, § 3º, da Constituição Federal.

Até bem pouco tempo atrás, havia a função investigatória do juiz no chamado “inquérito judicial”, procedimento previsto na antiga Lei de Falências (art. 103 e ss., do Decreto-lei 7.661/45), cuja vigência, mesmo em face da Constituição de 1988, que procurou afastar o Magistrado da atividade investigatória, jamais foi recusada pelo Supremo Tribunal Federal.

A recente Lei nº 11.101/05, que regulamenta a recuperação judicial, a falência e a recuperação extrajudicial, suprimiu o “inquérito judicial”. Pelo novo modelo, será o Ministério Público intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, podendo, desde logo, promover a ação penal ou se entender necessário, requisitar a abertura de inquérito policial, que será conduzido pela autoridade policial competente (art. 187, *caput*). Há ainda um terceira alternativa que, na visão de Antonio Magalhães Gomes Filho, “certamente terá maior aplicação”⁵⁰. Trata-se da faculdade concedida ao *parquet* de aguardar a exposição circunstanciada do administrador judicial sobre as causas da falência e o

⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Breves anotações sobre o novo processo penal falimentar. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCrim, nº 148, março/2005, p. 12.

procedimento do devedor e outros responsáveis, no qual serão apontados eventuais ilícitos penais, devendo essa exposição ser instruída com laudo contábil (art. 186 e parágrafo único).

IV – A ATUAÇÃO DOS SUJEITOS DO PROCESSO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: JUIZ, MINISTÉRIO PÚBLICO, IMPUTADO, ADVOGADO E OFENDIDO

A investigação criminal, materializada, via de regra, pelo inquérito policial tem natureza inquisitiva. É inadequado, portanto, falar em atuação das partes na fase pré-processual.

No entanto, tendo o inquérito, por escopo, embasar uma ação penal a ser promovida Ministério Público, parece-nos claro que os agentes que nela atuarão também terão participação na fase pré-processual, até porque também a fase investigatória está subordinada a ordem jurídica e deve ser conduzida dentro da esfera da legalidade.

É justamente esta atuação dos agentes que analisamos neste capítulo.

1) JUIZ

O sistema acusatório, modelo processual pregado na Constituição Federal, tem como característica principal a separação das atribuições exercidas durante a persecução penal, ao contrário do que ocorre no sistema inquisitório, onde há concentração na pessoa do inquisidor.

A fase investigatória é totalmente destinada a instruir a atuação do Ministério Público, que é o titular da ação penal pública, ressalvada a exceção do art. 5º, LIX, da Constituição Federal, já comentada anteriormente.

Desta forma, deve “o juiz, nesta fase, permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaças de lesões a direitos e garantias individuais das partes ou para resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando então, exercerá atos de natureza jurisdicional”⁵¹.

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 25.

O inquérito policial deveria ter curso somente entre a autoridade policial, a responsável pela efetivação das investigações, e o Ministério Público, o seu destinatário final. Desnecessária a atuação judicial nesta fase, até porque é incabível a sua intervenção.

Como o inquérito tem prazo determinado em lei para ser concluído – 10 (dez) dias em se tratando de indiciado preso, e 30 (trinta), quando estiver solto (art. 10 do Código de Processo Penal)⁵² – deveria a autoridade policial solicitar diretamente ao Ministério Público, a dilação deste, caso as investigações ainda não tenham sido concluídas, cabendo a este órgão decidir sobre a conveniência do pedido. No entanto, pela sistemática atualmente em voga, o pedido de dilação de prazo passa pelo juiz que, depois de ouvido o representante do Ministério Público, decide a questão.

Depois de relatado o inquérito, se houver necessidade de diligências suplementares, indispensáveis ao oferecimento da denúncia, deve o *parquet* indicá-las em manifestação fundamentada e determinar o retorno dos autos para autoridade policial, a qual está obrigada a efetivá-las. Não é cabível que este pedido passe pelo prévio controle judicial, sob pena que interfira o Magistrado, de forma indevida, em função tipicamente acusatória, indicando, ele julgador, o que é ou não é indispensável para a formulação da acusação.

Na hipótese de arquivamento do inquérito, por não reunir este os elementos aptos a embasar uma denúncia, deverá o Ministério Público promovê-lo em manifestação devidamente fundamentada. Acreditamos que o art. 28 do Código de Processo Penal, que autoriza o Magistrado a determinar o envio dos autos ao Procurador-Geral de Justiça em caso de não concordância com os fundamentos do pedido de arquivamento, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Entendimento diverso ao acima exposto representa visível desvirtuamento do modelo acusatório, pois, neste caso, estaria o magistrado

⁵² Em se tratando de crime de competência da Justiça Federal, o prazo para término do inquérito com indiciado preso é de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 66, da Lei 5.010/66.

emitindo um juízo de valor sobre a necessidade de oferecimento da denúncia, atribuição esta exclusiva do Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal), obrigando-o a proceder da maneira que considera mais conveniente.

Ainda que no caso de aplicação do art. 28, do Código de Processo Penal, esteja a decisão final a cargo do Procurador-Geral de Justiça, ficando o magistrado a ela vinculado, acreditamos que a manifestação deste último sobre a qualidade da prova colhida na fase investigatória, e a indicação do próximo passo a ser tomado, não se coadune com o sistema acusatório.

O projeto de lei 4209/01, que trata da reforma do Código de Processo Penal na parte relativa a investigação criminal, mais atento às imposições do modelo processual acolhido pela Constituição, retira do inquérito policial a atuação judicial, estabelecendo o trâmite da autoridade policial diretamente ao Ministério Público e também extrai a possibilidade de envio dos autos ao Procurador-Geral.

No Estado do Rio de Janeiro, no âmbito da Justiça Federal, através do Provimento nº 95, de 28.01.1997, da Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o inquérito e as peças de informações não passam pelo Juízo, tramitando diretamente entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária (art. 1º)⁵³. Dentre os motivos alegados para tal procedimento está o fato de que “a remessa, distribuição e exame de inquéritos pelo Juiz traduzem atos, além de desprovidos de utilidade, ensejadores de demora nas investigações em detrimento da celeridade da prestação jurisdicional”.

O art. 5º, II, do Código de Processo Penal, autoriza o juiz a requisitar a instauração de inquérito policial. No entanto, consideramos que essa previsão só tinha cabimento em face da anterior ordem constitucional, que permitia ao magistrado até mesmo a iniciativa da ação penal em casos de contravenção penal,

⁵³ O art. 2º do provimento referido dispõe que “Somente serão submetidos à apreciação do Juiz competente os inquéritos policiais e peças de informações quando houver: a) denúncia ou queixa; b) pedido de arquivamento; c) procedimento instaurado a requerimento da parte, para instruir ação penal privada e que deva aguardar, em juízo, sua iniciativa (art. 19, do CPP); d) requerimento ou representação de medidas cautelares, tais como prisão provisória, busca e apreensão, seqüestro, afastamento de sigilo bancário, fiscal ou de comunicações, restituição de coisa apreendida, prorrogação de prazo para conclusão de inquérito policial nos casos de réus presos, produção antecipada de provas e outros”.

nos termos do art. 531, do Código de Processo Penal⁵⁴. No sistema acusatório, com a separação das atribuições relativas a persecução penal, inadmissível a requisição de inquérito policial pela autoridade judicial. Chegando ao seu conhecimento a eventual existência de determinado fato criminoso, deve encaminhar as peças necessárias ao representante do Ministério Público, exatamente como determina o art. 40 do Código de Processo Penal.

Na fase anterior ao ajuizamento da ação penal, a atuação do juiz cinge-se à tutela de violações ou ameaças de lesões a direitos e garantias individuais. Assim, há determinadas provas, que justamente por implicarem em restrições a direitos fundamentais, só poderão ser obtidas mediante autorização judicial. São exemplos típicos: interceptação telefônica e quebra de sigilo bancário e fiscal. Já as prisões processuais, excetuada a prisão em flagrante, também só poderão ser determinadas pela autoridade judicial competente (art. 5º, LXI, da Constituição Federal), assim como as medidas assecuratórias (seqüestro, hipoteca legal, etc.).

Nos crimes falimentares havia previsão de inquérito judicial, presidido pelo magistrado, para averiguação de delitos dessa natureza (arts. 103 e ss. do Dec.-lei 7661/45), o qual foi extinto pela nova Lei de Falências (Lei 11101/05). Pela nova sistemática, incumbe ao Ministério Público, depois de intimado da sentença declaratória da falência ou que concede a recuperação judicial, requisitar a instauração de inquérito policial, que será presidido pela autoridade policial (art. 187 da Lei 11101/05). Como ocorre nos demais casos, pode o representante do *parquet* prescindir do inquérito e promover, desde logo, a ação penal, desde que disponha de elementos suficientes para tanto (art. 187 da Lei 11101/05). A nova legislação falimentar faculta ainda ao órgão ministerial, aguardar a manifestação do administrador judicial sobre as causas da falência, o procedimento do devedor e de outros responsáveis, na qual serão apontadas possíveis infrações penal (art. 187, parágrafo único, da Lei 11101/05), exposição esta que deverá ser instruída com o laudo contábil (art. 186 e parágrafo único da Lei 11101/05).

⁵⁴ O Supremo Tribunal Federal já entendeu que o dispositivo foi revogado pela Constituição Federal em face da exclusividade conferida ao Ministério Público para a propositura da ação penal pública, RTJ 137/906.

Mesmo antes dessa revogação expressa operada pela nova lei falimentar, considerávamos que a função investigatória do juiz, prevista no Dec.-lei 7661/45, não havia sido recepcionada pela Constituição Federal em função da opção pelo sistema processual acusatório (art. 129, I), cuja característica marcante é justamente a separação dos agentes responsáveis pelas diferentes fases da persecução penal, também pela atribuição às polícias civis das funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, exceto as militares, ressalvada a competência da União (art. 144, § 4º).

2) Ministério Público

A Constituição Federal estabelece, como funções institucionais do Ministério Público, dentre outras, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII), bem como a requisição de diligências investigatórias e instauração de inquéritos policiais (art. 129, VIII)⁵⁵.

Como incumbe ao órgão ministerial o ajuizamento da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição Federal), o inquérito policial, sendo dela medida preparatória, deve ser encaminhado ao seu representante. Com efeito, o Ministério Público é o destinatário final das investigações.

Durante o seu curso, pode o *parquet* requisitar, a qualquer momento, a efetivação de determinada diligência que julgar relevante para formulação da *opinio delicti*. Mesmo ao término da investigação, com a elaboração do relatório pela autoridade policial (art. 10, § 1º, do Código de Processo Penal), pode o Ministério Público requerer a devolução dos autos para a polícia para realização de diligência complementar, bastando indicá-la em sua manifestação (art. 16, do Código de Processo Penal).

O termo final da fase investigatória é a manifestação ministerial de arquivamento dos autos ou de propositura da ação penal. O relatório da autoridade

⁵⁵ A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625/93) estabelece em seu art. 26, IV, que cabe aos seus membros “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”.

policial tem caráter meramente informativo e não se presta a indicar o término do inquérito, pois em qualquer hipótese, pode o Ministério Público pleitear a realização de novas diligências.

Esta indicação de diligências complementares por parte do órgão ministerial não implica em indevida interferência na função da autoridade policial, mas sim, no exercício da atribuição de controle externo da atividade policial que lhe é conferida pela Carta Magna.

A possibilidade do Ministério Público acompanhar a realização de diligências investigatórias pela autoridade policial, além de prevista em lei (art. 26, IV, da Lei 8625/93), também é própria da função institucional de controle externo da atividade policial.

Sobre a possibilidade do juiz indeferir o pedido de diligências formulado pelo órgão ministerial, no curso das investigações, este procedimento representa indevida interferência judicial na função acusatória. Quem deve julgar sobre a pertinência e a relevância da diligência na fase pré-processual é o órgão ministerial, já que a ele incumbe a formação da *opinio delicti* para eventual propositura da ação penal.

Por esta razão é que o inquérito policial deveria tramitar diretamente entre a autoridade policial e o Ministério Público, exatamente como estabelece o projeto-de-lei 4209/01, reservando-se ao juiz apenas o controle judicial sobre medidas que impliquem em restrições a direitos fundamentais do cidadão.

Ainda no tema da atuação do Ministério Público na fase investigatória, deve ser tratada a questão acerca da possibilidade do Promotor de Justiça exercer diretamente a função investigatória, em substituição à autoridade policial.

Este ponto, mercê de acaloradas discussões que tem suscitado, será tratado em tópico específico.

3) Imputado, advogado e ofendido

A fase investigatória tem natureza inquisitiva. O inquérito policial não é processo, pois não se presta a resolver litígio. Assim, não têm aplicação as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as quais, nos termos da disposição da Carta Polícia, estão relacionadas a “processo judicial ou administrativo”⁵⁶.

Entretanto, é inegável que o indiciado tem direitos fundamentais que devem ser preservados no curso da investigação, dentre os quais destacam-se o de ser assistido por advogado, o de não se incriminar e o de permanecer em silêncio, garantias estas expressas no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

Na redação do dispositivo constitucional citado no parágrafo anterior consta que as garantias ali explicitadas são direcionadas ao “preso”. No entanto, o direito ao silêncio e à assistência do defensor técnico são estendidas a todos os acusados em geral, ainda que soltos. Na fase investigatória, ao indiciado, e também ao sujeito alvo de investigação, ainda que não formalmente considerado como indiciado, são assegurados tais direitos.

Tratando especificamente do direito ao silêncio, nos termos previstos no art. 5º, LXIII, Eugênio Pacelli de Oliveira observa que “não será preciso, então, qualquer esforço para se concluir que embora referido unicamente ao *preso*, o direito ao silêncio há de ser aplicado em qualquer fase processual, pois se este (o preso) não pode ser compelido a prestar quaisquer declarações diante de uma autoridade pública, não haveria razão alguma que justificasse uma ressalva desse direito em relação ao Judiciário”⁵⁷.

Em sendo o acusado sujeito de direitos e não simples objeto de repressão estatal, não tem dever algum de colaborar com a persecução penal, mormente no fornecimento de elementos que o prejudiquem. Assim, mesmo durante

⁵⁶ “Art. 5, LV – aos litigantes, **em processo judicial ou administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (g.n.).

⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 207.

o trâmite do inquérito policial, pode se calar ou até mentir, sendo certo que seu silêncio jamais poderá ser interpretado em prejuízo da sua defesa (art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

Não se pode conceber o acusado como meio de prova. A liberdade para apresentar a versão que lhe convier sobre os fatos ou mesmo de calar-se diante da imputação, deve ser preservada, pois é elemento ínsito ao direito de defesa.

Deve ser assegurado ao indiciado o direito à assistência de advogado em todos os atos em que venha a participar. Deve lhe ser garantida entrevista prévia, pessoal e reservada com o defensor técnico, mesmo quando colocado em regime de incomunicabilidade (arts. 21, *caput*, e parágrafo único, do Código de Processo Penal, e 7º, VIII, da Lei 8.906/94).

Assim, o advogado tem participação ativa no inquérito policial, mesmo não sendo este um procedimento de cunho contraditório. Atua prestando assistência ao investigado, em todos os atos que demandem sua participação, especialmente para preservação das garantias do silêncio e da não-incriminação. Pode também requerer, em nome do seu constituinte, diligências de seu interesse, cuja efetivação ficará ao critério da autoridade policial (art. 14, do Código de Processo Penal).

Em face desta necessidade de autuação, deve o advogado ter direito de acesso aos autos do inquérito policial, podendo dele extrair cópias e tomar apontamentos, nos precisos termos do art. 7º, XIV, do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94)⁵⁸.

O sigilo das investigações, quando necessário à elucidação do fato, ou quando exigido pelo interesse social, deve ser preservado pela autoridade policial (art. 20, do Código de Processo Penal). Mas não pode, de nenhuma forma, ser

⁵⁸ “Art. 7º. São direitos do advogado:

(...)

XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.

estendido ao advogado, sob pena de tornar inacessíveis os direitos fundamentais assegurados ao investigado.

É evidente que a assistência técnica do defensor ao indiciado – e não a assistência material ou emocional que devem ser proporcionadas pela família – não poderá ser levado a bom termo se lhe for sonegado o direito ao acesso dos autos do inquérito policial⁵⁹.

Em relação ao ofendido, este também pode contar com a assistência de advogado em todos os atos da investigação dos quais deva participar. Pode ainda, com ou sem a assistência técnica, provocar a instauração do inquérito policial (art. 5º, II, do Código de Processo Penal) e requerer diligências, cuja conveniência para a realização será decidida pela autoridade policial (art. 14, do Código de Processo Penal).

⁵⁹ O aparente conflito de normas existente entre a prerrogativa do advogado e o interesse social do sigilo das investigações foi resolvido pelo Supremo Tribunal Federal em favor da aplicação irrestrita do preceito legal autorizador de acesso dos autos do inquérito policial ao defensor constituído (HC nº 82.354-8/PR, 1ª T, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.08.04, DJU 24.09.04).

V – ANÁLISE SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO REALIZAR A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O PROCESSO PENAL EQUITATIVO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO ENTRE AS FUNÇÕES DE INVESTIGAÇÃO E ACUSAÇÃO

O assunto tem sido alvo de intensos e vibrantes debates, tanto na doutrina, como na jurisprudência, com argumentos abalizados, sendo lançados tanto em favor do reconhecimento da função investigatória do Ministério Público como também pela sua rejeição.

Apesar de expressamente optar pelo sistema acusatório, é visível que o ordenamento jurídico pátrio possui algumas imperfeições que não chegam a afetar a opção do constituinte, e outras que representem um autêntico desvirtuamento do modelo acusatório. Resta, portanto, analisar se a investigação imprimida por membro do *parquet* se situa na primeira ou na segunda hipótese levantada.

1) Direito comparado

Como destacado pelo Desembargador Walter Guilherme “no direito comparado nenhuma estranheza causa permitir ao Ministério Público a empreender investigação criminal, como ocorre, com previsão expressa, na Itália, Alemanha, Portugal e França, para não dizer nos Estados Unidos da América, onde existe uma verdadeira subordinação da polícia ao Promotor de Justiça (o Gabinete do Promotor)”⁶⁰.

Mesmo em países onde predomina o sistema acusatório, existe autorização legislativa para que o Ministério Público empreenda investigações no âmbito criminal. Assim é a legislação processual italiana, já afastado o modelo anterior, tipicamente inquisitório:

“Art. 326. Finalidade das investigações preliminares.

⁶⁰ voto condutor proferido no *Habeas Corpus* nº 394.150.3/5, Comarca de São André, julgado em 05.11.02, pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado no DO de 10.03.03.

1- O Ministério Público e a polícia judiciária realizam, no âmbito das respectivas atribuições, as investigações necessárias para as determinações inerentes ao exercício da ação penal.

Art. 327. Direção das investigações preliminares

1- O Ministério Público dirige as investigações e dispõe diretamente da polícia judiciária que, mesmo ainda depois da comunicação da notícia de crime, continuando a realizar atividade de iniciativa própria segundo as modalidades indicadas nos sucessivos artigos.

Art. 358. Atividade de investigação do Ministério Público.

1- O Ministério Público completa toda a atividade necessária aos fins indicados no art. 326 e realiza, outrossim, averiguações sobre os fatos e as circunstâncias a favor da pessoa submetida à investigação.

Art. 370.- Atos diretos e atos delegados.

1-O Ministério Público completa pessoalmente qualquer atividade da investigação. Pode valer-se da polícia judiciária para o cumprimento da atividade de investigação e de atos especificamente delegados, aqui compreendidos os interrogatórios (375, 388) e os confrontos (211) dos quais participa a pessoa submetida à investigação que se encontra em estado de liberdade, com a assistência do defensor”⁶¹.

O Código de Processo Penal português trata da instrução preparatória que tem por escopo fundamentar a acusação. O Art. 14, do Decreto-lei 35.007/45, estabelece que “direcção da instrução preparatória” é atribuição do Ministério Público, podendo contar com o auxílio das autoridades e agentes policiais.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, “como órgão encarregado de promover a perseguição das infracções, compete ao Ministério Público, antes de tudo, proceder à sua completa investigação e ao seu possível esclarecimento. Para

⁶¹ COGAN, José Pinheiro Machado. Do poder investigatório do Ministério Público no Brasil e no Mundo. Disponível em internet: www.tacrim.sp.gov.br, 23.09.04.

lhe permitir a plena realização desta finalidade atribui-lhe a lei (art. 14º do DL nº 35.007) a ‘direcção da instrução preparatória’, que o Ministério Público exercerá com observância das máximas que regulam a sua actividade, nomeadamente o ‘princípio da legalidade’ e o ‘dever de objectividade’⁶².

Há reforço desse posicionamento no próprio estatuto processual português. Na direcção do inquérito policial, o Ministério Público conta com apoio dos órgãos da polícia criminal, “os quais estão sob sua direta orientação e dependência funcional”⁶³. Tanto é assim, que o art. 270, n. 1, estabelece que o órgão ministerial pode “conferir a órgãos de polícia criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito”.

O Código de Processo Penal alemão estabelece expressamente a possibilidade do representante do Ministério Público efetuar pessoalmente atos de investigação.

“§ 160. Tão logo o Ministério Público tome conhecimento da suspeita de uma ação punível por uma denúncia ou por outra via, tem que averiguar os fatos para tomar sua decisão sobre se a ação pública deve ser promovida.

§ 161. Para o fim designado no parágrafo anterior o Ministério Público pode exigir informações de todos os funcionários públicos e praticar por si mesmo ou determinar a prática por autoridades ou funcionários da polícia de qualquer tipo de diligência, com exceção dos interrogatórios sob juramento. As autoridades e funcionários da polícia estão obrigados a cumprir o requerimento ou solicitação do Ministério Público”⁶⁴.

⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, cit., 1º vol., p. 395.

⁶³ SILVA, Marco Antonio Marques da. A reforma do direito processual penal português – celeridade e garantias constitucionais. In: *Tratado temático de processo penal*. SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, 318-336, p. 322.

⁶⁴ COGAN. José Damião Pinheiro Machado. Do poder investigatório do Ministério Público no Brasil e no mundo, cit., p. 5: § 160. Tan e pronto el ministerio público entra en conocimiento de la sospecha de una acción punible por una denuncia o por otra vía, tiene que averiguar los hechos para tomar su decisión sobre si la acción pública debe ser promovida. § 161. Para el fin designado en el parágrafo anterior el ministerio puede exigir información de todos los funcionarios públicos y practicar por sí

Assim, mesmo em países onde o modelo processual adotado é predominantemente acusatório, faculta-se ao MP imprimir diretamente atos de investigação, podendo contar com auxílio das autoridades e agentes policiais ou ainda delegá-los diretamente a outros órgãos, em especial à própria polícia judiciária.

2) A legislação pátria

A Constituição Federal atribui à polícia federal o exercício exclusivo das funções de polícia judiciária da União (art. 144, IV) e às polícias civis, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária bem como a apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º). Também o Código de Processo Penal, estabelece que “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim, a apuração de infrações penais e da sua autoria” (art. 4º).

Há ressalvas em relação à regra geral expressamente contempladas na legislação, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito, previstas no art. 58, § 3º, da Constituição Federal, das apurações onde há indícios de prática criminosa atribuída a magistrado, cuja competência investigatória é do Tribunal ao qual está afeto (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/79) e das averiguações relacionadas a membros do Ministério Público, atribuídas ao Procurador Geral de Justiça (art. 41, parágrafo único da Lei 8.625/93).

Entretanto, cremos que, por mais que se tenha tentado sustentar o contrário, não há no ordenamento jurídico pátrio autorização legislativa para o Ministério Público empreender diretamente atos próprios de investigação criminal, ignorando que são estes atribuídos à polícia federal e às polícias civis, no âmbito de suas respectivas competências.

mismo o hacer practicar por autoridades o funcionarios de la policía cualquier clase de diligencias con exclusión de interrogatorios bajo juramento. Las autoridades y funcionarios del servicio de policía están obligados a satisfacer el requerimiento o comisión del ministerio público. (La Odernanza Procesal Penal Alemana, Vol. II, organizado por Julio B. J. Maier, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982).

O que não mais se discute é que o Ministério Público pode prescindir do inquérito policial para propor a ação penal, conforme expressamente estabelece o art. 39, § 5º, do Código de Processo Penal, desde que disponha de peças de informações ou elementos outros, que indiquem a autoria delitiva e atestem a materialidade. Caso contrário, deve requerer à autoridade policial a instauração do inquérito policial, podendo, durante o seu trâmite, indicar diligências a serem efetivadas (art. 16, do Código de Processo Penal) e acompanhar diretamente a realização de todos os atos relativos à investigação.

3) Os argumentos doutrinários favoráveis à tese ampliadora das funções do Ministério Público

Respeitáveis opiniões defendem a tese da possibilidade do órgão ministerial exercer diretamente função tipicamente investigatória no âmbito criminal. Julio Fabbrini Mirabete assevera que “os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes não são exclusivos da polícia judiciária, ressalvando-se expressamente a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas. Tem o Ministério Público legitimidade para proceder às investigações e diligências conforme determinarem as leis orgânicas estaduais”⁶⁵.

Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, argumenta: “De um lado, enquanto a Constituição deu exclusividade à Polícia Federal para desempenhar as funções de Polícia Judiciária da União, o mesmo não fez quanto à Polícia estadual (cf. art. 144, § 1º, IV, e § 4º); de outro, o Ministério Público tem poder investigatório previsto na própria Constituição, poder este que não está obviamente limitado à área não penal (art. 129, VI e VIII). Seria um contra-senso negar ao único órgão titular da ação penal pública, encarregado de formar a *opinio delicti* e promover em juízo a defesa do *jus puniendi* do Estado soberano (...), a possibilidade de investigação direta de infrações penais, quando isto se faça necessário”⁶⁶.

⁶⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 37/38.

⁶⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 228.

Eugênio Pacelli de Oliveira observa que “a legitimação do *parquet* para a apuração de infrações penais tem, de fato, assento constitucional, nos termos do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal, regulamentado, no âmbito do Ministério Público Federal, pela Lei Complementar 75/93, consoante o disposto nos arts. 7º e 8º. Também o art. 38 da mesma Lei Complementar 75/93 confere ao *parquet* a atribuição para *requisitar inquéritos e investigações*”⁶⁷.

Em suma, os argumentos que abraçam a tese de que se insere dentre as funções institucionais do Ministério Público a atividade investigatória têm os seguintes fundamentos:

1 – A chamada “teoria dos poderes implícitos”, segundo a qual a Constituição ao conceder determinada atividade a um dado órgão ou instituição, acaba por, implicitamente e simultaneamente, atribuir ao mesmo todos os meios necessários para a consecução da finalidade inerente àquela atividade. Assim, se o Ministério Público é o titular constitucional da ação penal pública (art. 129, I), deve lhe ser assegurado os meios necessários para a realização desse objeto com a maior efetividade possível.

2 – O Ministério Público tem poderes investigatórios autorizados pela Constituição Federal. O art. 129, VI, estabelece, como função institucional do órgão, a expedição de “notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva. Já o art. 129, VIII, dispõe da possibilidade de “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

3 – Na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93) também estão estipuladas atividades investigatórias. O art. 26, I, determina que compete ao seu representante instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes. O inciso IV do mesmo dispositivo estabelece a função de “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e do

⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*, cit., p. 37.

inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los”.

4 – A Lei Complementar nº 75/90, em seu art. 8º, IV, assevera competir ao Ministério Público, para o exercício de suas atribuições institucionais, “realizar inspeções e diligências investigatórias”. Cabe-lhe ainda, nos termos no mesmo dispositivo, notificar testemunhas (inciso I), requisitar informações, exames, perícias e documentos às autoridades da Administração Pública direta e indireta (inciso II) e requisitar documentos e informações a entidades privadas (inciso IV).

5 – O art. 47 do Código de Processo Penal autoriza o Ministério Público, quando julgar necessário, a requisitar diretamente para quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los, esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção.

6 – A Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça definiu que “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

7 – O inquérito policial é peça meramente informativa com função única de fornecer os elementos necessários para o oferecimento da ação penal. No entanto, pode o Ministério Público valer-se de elementos idôneos outros para este fim, justificando o seu convencimento com base nas conclusões das Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º, da Constituição Federal), de inquéritos administrativos, auditorias (art. 102 da Lei 8666/93), peças de processos judiciais (art. 40 do Código de Processo Penal), processos tributários (art. 83 da Lei 9430/96), dentre outros. Assim, se pode o Ministério Público utilizar-se das mencionadas peças para fundamentar o seu convencimento acerca da propositura da ação penal, pode também buscar diretamente estes elementos de prova ou indícios, através de procedimentos e diligências investigatórias, substitutivos ou complementares ao inquérito policial⁶⁸.

⁶⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Pode o Ministério Público investigar diretamente ilícitos criminais? Disponível em internet: www.ibccrim.org.br, 22.08.03.

8 – Após enumerar as funções institucionais do Ministério Público a Constituição Federal estabelece, em seu art. 129, IX, que também lhe compete “exercer outras atividades que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. Desta forma, a atividade investigatória do Ministério Público, por ser compatível com as demais previstas pelo art. 129, é admitida pela Constituição Federal⁶⁹.

São estes, de forma sintética, os fundamentos invocados para sustentar a possibilidade do Ministério Público realizar investigações de cunho criminal. No entanto, explicitados esses embasamentos jurídicos, mantemos nossa posição acerca da inexistência de autorização legislativa expressa conferindo ao MP o exercício de tal atividade.

4) A orientação jurisprudencial que admite a função investigatória do Ministério Público em sede criminal

A jurisprudência, assim como a doutrina, também não apresenta um entendimento uníssono sobre a investigação criminal efetuada por membros do Ministério Público. Estamos, por enquanto, longe de uma pacificação.

Diversos Tribunais já tiveram oportunidade de examinar o tema e, neste momento, faremos referência a julgados que consideraram cabível, em face do ordenamento jurídico vigente, a realização de atos próprios de investigação penal pelo órgão ministerial.

No Superior Tribunal de Justiça esta orientação encontra-se consagrada em ambas as Turmas criminais. Da 5ª Turma extraímos os seguintes precedentes:

⁶⁹ Ada Pellegrini Grinover sustenta que as funções investigativas do Ministério Público são “perfeitamente compatíveis com o exercício privativo da ação penal pública, função institucional expressamente prevista no inc. I do art. 129 da Constituição”. Mais adiante, reconhece que, apesar da permissão constitucional, somente a lei poderia atribuir tal atividade ao MP. Por fim, ressalta a inexistência de lei complementar tendente a expressa e especificamente estabelecer funções investigativas penais aos órgãos ministeriais (Investigações pelo Ministério Público. In: *boletim IBCCrim*, São Paulo, Dezembro/2004, nº 145, p. 4).

“- A questão objetiva, acerca da possibilidade do Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta eg. Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal.

- Ora, se o inquérito é dispensável e assim diz expressamente o art. 39, § 5º, do CPP e se, o Ministério Público pode denunciar com base apenas nos elementos que tem, nada há que imponha a exclusividade às polícias para investigar os fatos criminosos sujeitos à ação penal pública.

- A Lei Complementar nº 75/90, em seu art. 8º, inciso IV, diz competir ao Ministério Público, para o exercício das suas atribuições institucionais, ‘realizar inspeções e diligências investigatórias’. Compete-lhe ainda, notificar testemunhas (inciso I), requisitar informações, exames, perícias e documentos às Autoridades Públicas direta e indireta (inciso II) além de requisitar informações e documentos a entidades privadas (inciso IV).

- (...)”⁷⁰.

⁷⁰ HC nº 27.113/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17.06.03, DJU, DJU 29.09.2003.

Julgado mais recente, do qual participaram quase todos os Ministros integrantes da composição atual da 5ª Turma, com exceção do Min. Arnaldo Esteves de Lima, encontra-se assim argumentado:

“A titularidade plena do Ministério Público ao exercício da ação penal, como preceitua o inciso I, do artigo 129, da Constituição Federal, necessariamente legitima a sua atuação concreta na atividade investigatória, bem como o material probatório produzido. Por essa razão, a promoção investigatória do órgão acusatório, nos termos do comando constitucional, reveste-se de legalidade, sobretudo porque lhe é conferida, a partir dela, a indicação necessária à formação da opinião sobre o delito. (...)”⁷¹.

Vale ainda a referência a outro julgado da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Min. Gilson Dipp:

“Tem-se como válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos, para fins de oferecimento da peça acusatória. A simples participação na fase investigatória, coletando elementos para o oferecimento da denúncia, não incompatibiliza o Representante do *Parquet* para a propositura da ação penal. A atuação do Órgão Ministerial não é vinculada à existência do procedimento investigatório policial – o qual pode ser eventualmente dispensado para a propositura da acusação (...)”⁷².

Da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça não localizamos nenhum precedente da lavra dos Ministros que atualmente a integram. Não obstante, a orientação até então proclamada reconhecia a legitimidade da atuação investigativa

⁷¹ HC nº 31.408/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 18.12.03, DJU 22.03.2004.

⁷² HC nº 8106/DF, j. 03.04.01, DJU 04.06.2001.

do Ministério Público, de acordo com as seguintes manifestações expressas em julgados da Turma:

“Para a propositura da ação penal pública, o Ministério Público pode efetuar diligências, colher depoimentos e investigar os fatos, para o fim poder oferecer denúncia pelo verdadeiramente ocorrido”⁷³.

No mesmo sentido :

“Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido da dispensabilidade do inquérito policial para propositura da ação penal pública, podendo o *Parquet* realizar atos investigatórios para fins de eventual oferecimento de denúncia, principalmente quando os envolvidos são autoridades policiais, submetidos ao controle externo do órgão ministerial”⁷⁴.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, através da 3ª Câmara Criminal, adotou o mesmo posicionamento quando do julgamento do Habeas Corpus nº 394.150.3/5, da Comarca de Santo André⁷⁵. Do voto condutor do Desembargador Walter Guilherme constam, em síntese, os seguintes fundamentos para embasar a função investigatória do MP:

“A possibilidade de, o Ministério Público encetar a investigação criminal tem pleno assentimento no artigo 129 da Constituição da República. (...)”.

“Para o ajuizamento de ação penal pública, com a inerente expectativa de sucesso, deve o Ministério Público atuar eficientemente, realizando diligências quando necessário. (...)”

⁷³ RHC 8025/PR, Rel. Min. Vicente Leal, j. 01.12.1998, DJU 18.12.1998.

⁷⁴ RHC 11670/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 13.11.2001, DJU 04.02.2002.

⁷⁵ j. 05.11.02, DO 10.03.03.

“Mas resta ainda o inciso IX do artigo 129 da Constituição, a dizer que é deferido ao Ministério Público exercer outras atividades compatíveis com sua finalidade. Naturalmente que, dentre elas, incluem-se os poderes próprios de investigação, que não podem ser negados porque são inerentes às suas funções constitucionais em matéria penal”.

“(...) outras autoridades administrativas diversas da Polícia Judiciária podem exercer a função investigatória (...)”.

Passando para a legislação infra-constitucional, a decisão invoca os arts. 27, I, e 26, incisos I, II e V, da Lei 8625/93. Traz à colação também a Lei Complementar nº 75/93 que “corroborava e reforça os dispositivos da LONMP”, especialmente nos arts. 7º e 8º.

Menciona ainda precedentes jurisprudenciais do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo: “da 6ª Câmara Criminal (HC 371.742-3/9-00, rel. Des. Lustosa Goulart, j. 28.02.2002), da 2ª Câmara Criminal (HC 379.299-3/4-00, rel. Des. Almeida Braga, j. 17.06.2002) e desta 3ª Câmara Criminal (HC 394.804.3/0, j. 8.10.2002, rel. Des. Luiz Pantaleão (...))”.

5) Os argumentos doutrinários refratários à função investigatória do Ministério Público em sede criminal

Depois de analisadas doutrina e jurisprudência que adotam o entendimento ampliativo acerca da participação do Ministério Público nas investigações criminais, resta a análise do posicionamento contrário, que igualmente encontra-se bastante difundido.

Em monografia específica sobre o tema, Rogério Lauria Tucci observa que as preceituações constitucionais definem, com clareza, as funções institucionais do órgão ministerial, as quais, naquilo que interessa ao presente estudo, encontram-se estabelecidas nos incisos, I, VI, VII e VIII, do art. 129.

De outra banda, prossegue o citado autor, os regramentos concernentes à Polícia vêm estatuídos no Capítulo III, intitulado “Da segurança Pública”, do Título V da Constituição Federal, especialmente no art. 144, incisos I e IV, os quais atribuem à polícia federal e às polícias civis, a competência para prevenir e apurar infrações penais, excetuadas as militares, e de exercer as funções de polícia judiciária.

Assim, conclui que não há “como confundir, posto que bem definidas as instituições ministerial e policial, a finalidade e o campo de atuação de cada uma delas, assim como as respectivas atribuições”⁷⁶.

Ainda na linha da vedação constitucional, Antonio Scarance Fernandes, após asseverar que a Carta Magna previu um avanço da participação do Ministério Público na fase investigatória ao estabelecer o controle externo da atividade policial, observa que os fundamentos invocados para outorgar ao Promotor de Justiça atividade própria de investigação são os arts. 129, VI, da Constituição Federal e 26, incisos I, alíneas *a* e *b*, e II, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625/93)⁷⁷.

Contudo, considera que as prescrições contidas nos dispositivos citados não revelam a possibilidade do exercício de “atividade que substituiria integralmente a atividade de polícia judiciária, exercida pela autoridade policial, prescindindo-se do inquérito policial. E prossegue o autor, “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, VII, foi o acompanhamento do inquérito policial pelo promotor de justiça. O art. 129, VIII, da Constituição Federal, só possibilitou ao Ministério Público ‘requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, de 12

⁷⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 75/76.

⁷⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 254/255.

de fevereiro de 1993), em seu art. 26, IV, também só atribuiu à referida Instituição as mesmas atividades autorizadas pela norma constitucional (art. 129, VIII)⁷⁸.

Antonio Evaristo de Moraes Filho obtempera que o legislador brasileiro optou pelo sistema que estabelece uma diferenciação de funções, ficando a parte investigatória a cargo da polícia, ainda que admitida certa vigilância por parte do Ministério Público e este último, com o encargo de promover a ação penal pública, com base, geralmente, nos elementos coligidos pela polícia judiciária⁷⁹.

Verificou ainda que, tanto o texto constitucional, como a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8625/93) que o regulamentou, adotaram critérios distintos em matéria de investigações preparatórias: “no campo civil, cabe ao Ministério Público instaurar o inquérito civil ou outros procedimentos administrativos pertinentes, ao curso dos quais se permite que realize diretamente diligências, inclusive a colheita de depoimentos (item I e alíneas do art. 26, cit.). Já em sede penal, matéria prevista em item diverso (IV) do mesmo art. 26, lhe é facultado meramente requisitar diligências ou abertura de inquéritos, podendo acompanhá-los. Aliás, é atribuição do Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para “acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória” (art. 10, IX, e, da Lei 8.625, cit.)”⁸⁰.

Luís Guilherme Vieira, após enumerar as funções institucionais do Ministério Público previstas no art. 129, da Constituição Federal, aduz que “é impossível ter outra exegese – o *Parquet* promoverá, além da ação penal pública, o inquérito civil e a ação civil pública, podendo expedir notificações para requisitar documentos, no âmbito dos procedimentos administrativos de sua competência, quais sejam os inquéritos civis públicos e outros (os tais ‘correlatos’, art. 38, I, da Lei Orgânica 75/1993, como, por exemplo, os preparatórios de ação de inconstitucionalidade ou representação por intervenção). Não há como se concluir

⁷⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 254/255.

⁷⁹ MORAIS FILHO, Antonio Evaristo. O Ministério Público e o inquérito policial, cit., p. 109.

⁸⁰ MORAIS FILHO, Antonio Evaristo. O Ministério Público e o inquérito policial, cit., p. 109.

de maneira diferente, a não ser sofismando. Não pode o *Parquet*, por falta de competência legal, realizar investigação criminal”⁸¹.

Ainda na esfera da ausência de previsão constitucional para dispor o Ministério Público de poderes investigatórios, Guilherme de Souza Nucci, após explicitar todas as atribuições conferidas à instituição pelo texto constitucional, sustenta que não lhe é constitucionalmente assegurado “produzir sozinho, a investigação, denunciando a seguir quem considera autor da infração penal, excluindo integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz. E prossegue na sua argumentação: “o sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa. Note-se que, quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal, é supervisionada pelo Ministério Público e pelo Juiz de Direito. Este, ao conduzir a instrução criminal, tem a supervisão das partes – Ministério Público e advogados. Logo, a permitir-se que o Ministério Público, por mais bem intencionado que esteja, produza sozinho investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisaria ser, significa quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração penal”⁸².

No Estado de São Paulo, um ato do Colégio da Procuradoria de Justiça, de nº 98/96, pretendeu dispor da possibilidade dos Promotores de Justiça realizarem diretamente a investigação criminal. Por ocupar, na ocasião, o cargo de Secretário da Segurança Pública, o constitucionalista José Afonso da Silva, em 16.11.1996, elaborou parecer contestando tal pretensão e alertando para impossibilidade de invasão de competência delimitada constitucionalmente. Segundo suas conclusões:

“O procedimento administrativo, referido no dispositivo (art. 26 do Ato 98/96) é uma contrafacção do inquérito civil previsto no inc. II o art. 129, da Constituição, que não pode ser transmutado em mal

⁸¹ VIEIRA, Luís Guilherme. *O Ministério Público e a investigação criminal*. Rio de Janeiro: OAB/RJ, 2.004, p. 10/11.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003, p. 65.

disfarçada forma de inquérito policial, porque tem destinação própria qual seja servir de peça informativa prévia à propositura da ação civil pública para fins ali previstos. A apuração das infrações penais é uma das atribuições exclusivas da polícia civil, que se encontra expressamente prevista no art. 144, § 4º, da Constituição Federal”.

Por fim, destacou o professor que “o tal procedimento administrativo é, na verdade, um expediente de invasão de competência, desprovido de base legal”⁸³.

Adotando posicionamento diverso, mas igualmente refratário da atividade investigatória do Ministério Público em sede penal, Ada Pellegrini Grinover, sustenta que a Constituição Federal “se encarrega de abrir uma válvula de escape” na enumeração das funções institucionais do órgão ministerial, válvula esta expressa no inciso IX, do art. 129, segundo o qual também lhe incumbe “exercer outras funções que lhe foram conferidas, desde que compatíveis com suas finalidades (...)”⁸⁴.

Assim, cabe a indagação sobre ser a função investigatória compatível com as demais expressas nos incisos I a VIII do art. 129, indagação esta a qual a autora responde de maneira afirmativa, tendo em vista a previsão constante do inciso I, segundo a qual confere-se ao MP o exercício privativo da ação penal pública⁸⁵.

Apesar de encontrar assento constitucional para a atividade investigatória do Ministério Público, reconhece Ada Pellegrini Grinover que somente a lei poderia estabelecer tal competência, desde que o fizesse de maneira expressa e específica, em razão do princípio da reserva legal e também em face do disposto no art. 128, § 5º, da CF, no sentido de que as atribuições do Ministério Público serão estabelecidas por leis complementares⁸⁶.

⁸³ 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 – Competência exclusiva das polícias. São Paulo: 16.11.1996.

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público, cit., p. 4/5.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público, cit., p. 4/5.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público, cit., p. 4/5.

Por fim, constatou a autora a ausência de lei dispondo neste sentido, sem a qual não pode o Ministério Público exercer funções investigatórias penais, razão pela qual concluiu que “são flagrantemente inconstitucionais e desprovidos de eficácia os atos normativos editados no âmbito do Ministério Público, instituindo e regulamentando a investigação penal pelos membros do *Parquet*”⁸⁷.

6) A orientação jurisprudencial que não autoriza a função investigatória do Ministério Público em sede criminal

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciava no sentido de não autorizar, na investigação criminal, a substituição da autoridade policial por qualquer dos demais agentes integrantes da persecução penal:

“O Código de Processo Penal não autoriza a deslocação de competência, ou seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do Ministério Público, na investigação de crime”⁸⁸.

Com o advento da ordem constitucional em vigência, novamente o Supremo Tribunal Federal voltou a se manifestar acerca do tema quando do julgamento do Recurso Extraordinário 205.473/AL, que tratou da impossibilidade do Ministério Público efetuar requisições para autoridade administrativa tendentes a instruir investigações criminais por ele presididas, justamente porque tal atividade não é de sua incumbência.

“Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, da Constituição Federal, no fato da 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

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público, cit., p. 4/5.

⁸⁸ RHC nº 34.827/AL, Rel. Min. Nelson Hungria, j. 31.01.1957.

policial competente para tal (Constituição Federal, art. 144, parágrafos 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior”⁸⁹.

Outro julgado da Suprema Corte reafirmou este entendimento:

“O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta dos servidores públicos; (2) nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes”⁹⁰.

No voto vencedor do Ministro Marco Aurélio, proferido quando do julgamento do Recurso Extraordinário cuja emenda foi transcrita acima, constam as seguintes observações, *verbis*:

“O Ministério Público não pode fazer investigação porque ele será parte na ação penal a ser intentada pelo Estado e, também, não pode instaurar um inquérito no respectivo âmbito.

A Constituição Federal encerra um grande todo. E, se formos adiante, se formos à parte que versa sobre a segurança pública, veremos, no art. 144, § 4º, a existência de um preceito a revelar que: § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Incumbem as tarefas supra às policias civis e não ao Ministério Público.

Ora, na espécie dos autos, tivemos a propositura da ação penal a partir dos elementos coligidos em inquérito que não se mostrou, vez

⁸⁹ 2ª T, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 15.12.1998, DJU 19.03.1999.

⁹⁰ RE 233072, 2ª T, Rel. Min. Néri da Silveira, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, j. 18.05.1999, DJU 03.05.02.

alguma, policial, mas administrativo, implementado pelo Ministério Público. Ressuscitou-se uma pretensão, que fez prevalente, mesmo não possuindo o Ministério Público o poder constituinte originário que possui a Assembléia de 1988. Olvidou-se o que foi rejeitado por essa Assembléia na tentativa que ocorreu de se transportar para o cenário brasileiro o que se tem, por exemplo, na Itália, com a atuação do Ministério Público no próprio inquérito, a feitura do inquérito pelo próprio Ministério Público⁹¹.

Em decisão monocrática proferida por força de pedido de instauração de inquérito policial formulado pelo Procurador Geral da República contra o Deputado Federal José Dirceu, o Ministro Nelson Jobim ressaltou o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal repele a substituição da polícia judiciária pelo Ministério Público. De acordo com suas conclusões:

“A jurisprudência do Tribunal tem orientação expressa sobre o procedimentos administrativos do Ministério Público com finalidade investigativa.

O Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo para apurar condutas tipificáveis como crimes de servidores públicos”⁹².

No julgamento do RHC 81326-7/DF, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, reafirmou que o Ministério Público não possui atribuições para realizar, diretamente, investigação de caráter criminal. Do voto condutor, também da lavra do Ministro Nelson Jobim, consta um esboço histórico demonstrando que, no direito processual penal brasileiro, a incumbência para efetivação das investigações preparatórias da ação penal foi conferida à polícia, sendo que todas as tentativas de alterar as regras nessa matéria, desde a proposta do então Ministro da Justiça Vicente Rao para instituir os Juizados de Instrução em 1935, foram repelidas. A discussão sobre o tema foi retomada quando da elaboração da Constituição de 1998. Segundo as palavras do Ministro relator:

⁹¹ voto vencedor proferido quando do julgamento do RE 233072.

⁹² INQ 1827-7/SP, decisão proferida em 01.07.2002, DJU 01.08.2002.

“Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão de controle externo da polícia civil, o processo de instrução presidido pelo Ministério Público voltou a ser debatido.

Ao final manteve-se a tradição.

O Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao Ministério Público a supervisão, advocação e o acompanhamento da investigação criminal.

A Constituição Federal assegurou as funções de polícia judiciária e apuração das 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 (arts. 7º e 8º).

Reservou-lhe o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII)”⁹³.

Recentemente, a discussão sobre a competência investigatória do Ministério Público foi retomada no Supremo Tribunal Federal em face da apreciação do Inq. 1968/DF, da relatório do Min. Marco Aurélio, pelo Tribunal Pleno da Corte. O julgamento do feito foi adiado, em 01.09.2004, a pedido do Min. Cezar Peluso, após votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Carlos Britto que admitiam o poder de investigação ao MP, e dos Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim que o repeliam⁹⁴.

Esperamos que a decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal possa pacificar, no âmbito jurisprudencial, o entendimento sobre o tema, tendo em vista que não são poucos os procedimentos investigatórios presididos por Promotores de Justiça atualmente em curso por todo o país. Tais investigações, por mais relevantes que possam ser, correm sério risco de serem tidas como inócuas por vício de origem, dependendo do posicionamento a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹³ j. 06.05.2003, DJU 01.08.03.

⁹⁴ Disponível em internet, www.stf.gov.br.

Passemos agora à análise de precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça. Esta Corte possui orientação consagrada sobre a matéria em ambas as Turmas. No entanto, antes de adotar a tese ampliativa das funções ministeriais em matéria criminal, dois julgados abraçaram o entendimento ora manifestado.

No julgamento do RHC 4769/PR o então relator, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, enalteceu a separação das funções de investigar e de acusar. Extraíse, do corpo do acórdão, o seguinte trecho:

“Ministério Público e Magistratura não podem estar comprometidos com o caso *sub judice*. Daí, a possibilidade de arguição de impedimento ou suspeição dos respectivos membros. Se um ou outro atua na coleta da provas, por sua vez, mas 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”⁹⁵.

Similar orientação foi proclamada, também pela 6ª Turma, no seguinte aresto:

“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 fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, Constituição Federal). De outro lado haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF, segundo o qual o Ministério Público deve exercer, conforme a lei complementar, o controle externo da atividade policial”⁹⁶

⁹⁵ 6ª T, j. 07.11.1995, DJU 06.05.1996.

⁹⁶ RESP 76171/AL, 6ª T, Rel. Min. William Patterson, j. 13.02.1996, DJU 13.05.1996.

A mesma 6ª Turma retomou recentemente a discussão sobre a questão no julgamento do HC 32586/MG. Apesar da ordem ter sido denegada, por outros fundamentos, do voto do relator, Min. Paulo Medina, constam os seguintes trechos que merecem destaque:

“A questão diz respeito à repartição constitucional de atribuições, no que pertine ao exercício das funções de polícia judiciária e do ministério público.

Afirmei convencimento contrário à possibilidade de vir o órgão ministerial, *sponte própria*, instaurar e conduzir inquérito com vistas a dar azo à persecução penal, por compreender que tal atribuição está reservada à polícia judiciária, a teor do que dispõe o art. 144 da Constituição Federal”. (...).

“Às polícia civil e federal cabe investigar para apurar infrações penais e, ao *Parquet*, incumbe exercer, sobretudo, o direito de ação penal pública incondicionada”. (...)

“(...) há clara separação das possibilidades de autuação ministerial, tendo em vista o objetivo da investigação.

Tratando-se de instauração de inquéritos, sindicâncias e diligências civis, incide o inciso I e suas alíneas (ob. nossa, do art. 26 da Lei 8625/93), mas, se o procedimento investigativo possuir natureza criminal, incide o inciso IV.

O texto da Lei Orgânica do Ministério Público não o autoriza instaurar inquérito policial, posto que lhe confere tão-somente a faculdade de requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito à autoridade policial”. (...)

“Portanto, independentemente da denominação formal do procedimento investigatório, sempre que o seu objetivo for a colheita de elementos para justificar a pretensão acusatória em âmbito criminal, o inquérito – quando indispensável – deverá ser instaurado

pela polícia judiciária, ainda que a requerimento e acompanhado pelo Ministério Público”.

Coerente com o texto constitucional pode ,o *Parquet*, coadjuvar a atuação da polícia judiciária, mas não substituí-la, posto que esta não é função institucional do Ministério Público”⁹⁷.

Entretanto, a posição do Ministro Paulo Medina restou vencida quando a 6ª T do STJ apreciou o Recurso Especial nº 494.320/RJ, em 26.10.2004⁹⁸.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, merece destaque o acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº 440.810.3/7-00⁹⁹, da Comarca de Campinas, relatado pelo Desembargador Marco Antonio. Em minuciosa abordagem sobre o tema, tanto em sede legal como constitucional, o julgador apresenta diversas conclusões que merecem ser realçadas.

Além de expressar que a atividade investigatória do órgão ministerial não encontra respaldo na Constituição Federal e nem na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625/93), lembrou que “o Constituinte de 1988, rejeitou Emendas à Carta Magna, que pretendiam possibilitar a sujeição do inquérito policial à presidência do Ministério Público”.

Ressaltou ainda “que existe uma estreita delimitação constitucional de funções institucionais, dentro do campo da persecução penal”, de modo que a sua subversão “propiciaria verdadeiro descompasso institucional”.

Tratou da necessidade de Emenda Constitucional destinada a estabelecer expressamente, a viabilização da investigação criminal por membro do *Parquet*, tendo em vista a previsão constitucional de controle externo da polícia judiciária (art. 129, VII), e não de controle interno desta atividade.

⁹⁷ j. 16.03.2004, DJU 30.08.2004.

⁹⁸ Na ocasião, participaram do julgamento os Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Nilson Naves (requisitado excepcionalmente da 5ª T por falta de quorum) com votos vencedores, restando vencido o relator, Ministro Paulo Medina, sendo certo que o acórdão ainda não foi publicado. Informações disponíveis em internet: www.stj.gov.br.

⁹⁹ 1ª Câmara Criminal Extraordinária, j. 18.02.2004, DO 22.03.2004. Publicado também na Revista CEJAP, publicação oficial do Centro de Estudos Jurídicos para assuntos policiais. Campinas: Millenium, ano 5, nº 7, maio/2004, p. 03/19.

Sustentou ainda a imprescindibilidade de se assegurar tratamento paritário entre as partes, acusador e imputado, manifestando-se no sentido de que o exercício de funções inquisitórias pelo Ministério Público criaria “disparidade no tratamento jurídico penal das partes, implicando no afastamento de qualquer caráter impessoal da investigação, circunstância repulsiva ao Estado Democrático de Direito instituído no Brasil”.

Por fim, aduziu que “a atividade investigatória é complexa exigindo conhecimentos técnicos específicos, com instrução capacitante, por vezes, extenuante, da qual, ao momento parece não possuir o Ministério Público”.

Como se nota, há na jurisprudência inúmeros precedentes repelindo, por motivos diversos, a possibilidade do Ministério Público empreender diretamente diligências investigatórias de natureza criminal, destinadas a embasar ação penal pública a ser posteriormente ajuizada pelo próprio órgão.

7) Nossa posição

Conforme ficou demonstrado na análise doutrinária e jurisprudencial acerca das supostas funções investigatórias do Ministério Público, há diversos questionamentos sobre a matéria. Assim, sem pretensão alguma de solucionar a polêmica, examinamos as controvérsias.

Nenhum dispositivo do ordenamento jurídico atribui competência ao órgão ministerial para diretamente realizar atos próprios de investigação criminal. Para se chegar a esta conclusão, cabe, num primeiro momento, a verificação de como foi o tema tratado na Constituição Federal.

7.1. Análise do tema em sede constitucional

Na parte que interessa ao presente estudo, dispõe a Constituição Federal, especificamente no art. 129, o seguinte:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

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 do inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de sua manifestação ;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

A norma constitucional não autoriza, ao menos expressamente, que o Ministério Público possa diretamente conduzir o inquérito policial, ou qualquer outro procedimento de natureza criminal investigatória substitutivo ao inquérito.

E também não o faz implicitamente, tendo em vista que, como já ressaltado anteriormente, incumbe a apuração de infrações penais e o exercício das funções de polícia judiciária às polícias civil e federal, no âmbito de suas respectivas competências, nos termos do art. 144, § 1º, I e IV, e § 4º do mesmo dispositivo¹⁰⁰.

¹⁰⁰ De acordo com o art. 144, § 1º, I, compete à polícia federal “apurar infrações contra a ordem pública e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas (...)”, assim como o exercício exclusivo das funções de polícia judiciária da União (IV). Já às polícias civis, conforme o § 4º do mesmo art. 144, “incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

O debate sobre a questão surge a partir momento que se ignora a visível previsão constitucional de atuação ministerial distinta, de acordo com o objeto da investigação.

Em se tratando de investigação no campo civil, destinada a embasar futura ação civil pública, que tenha por objeto a defesa do patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos ou coletivos, o dispositivo constitucional é expresso no sentido de conferir ao Ministério Público a promoção do inquérito civil (inciso III do art. 129).

Por esta razão e por ser o inquérito civil um procedimento administrativo de sua competência, é que a Constituição permite a expedição de notificações e a requisição de documentos e informações destinados a instruí-lo (inciso IV do art. 129), atos próprios de investigação, mas que têm uma finalidade específica, ou seja, coletar elementos destinados a embasar ação civil pública para “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (inciso III do art. 129).

Já quanto à investigação criminal, a atuação ministerial incide no inciso VIII do mesmo art. 129, cabendo-lhe unicamente a **requisição** de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. “Requisitar” – chega a ser redundante dizer – é “solicitar legalmente”, “requerer”¹⁰¹, e não pode, como é óbvio, ser confundido com “proceder”, “dirigir”, “empreender”, “efetivar”, “realizar”, dentre outros verbos.

Assim, justamente por ter previsto, de maneira expressa, o encargo de promoção do inquérito civil ao Ministério Público, é que o constituinte, caso pretendesse atribuir à instituição a mesma função em relação às investigações de natureza criminal, o teria feito expressamente. Se assim não procedeu é porque essa não foi a sua vontade.

¹⁰¹ HOUAISS, Antônio. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 382.

Em reforço a esta argumentação, vale reiterar que, conforme consta de julgados já analisados, durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1988 foram rejeitadas propostas de Emendas Constitucionais destinadas a ampliar a atuação ministerial no campo investigatório penal¹⁰².

É que se optou por um modelo processual penal garantidor, fundado na dignidade da pessoa humana, e nos princípios dela advindos, em especial do devido processo legal e da necessidade de tratamento igualitário entre as partes. O processo penal eqüitativo pressupõe um equilíbrio harmônico entre as funções inerentes à persecução penal. As instituições se interagem, se comunicam, são dependentes entre si, mas uma não está autorizada a usurpar a função da outra, sob pena de quebra dessa harmonia, que pode, indubitavelmente, provocar a falência do sistema.

No processo penal eqüitativo não há espaço para o que Guilherme de Souza Nucci chamou de “instituição superpoderosa”¹⁰³. Se a investigação encontra-se defeituosa ou incompleta, cabe ao Ministério Público requisitar para que ela seja completada pela autoridade policial apontando as diligências faltantes, exatamente como preceitua o art. 16, do Código de Processo Penal. Se ainda assim a investigação não for completada, compete-lhe acompanhar pessoalmente o trabalho da polícia, até porque a Constituição lhe incumbiu de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII).

O procedimento pode aparentar ser mais burocrático, trabalhoso, demorado e até mais dispendioso – porque o inquérito transita da polícia ao Ministério Público – mas assegura uma investigação isenta, desprovida de objetivos outros que não o de servir de embasamento para uma eventual acusação penal, justamente porque aquele que a preside, não tem nenhum interesse no resultado do processo, visto que nem sequer dele irá participar.

¹⁰² STF, HC nº 81326-7/DF, 2ª T, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 06.05.03, DJU 01.10.2003 e TJ/SP, HC nº 440.810.3/7 – 00, Comarca de Campinas, 1ª CE, Rel. Des. Marco Antonio, j. 18.02.04, DOJ 22.03.04.

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, cit., p. 65.

Em relação à referida função institucional ministerial de controle externo da atividade policial, prevista no art. 129, VII, da CF, esta, por óbvio, não lhe confere atribuição para substituir a autoridade policial no exercício das funções a ela inerentes. Se assim fosse, não existiria o controle externo pregado na Constituição, mas sim, autêntico controle interno, intervindo o MP diretamente na coleta das provas.

Ocorre que a participação direta na atividade investigatória é incompatível com o exercício fiscalizador dessa mesma atividade. Não pode o Promotor de Justiça ser o responsável pelo controle e fiscalização das atribuições relativas à polícia judiciária e, ao mesmo tempo, querer empreender diligências investigatórias.

O controle externo da atividade policial possibilita ao *parquet* coadjuvar a atuação da polícia judiciária, mas nunca substituí-la, posto que esta não é sua função institucional.

Não se pode olvidar que o próprio texto constitucional expressamente estabelece que incumbe às polícias civil e federal as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais (art. 144, § 1º, IV e § 4º). É certo que não se trata de competência exclusiva, todavia, o deslocamento se dá mediante expressa previsão constitucional ou legal, em situações absolutamente excepcionais, como ocorre com as Comissões Parlamentares de Inquérito, estabelecidas pela própria Carta Magna (art. 58, § 3º).

Em suma, em se tratando de competência fixada constitucionalmente não pode esta ser transferida para órgão diverso daquele estabelecido no seu texto, mormente sem expressa previsão legal.

Aliás, no caso de se querer atribuir função investigatória ao Ministério Público nem mesmo por lei se atingiria tal intento. Haveria necessidade de Emenda Constitucional conforme será mais adiante explicitado.

Há ainda a questão sobre a pseudo-autorização dada pelo art. 129, I, da Constituição Federal. Expressamente, esta norma não contempla função investigatória do MP, assim como nenhuma outra o faz. O que se tem pregado é que para o eficiente exercício da função que lhe é constitucionalmente assegurada de forma exclusiva – a promoção da ação penal pública – tendo em vista que esta depende da colheita de elementos que denotem a existência do delito e indícios da sua autoria, nada obsta que o Promotor de Justiça proceda as investigações necessárias para obtenção de tais elementos. Trata-se, segundo este entendimento, embasado pela teoria dos poderes implícitos, de um desdobramento natural da prerrogativa prevista neste inciso I, do art. 129, afinal “quem pode o mais” (promover a ação penal pública) “pode o menos” (presidir investigações criminais).

Primeiramente, é preciso ressaltar que no desenho da Constituição não sobra espaço para adoção de poderes implícitos. Se a competência é fixada na Carta Magna, o seu deslocamento só é aceito excepcionalmente.

No mais, as funções investigatórias e acusatórias são absolutamente distintas, de modo que não se pode concluir, de forma alguma, que quem está apto a acusar, por decorrência lógica e necessária, também está preparado para proceder investigações no campo penal.

Por fim, ainda no âmbito constitucional, cabe a referência ao inciso IX, do art. 129, o qual dispõe que pode o Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)”.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, são as funções investigativas “perfeitamente compatíveis com o exercício da ação penal pública, função institucional expressamente prevista no inc. I do art. 129 da Constituição”¹⁰⁴.

Discordamos de tal posicionamento. Ainda que se considere a atividade acusatória do Ministério Público compatível com a atribuição investigatória, ignorando que se tratam de funções bem distintas, cremos que a disposição

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigação pelo Ministério Público, cit., p. 4.

confronta com outra função institucional expressamente prevista no texto constitucional, qual seja, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII).

Não se pode admitir a pretensão ministerial de participação direta em atos típicos de investigação criminal e, ao mesmo tempo, conferir-lhe expressamente o poder de fiscalizar essa mesma atividade. São funções nitidamente incompatíveis.

Desta forma, ainda que se possa admitir, através de uma interpretação demasiadamente ampliativa, que a função investigatória do Ministério Público seria compatível com aquela prevista pelo art. 129, I, da Constituição Federal, seguramente não o é em relação àquela estipulada no inciso VII do mesmo art. 129, relativa ao controle externo da atividade policial.

Portanto, também o disposto no inciso IX do art. 129 não se presta a socorrer aqueles que sustentam o embasamento constitucional para estabelecimento de poderes investigatórios ao Ministério Público.

Justamente por ser a pretensão ministerial de efetivar investigações criminais incompatível com a função institucional de controle externo da atividade policial, esta sim expressamente prevista na Carta Magna (art. 129, VII), é que consideramos que tal atribuição somente poderia ser conferida ao Ministério Público através de Emenda Constitucional, sendo insuficiente para tanto a previsão em lei complementar¹⁰⁵.

Em suma, analisando todas as funções institucionais do Ministério Público pertinentes à matéria que estão previstas na Constituição Federal, especificamente nos incisos I, III, VI, VII, VIII, IX, do art. 129, somos levados à conclusão de que nenhuma delas autoriza o Ministério Público a conduzir diretamente inquérito policial ou similar procedimento de natureza investigatória

¹⁰⁵ Em seu estudo, *Investigações pelo Ministério Público*, cit, p. 4/5, após concluir que as investigações criminais do Ministério Público possuem fundamento constitucional no art. 129, IX, por serem compatíveis com a função institucional do inciso I do mesmo dispositivo, a Prof. Ada assevera que tal atribuição demanda prévia estipulação legal em lei complementar para vingar, tendo em vista que não há no ordenamento jurídico, nem mesmo na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, qualquer previsão expressa e específica neste sentido.

criminal, sendo certo que a própria Carta Magna estabelece a competência das polícias civil e federal para o exercício de tais funções (art. 144, § 1º, I e § 4º).

7.2. Análise do tratamento dado ao tema pela legislação ordinária

No tópico anterior, já manifestamos nosso entendimento acerca da necessidade de Emenda Constitucional específica para dotar o Ministério Público de competência para diretamente realizar apurações de fatos criminosos, tendo em vista que tal atribuição é incompatível com a função institucional prevista na Constituição de controle externo da atividade policial (art. 129, VII).

Assim, ainda que alguma lei dispusesse sobre a competência investigatória do Ministério Público na área penal seria ela inconstitucional. No entanto, como será a seguir demonstrado, nem mesmo na legislação ordinária há fundamento jurídico para respaldar a figura do Promotor-investigador.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625/93), que dispõe sobre normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados, estabelece, em seu art. 26, o seguinte:

“Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá :

I – Instaurar inquérito civil e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) Expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimento 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;

- II – Requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;
- III – Requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;
- IV – Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e do inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;
- V – praticar atos administrativos executórios de caráter preparatório;
- (...)”

O texto da Lei Orgânica, como se percebe, é consentâneo com o tratamento constitucional dado à matéria, preservando a atribuição das funções de polícia judiciária às polícias civil e federal. Há, como ocorre no texto constitucional, uma clara separação das possibilidades de atuação ministerial de acordo com o objeto das investigações.

Na hipótese de inquérito civil ou de outro administrativo neste campo, a norma atribui, e o faz expressamente (inciso I do art. 26), ao Ministério Público a responsabilidade para condução das investigações podendo, para este fim, se valer das providências previstas nas respectivas alíneas do inciso I, as quais têm natureza tipicamente investigatória.

Já na seara penal, a questão é tratada no inciso IV do art. 26, o qual não o autoriza a instaurar e dirigir diretamente o inquérito policial ou procedimento investigatório similar, mas sim de **requisitar** diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, podendo acompanhá-los. E requisitar, obviamente, à instituição investida de tal atribuição pela Constituição, ou seja, as polícias federal e civil, no âmbito das suas respectivas competências (art. 144, § 1, IV e § 4º).

A própria previsão da possibilidade de acompanhamento do órgão ministerial das diligências investigatórias e do inquérito policial por ele requisitados – incumbência esta concernente com a função institucional de controle externo da atividade policial dada pela Constituição (art. 129, VII) – deixa clara a não-

autorização legal para que tais providências sejam encetadas pelo próprio representante do Ministério Público. Caso contrário, seria a previsão supérflua.

Esta é mais uma circunstância que denota a inexistência de permissão legal para que o Ministério Público empreenda diligências no campo investigatório criminal, pois, como é sabido, constitui-se regra fundamental de hermenêutica que a lei não contém palavras inúteis. Assim, se está expressamente prevista a possibilidade do *parquet* acompanhar o inquérito e as diligências, é porque não lhe foi deferida a realização direta de tais atividades.

Também na Lei Complementar nº 75/93, que trata do Ministério Público da União, não há previsão de funções investigatórias criminais. Nos termos dos art. 7º da legislação referida, a atuação ministerial cinge-se ao seguinte:

“Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:

I – Instaurar inquérito civil e outros procedimento administrativos correlatos;

II – Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas;

III – Requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvado os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas”.

As atribuições do Ministério Público Federal são, como se percebe, análogas àsquelas dos Ministérios Públicos dos Estados. No que tange à investigação criminal, a questão é regulada pelo inciso II, do art. 7º, cuja redação é praticamente idêntica ao disposto no inciso IV, do art. 26, da Lei 8625/96.

A previsão acerca da possibilidade de “apresentar provas” nas diligências e nos inquéritos por ele requisitados, não comporta, evidentemente, a prerrogativa de imprimir diretamente atos típicos de investigação criminal para buscar elementos probatórios. Refere-se à prova documental, a esclarecimentos e

informações suplementares que o Ministério Público venha a obter através de requisições diretas às autoridades e funcionários que possam fornecê-los, exatamente como lhe autoriza o art. 47, do Código de Processo Penal.

Aliás, ainda em relação à impossibilidade do Ministério Público Federal efetuar diligências de cunho criminal, necessário frisar que o art. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal atribui à polícia federal o exercício “**com exclusividade**” (g.n.) das “funções de polícia judiciária da União”, o que tornam desnecessárias maiores digressões sobre o assunto.

Quanto ao Código de Processo Penal, este também não confere titularidade, nem mesmo suplementar, ao Ministério Público no campo investigatório. Muito ao contrário, atribui expressamente tal função à autoridade policial logo no *caput* do art. 4º:

“Art. 4º- A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração de infrações penais e de sua autoria”.

Do parágrafo único do dispositivo supra-mencionado, consta a seguinte ressalva: “A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”. Tal não se presta a indicar abertura para o Ministério Público efetivar apurações no âmbito penal. Isto porque esta função, como já verificamos, não está prevista em lei.

A ressalva serve para preservar apurações efetivadas pelas autoridades administrativas, as quais têm uma finalidade específica no próprio âmbito administrativo, mas que, por via reflexa, repercutem também na seara penal. Exemplo disso é a Lei Complementar 105/01 que autoriza as autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a examinarem documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a conta de depósitos e aplicações financeiras, desde que haja procedimento administrativo ou fiscal em curso e seja tal diligência, indispensável

para a obtenção das informações e para o desenvolvimento das investigações (art. 6º).

O já mencionado art. 47, do Código de Processo Penal autoriza o Ministério Público a requisitar “maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção” às autoridades e funcionários que devam ou possam fornecê-los. Mais uma vez, o verbo empregado é “requisitar”, o qual não deixa margem para interpretação ampliativa. Com efeito, tem o *parquet* a possibilidade de requisitar elementos que julgar necessários para o oferecimento da denúncia, mas não de realizar diligências para buscá-los diretamente.

Assim, dos dispositivos legais que têm sido invocados para supostamente outorgar competência investigatória ao Ministério Público no campo penal, cremos que nenhum deles contempla esta pretensão. Ainda que algum porventura o fizesse, sua redação seria incompatível com as funções institucionais do Ministério Público previstas no art. 129 da Constituição Federal.

Por fim, vale a referência a Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça que foi assim redigida:

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

A previsão encontra-se absolutamente correta. De fato, se a participação do Ministério Público na fase investigatória se deu nos termos previstos na Constituição e na legislação ordinária, tendo o Promotor requisitado a instauração de inquérito à autoridade policial competente (art. 129, VIII, da Constituição Federal) e acompanhado o seu trâmite (art. 26, IV, da Lei 8625/93), tendo solicitado a feitura de diligências complementares (art. 16, do Código de Processo Penal) e ainda tendo buscado a obtenção de esclarecimentos e documentos complementares junto às autoridades capazes de fornecer tais elementos (art. 47, do Código de Processo Penal), não há porque se falar em suspeição ou impedimento.

Porém, no momento em que o Promotor de Justiça extrapola suas funções, invadindo competência alheia, para diretamente proceder ato típico de investigação criminal, que deveria ter sido produzido no bojo de inquérito policial, tem-se não só a sua suspeição ou impedimento para o oferecimento da denúncia, mas a própria invalidação de todo o procedimento por ele conduzido. No processo penal equitativo, não se tolera a acusação embasada por elementos probatórios coligidos ao arrepio do texto constitucional (art. 5º, LVI)¹⁰⁶.

7.3. A necessidade de distinção entre as funções de investigação e acusação

É cediço que, para o oferecimento da denúncia, não basta ao Promotor de Justiça simplesmente afirmar o fato e se propor a prová-lo durante a instrução processual. Necessário que a acusação esteja embasada em elementos probatórios pré-constituídos que atestem a viabilidade jurídica do pedido. Até porque, como observa Maria Thereza Rocha de Assis Moura, “a justa causa para o recebimento da acusação não sobressai apenas de seus elementos formais, mas, mormente, da sua fidelidade à prova que demonstre a legitimidade da imputação. Segue-se que a necessidade de existência de justa causa funciona como mecanismo para impedir, em hipóteses, a ocorrência de imputação infundada, temerária, leviana, caluniosa e profundamente imoral”¹⁰⁷.

Não se exige, obviamente, prova cabal em relação ao fato criminoso e sua autoria, já que estes são requisitos para a condenação, mas um lastro probatório mínimo que forneça respaldo à acusação. Isto porque, a simples instauração do processo penal atinge o *status dignitatis* do acusado, e o faz de forma profunda, a ponto de Weber Martins Batista asseverar que “os incômodos, os vexames, os aborrecimentos decorrentes de um processo criminal são inegáveis, tanto que, complementa o autor, “é possível que daqui a mil anos nos considerem bárbaros, por sujeitarmos as pessoas a tantos vexames num processo criminal”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Art. 5º, LVI, da Constituição Federal – são inadmissíveis, no processo penal, as provas obtidas por meios ilícitos.

¹⁰⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 247.

¹⁰⁸ BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 02.

E este lastro probatório mínimo advém, via de regra, do inquérito policial. Assim, necessário se faz que as investigações produzidas em seu bojo sejam direcionadas para a instrução da ação penal que será promovida pelo Ministério Público.

Como ressalta Alberto Vélez Mariconde, “quem não investiga o necessário para reclamar a proteção jurisdicional, empreende uma aventura eticamente censurável e logicamente injustificável”¹⁰⁹.

Desta forma, perdura a questão sobre a conveniência da condução das investigações pelo Ministério Público tendo em vista que são elas direcionadas à instrução da ação penal a ser ajuizada pelo próprio órgão.

Dos fundamentos basilares do processo penal eqüitativo convém ressaltar, como princípio orientador de todos os demais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). Em segundo plano, o devido processo legal e tratamento paritário entre as partes.

O sistema processual penal, por isso mesmo, deve dispor de um equilíbrio harmônico entre as instituições que atuam na persecução penal. E este equilíbrio está previsto no texto constitucional que estabeleceu o sistema acusatório (art. 129, I), atribuindo ao órgão ministerial a titularidade exclusiva da ação penal, e às polícias civil e federal a apuração de infrações penais (art. 144, § 1º, IV e § 4º), sem deixar margem alguma para que uma função se confunda com a outra.

Atribuir a uma mesma instituição duas atividades de capital relevância para a persecução penal provocará um desequilíbrio desse sistema, dando espaço para abusos.

José Carlos Fragoso já fez alerta neste sentido nos seguintes termos: “não é possível, porém, permitir que o Ministério Público possa acumular as funções

¹⁰⁹ MARICONDE, Alberto Vélez. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Lerner, 1969, tomo I, p. 138: “quien no investiga lo necesario para reclamar la protección jurisdicional, emprende una aventura eticamente censurable y logicamente injustificable.”

de investigador (que a ninguém presta contas) e de instituição encarregada de promover a persecução criminal. Trata-se de acúmulo perigoso de atribuições, que, sobre ser ilegal e inconstitucional, é absolutamente inconveniente, pois dá lugar, pelo excesso de poder, a abusos intoleráveis”¹¹⁰.

O perigo do acúmulo de funções também foi manifestado em entrevista dada por Miguel Reale Júnior à Revista Época: “O MP quer agora realizar investigações por conta própria, independentemente da atuação da polícia, através do que eles chamam de procedimentos administrativos criminais. O erro do MP fazer investigação por conta própria é que muitas vezes ele não investiga para apurar o fato, mas para comprovar o que ele quer ver comprovado. Deturpam-se fatos para acomodar a prova à necessidade da acusação que se tem na cabeça. Isso é deformação do processo apuratório”¹¹¹.

Em editorial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais publicado em seu boletim, a mesma preocupação foi realçada, *verbis*: “seriam inegáveis os prejuízos para a investigação e para a atividade acusatória a ser desenvolvida no processo penal: de um lado, é uma utopia imaginar que o Ministério Público – titular da ação penal – não conduziria a investigação com nítido enfoque acusatório, em detrimento dela mesma, podendo produzir resultados viciados quanto à apuração da verdade; e, de outro, a presidência de investigações criminais pelo Ministério Público atingindo em cheio a imparcialidade da acusação a ser deduzida na ação penal”¹¹².

Em relação à eventual falta de isenção do Promotor de Justiça na condução da investigação, podendo dirigi-la em desfavor do acusado, já que ninguém fiscalizaria seus atos, argumenta-se que ela não teria importância, pois a prova coligida em sede de investigação não tem força para motivar uma condenação, sendo passível de confirmação durante a instrução processual, sob o crivo do contraditório.

¹¹⁰ FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os “procedimentos investigatórios realizados pelo Ministério Público Federal. In: *Revista Brasileira de Ciências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, nº 37, 241-251, p. 244.

¹¹¹ Disponível em internet: www.migalhas.com.br, 04.02.04.

¹¹² Poderes investigatórios do Ministério Público. In: *Boletim do IBCCrim*, nº 135, janeiro/2004.

Sobre a questão, vale a menção ao entendimento de Paula Bajer Fernandes Martins da Costa no sentido de que os atos de investigação do Ministério Público não servem “como prova para a condenação, já que, praticados fora do alcance do judiciário, não se destinaram a sujeito imparcial, mas a titular de ação penal pública”¹¹³.

Ada Pellegrini Grinover tem o mesmo posicionamento: “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 Ministério Público, como preparação do eventual exercício da ação penal”¹¹⁴.

Mesmo concordando com a essência deste pensamento – de que provas produzidas sem a observância do contraditório não produzem efeito para a decisão de mérito – é de se indagar a razão pela qual dispondo de todos os instrumentos para a realização de uma investigação isenta, devemos optar pelo modelo de parcialidade questionável, até mesmo por aqueles que o defendem, correndo maior risco em relação ao ajuizamento de ações penais temerárias. Em respeito aos princípios norteadores do processo penal equitativo, a melhor opção é, sem dúvida, a separação das funções investigatórias e acusatórias, entregando-as às instituições distintas, exatamente como previsto no texto constitucional.

Ademais, quem garante que eventual parcialidade do órgão ministerial na investigação criminal seria direcionada para dar arrimo à acusação. Podemos

¹¹³ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1988. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, nº 19, 171-178, p. 177.

¹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público, cit., p. 4.

imaginar a situação oposta, tal como fez Antonio Evaristo de Moraes Filho¹¹⁵, a qual culminaria com o arquivamento do inquérito, sem direito ao contraditório e sem que se tenha oportunidade de exercer qualquer espécie de controle sobre as apurações realizadas. Alguém poderia invocar o art. 28, do Código de Processo Penal¹¹⁶ – de constitucionalidade questionável – mas, não poderia o magistrado discordar do pedido de arquivamento se o responsável pela investigação não produziu as provas necessárias para embasar a denúncia.

De acordo com o autor acima mencionado, “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 incontrastável em matéria de arquivamento das peças de informação. Com efeito, basta imaginar-se que, num determinado caso, o Ministério Público efetuasse, na fase preliminar, toda a 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 coligiria, pediria o arquivamento das peças, arquivamento este, que se tornaria obrigatório, mesmo com a eventual discordância do juiz, caso o Procurador-Geral ratificasse a *opinio* de seu subordinado (art. 28, Código de Processo Penal). Assim, no que se refere ao arquivamento, estaria instalada uma verdadeira ditadura do Ministério Público, com sério comprometimento para o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que poderia ser facilmente contornado, diante da ausência, proposital, ou não, de elementos probatórios para o oferecimento da denúncia”¹¹⁷.

Não se pode, portanto, admitir o acúmulo de funções. Na sistemática vigente há possibilidade de fiscalização de todas as atividades inerentes à persecução penal. Quando a autoridade policial exerce a função investigatória é supervisionada pelo Ministério Público e pelo Juiz de Direito, havendo possibilidade de controle também pelo indiciado e pela vítima. O magistrado, ao conduzir a

¹¹⁵ MORAIS FILHO, Antonio Evaristo de. O Ministério Público e o inquérito policial, cit., p. 108.

¹¹⁶ “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informações, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informações ao procurador-geral e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

¹¹⁷ MORAIS FILHO, Antonio Evaristo de. O Ministério Público e o inquérito policial, cit., p. 108.

instrução, também está sujeito à intervenção das partes, Ministério Público e advogado. É por isso que o sistema, embora não imune à falhas, é equilibrado.

Outorgando-se atribuições investigatória e acusatória ao mesmo tempo ao Promotor de Justiça, estaríamos diante de um sistema capenga. As investigações poderiam correr na sede do Ministério Público sem que ninguém a elas tivesse acesso, nem mesmo o indiciado ou seu advogado, já que ignorariam a sua existência. Isto porque, como os tais procedimentos administrativos investigatórios do órgão ministerial não estão regulamentados, o indiciado não precisa ser ouvido, o que lhe retira também a possibilidade de requerer diligências (art. 14, do Código de Processo Penal).

Sobre a necessidade de atribuir-se apenas uma única função ao Ministério Público, Francesco Carrara foi enfático: “O agente a que se chama Ministério Público e que representa a lei, não deve ter outra atribuição que não seja a de acusar. Se ele se imiscui no inquérito, se tem o poder de instruir processos ou dirigi-los, ou de influir de qualquer outra forma nos processos escritos que posteriormente servirão como prova contra o acusado, não será mais do que um inquisidor”¹¹⁸.

Além disso, não se pode olvidar que as funções acusatória e investigatória são absolutamente distintas entre si. A investigação criminal é complexa, demanda capacitação técnica específica, a qual o Ministério Público, pelo menos a grande maioria de seus membros, parece não possuir.

O modelo processual acusatório estabelecido pela Constituição Federal (art. 129, I) busca uma igualdade das possibilidades de atuação processual entre a acusação e a defesa, deixando o juiz no centro em uma posição imparcial que não intervém diretamente na formação do processo, exceto quando provocado a tanto pelas partes.

¹¹⁸ CARRARA, Francesco. *Programa del curso del derecho criminal*. Buenos Aires: Depalma, 1944, vol. II, p. 215: “El oficial al que se llama Ministerio Público y representante de la ley, no debe temer otra atribución fuera de la acusar. Si el se mezcla en a inquisicion, si tiene potestad de hacer procesos o dirigirlos, o de influir de cualquier otra forma em los procesos escritos que después valdrán, mas o menor, para hacer prueba contra del acusado, no será nada más que un inquisidor.”

Não se desconhece que em muitos países que adotam, de forma predominante, o sistema processual acusatório, o Ministério Público tem participação direta na fase pré-processual. Itália, Alemanha e Portugal são exemplos de países que possuem legislações neste sentido.

Ainda assim, não temos dúvidas em afirmar que o critério de conferir, na *persecutio criminis*, funções diferenciadas – investigação e acusação – a órgãos distintos é o que melhor se coaduna com o sistema acusatório, cuja tendência é privilegiar as garantias do cidadão em face do poder persecutório do Estado¹¹⁹.

Sobre a alegada eficiência das apurações conduzidas pelo Ministério Público não temos como concordar com esse argumento uma vez que o ordenamento jurídico estabelece diversos instrumentos aptos a possibilitar o controle das investigações pelo Ministério Público, estabelecendo inclusive o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição Federal). Assim, se há, como se sustenta, ineficiência da polícia no exercício de seu mister, não se pode, evidentemente, lhe atribuir culpa exclusiva pelos eventuais defeitos do sistema investigatório em vigência.

Ademais, no confronto entre a suposta eficiência das investigações – que de nenhuma forma pode ser garantida com o simples deslocamento do órgão responsável pela sua condução – e o risco iminente de quebra do equilíbrio do sistema, com possibilidade visível de amesquinamento das garantias do processo penal eqüitativo, a melhor opção é, sem dúvida alguma, o modelo pregado pela Constituição Federal.

Por fim, é de se observar que a atividade persecutória obedece a um escalonamento intelectual correspondente as suas fases procedimentais. Segundo José Frederico Marques “do nominativo *notitia*, para *opinio* e deste para *corpus*, há uma graduação ascendente do elemento determinado em relação ao complemento determinativo do genitivo *criminis* ou *delicti*. Essas variações de grau traduzem o

¹¹⁹ MORAIS FILHO, Antonio Evaristo de. O Ministério Público e o inquérito policial, cit., p. 108.

escalonamento ascendente de forma de cognição (notícia, suspeita e prova) da existência do fato típico¹²⁰.

Pertinente ao tema é a posição de Francesco Carnelutti, desdobrada numa indagação e na respectiva resposta, acerca da necessária avaliação a que estão sujeitos aqueles graus de convicção:

“Aqui a situação acaba por assumir um aspecto paradoxal: é necessário em consequência, julgar para poder julgar?

Esta é a verdade: é necessário, para julgar de forma definitiva, transpor uma série de juízos provisórios; mais precisamente é necessário transpor a escala dos juízos. No final das contas, a escala da paciência. O processo penal deveria ser um jogo de paciência mais amplo que o processo civil. Antes de poder castigar um homem, é preciso condená-lo, mas antes de condená-lo, é preciso julgar se ele pode ser submetido a julgamento; e antes de julgar se ele pode ser submetido a julgamento, há ainda um juízo anterior. Esse juízo é a imputação: o primeiro degrau da escada”¹²¹.

Portanto, para julgar é preciso julgar. Ao receber os autos de um inquérito policial, ou peças de informações, o representante do Ministério Público exerce, sem dúvida, um juízo de valor sobre esses elementos de convicção a fim de formular a *opinio delicti*. E, esse julgamento antecedente, tal como o final, deve ser isento de qualquer idéia, valor, opinião ou convicção pré-estabelecida. Necessário um questionamento, ainda que mínimo, sobre a veracidade dos depoimentos prestados, sobre a autenticidade das provas e documentos apresentados, sobre

¹²⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, cit, vol. I, p. 131.

¹²¹ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 139: “Aquí la situación termina por asumir un aspecto paradójico: es necesario, por conseguinte, juzgar para poder juzgar? A la verdad, así es: es necesario, para juzgar definitivamente, pasar a través de una serie de juicios provisionales; la escala de los juicios, precisamente. La escala de la paciencia, en fin de cuentas. El proceso penal debería ser un juego de paciencia más largo que el proceso civil. Antes de poder castigar a un hombre, es preciso condenarlo, pero antes de condenarlo, preciso es juzgar si puede ser sometido a debate; y antes de someterlo al juicio acerca de la posibilidad de someterlo a debate, hay todavía un juicio anterior. Ese juicio es la imputación: el primer peldaño de la escalera”

tudo, enfim, que circunda o fato criminoso. Verdades axiomáticas não podem ser admitidas.

Se o representante do Ministério Público participar diretamente da colheita das provas, este julgamento antecedente restará prejudicado. Em algum momento, ainda que de forma inconsciente, o Promotor formará sua convicção acerca do fato apurado e o fará antes do momento que lhe é reservado para tanto. A partir daí, todos os elementos produzidos que apontarem em direção contrária à convicção pré-estabelecida, mesmo inconscientemente, serão recebidos com suspeitas e reservas, correndo-se o risco inclusive, por não possibilidade de fiscalização das investigações, de serem retirados dos autos.

Por tudo isso é que, independente da vedação constitucional, pensamos não ser adequado atribuir-se função investigatória ao Ministério Público. A partilha das funções de coleta de provas e de formação da *opinio delicti* sobre esses elementos é o modelo mais consentâneo com as garantias do processo penal equitativo.

VI – A FASE JUDICIAL DA PERSECUÇÃO PENAL E A ATUAÇÃO DOS SUJEITOS DO PROCESSO.

1) O Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade da ação penal

Impõe-se novamente a referência ao art. 129, I, da Constituição Federal, que atribuiu ao Ministério Público a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Necessário também relembrar que a única exceção à regra geral é aquela que vem expressa no próprio texto constitucional, admitindo a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (art. 5º, LIX).

A consequência imediata dessa disposição é a exclusão do ordenamento jurídico dos chamados procedimentos de ofício¹²², cuja iniciativa acusatória competia também ao Juiz de Direito, em especial no processo sumário para apuração das contravenções penais (art. 531 e ss, do Código de Processo Penal). A separação das funções acusatória e decisória é uma das imposições do sistema processual acolhido pela Constituição Federal.

Também ficaram revogados os preceitos que autorizavam outros órgãos públicos, diversos do Ministério Público, o oferecimento da acusação (funcionários da repartição florestal e de autarquias, com contribuições correlatas, designados para a atividade de fiscalização, nos crimes e contravenções, de acordo com o art. 33, b, da Lei 4771/69)¹²³.

De acordo com a regra estabelecida pelo art. 24, do Código de Processo Penal, a propositura da ação penal não constitui faculdade do órgão ministerial, mas sim, seu dever legal¹²⁴. Tem-se o princípio da obrigatoriedade ou da

¹²² SILVA, Marco Antonio Marque da. Procedimento de ofício. In: *Processo penal e Constituição Federal*. PORTO, Hermínio Marque; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). São Paulo: Acadêmica, 1993, 91-111, p. 110.

¹²³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 183.

¹²⁴ Segundo Hélio Tornaghi, a regra da obrigatoriedade vem expressa no art. 24 do CPP através da expressão “será promovida”. *Instituições de Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, 2º vol., p. 326.

legalidade, tendo em vista que “o Ministério Público não pode dispor a seu alvedrio da ação penal pública”¹²⁵.

A razão disso é que o interesse em discussão é coletivo e não do autor e do réu da ação penal. Segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “o crime é uma lesão irreparável ao interesse coletivo, reconhecido como tal pela proibição legislativa de sua prática. A cominação de uma pena é uma ameaça tida por necessária e cuja seriedade precisa, por isso mesmo, ser posta em foco pela efetividade da sanção. Ou a pena é necessariamente reclamada pelo crime, para satisfação do interesse social – e deve ser inflexivelmente aplicada pela ação obrigatória do poder público – ou pode ser discricionariamente evitada pela transação dos particulares ou funcionários do Estado, e, então, não se justifica a cominação legislativa. O princípio dispositivo seria, no processo criminal, a negação do direito criminal”¹²⁶.

Apesar da rigidez cobrada pelo autor na aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal é certo que a regra não é ilimitada. Dispõe o Ministério Público de liberdade para avaliação dos elementos que são essenciais para o oferecimento da denúncia, sendo certo que, esta deve conter um suporte probatório mínimo indicador da existência do fato e de quem é o seu autor. Portanto, o dever de agir do Ministério Público surge apenas diante de determinada situação fática, quando presentes as condições estabelecidas pelo legislador para tanto.

Não se pode confundir, como anota Paulo Rangel, “a liberdade de agir que tem o Ministério Público, em verificar a existência do fato – infração e seus demais elementos autorizadores da propositura da ação -, com a obrigação de promover ação de qualquer maneira no dever de agir, desde que presentes os requisitos que viabilizam a ação. Assim, pode e deve o Ministério Público deixar de propor a ação desde que o fato apurado no inquérito seja atípico ou embora típico, não haja justa causa. Nestes casos, está o Ministério Público agindo por determinação de lei”¹²⁷.

¹²⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, cit., vol. 1 p. 308.

¹²⁶ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de, cit., p. 86.

¹²⁷ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, cit., p. 218/219.

O art. 43 do Código de Processo Penal descreve as hipóteses em que a denúncia será liminarmente rejeitada: I – quando o fato narrado não constituir crime; II – estiver extinta a punibilidade; III – quando for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. São estas as situações que devem ser analisadas pelo Ministério Público a fim de exarar um juízo de convicção, assegurado ao órgão pelo Constituição Federal (art. 129, I), acerca da viabilidade ou não da ação penal.

Além disso, apesar do Código de Processo Penal ter acolhido o princípio da obrigatoriedade, o seu rigorismo vem sendo atenuado com o correr dos anos pelo princípio da oportunidade. Situações excepcionais há que, apesar de não expressamente previstas no citado art. 43, opta-se, através do critério da oportunidade, pela não propositura da ação penal, pois, se ajuizada, fatalmente estaria fadada ao insucesso. Neste sentido, apesar de não reconhecida pela jurisprudência majoritária, a prescrição retroativa antecipada tem sido invocada em inúmeras cotas ministeriais para justificar o não oferecimento da denúncia¹²⁸.

Esta tendência à atenuação do princípio da obrigatoriedade foi consagrada na Lei 9099/95, na qual, pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio, permitiu-se ao Ministério Público transacionar diretamente com o autor do fato para a não propositura da ação penal, nas hipóteses de infração penal de menor potencial ofensivo (art. 76) e também para a suspensão do processo, nos delitos de média potencialidade ofensiva, desde preenchidas as condições expressas em lei (art. 89).

Assim, permanecemos com o princípio da obrigatoriedade como ponto de partida de todo o sistema, já que o Código de Processo Penal o adota (art. 24). Todavia, as constantes atenuações à regra geral já nos permitem afirmar que o

¹²⁸ José Emmanuel Burle Filho e Eduardo Silveira Melo Rodrigues mencionam despachos exarados no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, em inquéritos policiais para lá remetidos por força da aplicação do art. 28 do CPP, onde foi mantido o pedido de arquivamento formulado pelo Promotor de Justiça com base na “virtual prescrição retroativa” diante da falta de interesse de agir por parte do órgão ministerial (*O arquivamento do inquérito policial*. São Paulo: Fiúza, 1996, p. 231 e 235/269).

Ministério Público dispõe de certa margem de discricionariedade para, em situações excepcionais, prescindir da ação penal¹²⁹.

2) A denúncia e seu conteúdo

A denúncia materializa a acusação formulada pelo Ministério Público e constitui a peça inicial da ação penal. Deve atender aos requisitos expressos no art. 41, do Código de Processo Penal descrevendo o “fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-los, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas”.

Diz Adélio Pereira André que “a acusação é, seguramente, uma das peças processuais de maior responsabilidade. Dela – da sua formulação correcta ou imperfeita – pode depender o êxito ou malogro de um certo processo”¹³⁰.

Por isso mesmo, deve a denúncia ser elaborada de forma clara, precisa, contendo a correta narrativa dos fatos com todas as suas circunstâncias, individualizando o réu e capitulando a infração penal a ele atribuída. É a partir dela que o acusado irá exercer a sua defesa.

A regularidade da denúncia, como assevera José Roberto Baraúna, “integra-se nos atos que, em seu conjunto, dão cumprimento ao preceito constitucional que assegura ‘ampla defesa’ aos acusados, com os recursos a ele inerentes (...). Fácil é compreender, prossegue o autor, “que uma defesa eficiente não pode ser deduzida senão a partir do conhecimento correto da acusação”¹³¹.

¹²⁹ Sobre a questão Jorge Figueiredo Dias observa o seguinte: “bem se compreende que, relativamente a certos casos concretos, a promoção e a prossecução obrigatórias do processo penal causem à comunidade jurídica maior dano que vantagem – máxime atento o pequeno significado da questão para o interesse público, ou conexionado este com dificuldades de prova, inflação do número de processos, pequena probabilidade de executar a condenação, etc. (v. g. relativamente a factos cometidos no estrangeiro ou por pessoa que não se encontre no país) – e que, em tais casos, se deixe ao MP uma certa margem de discricionariedade no procedimento”. *Direito Processual Penal*, cit., 1º vol., p. 130/131.

¹³⁰ ANDRÉ, Adélio Pereira. *Manual de Processo Penal*. Lisboa: Livros Horizonte, 1983, p. 19.

¹³¹ BARAÚNA, José Roberto. *Lições de Processo Penal*, cit., p. 90.

Sobre o conteúdo da denúncia, permanece atual a posição de João Mendes de Almeida Júnior, no sentido de que: “É uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxillis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*) (***)”, Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes”¹³².

3) A atuação do Ministério Público na fase judicial da persecução penal

O Ministério Público atua na ação penal como parte, em sentido formal, intervindo em todos os seus termos, mesmo quando se trate de ação penal exclusivamente privada ou privada subsidiária. Nesta última hipótese, poderá aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, e, a qualquer tempo, retomar a ação como parte principal em caso de negligência do querelante (art. 29 do CPP).

Deve ainda ser assegurado ao Ministério Público o contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal), a igualdade de tratamento em relação à defesa, e a oportunidade para fazer valer a pretensão deduzida em juízo através dos meios de prova admitidos pela legislação.

Segundo E. Magalhães Noronha, não obstante *parte*, deve o Promotor de Justiça “ser dotado de imparcialidade, o que não lhe tira esse característico. Representando o Estado - Administração, expõe ao Estado-Juiz a pretensão fundada no *jus puniendi*, mas quando as provas evidenciam a inocência do acusado, deve confessar a improcedência daquela pretensão e pedir a absolvição”¹³³.

É que, ao mesmo tempo em que atua como parte em sentido formal, possui também a incumbência de fiscalizar o cumprimento da lei (art. 257, do CPP),

¹³² ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, cit., vol. II, p. 183.

¹³³ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 128.

o que lhe permite agir inclusive em benefício do réu, pedindo sua absolvição, recorrendo em seu favor e até ajuizando *habeas corpus* se considerar que sofre ele constrangimento ilegal¹³⁴.

4) A participação do advogado, do acusado e da vítima na fase judicial da persecução penal

A garantia da ampla defesa conferida a todos os acusados pelo texto constitucional (art 5º, LV) tem duplo aspecto: a autodefesa, exercida pelo próprio acusado e a defesa técnica, de responsabilidade do seu advogado.

Para Celso Ribeiro Bastos: “por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitam trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzirá na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo (...)”¹³⁵.

A intervenção direta do acusado é de suma importância para a realização da justiça. Por imposição do direito à autodefesa, deve ser assegurado ao acusado a possibilidade de apresentar a sua versão para os fatos, o que se dá através do seu interrogatório (art. 185, do CPP) e de se fazer presente a todos os atos do processo, podendo inclusive, através do seu defensor constituído, formular perguntas às testemunhas que forem ouvidas durante a instrução processual.

Refere-se a autodefesa à um direito disponível do acusado, que dele pode prescindir se assim o entender. Não está obrigado a apresentar a sua versão para os fatos, pois a Constituição lhe assegura o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII). Mas tal circunstância não implica que o juiz possa dispensar este ato processual. Muito ao contrário, deve assegurar, em qualquer momento do processo, oportunidade para que o réu ofereça diretamente seus esclarecimentos e também para que mantenha contato com seu defensor durante a oitiva das testemunhas do

¹³⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 76.

¹³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2, p. 299.

processo para efeitos de formulação de questionamentos, pois o advogado está apto a exercer somente a defesa técnica, enquanto as circunstâncias fáticas do ocorrido somente podem ser apresentadas pelo próprio acusado.

Além do direito de autodefesa, tem o acusado o dever para com a jurisdição. Tem o ônus processual de estar presente em todos os atos do processo para os quais for notificado, citado ou intimado. Se não comparecer está sujeito à revelia (art. 367, do Código de Processo Penal), seguindo o processo o seu regular curso até o julgamento sem que venha a ser convocado para mais nenhum ato. A presença do seu advogado, não obstante, deve ser assegurada.

Tão relevante é o comparecimento do acusado, que o art. 366, do Código de Processo Penal, determina a suspensão do processo e do prazo prescricional se for ele citado por edital e não comparecer e nem constituir defensor. Nesta hipótese, as provas consideradas urgentes poderão ser produzidas antecipadamente, sendo nomeado defensor dativo para patrocinar os interesses do acusado (art. 366, § 1º, do Código de Processo Penal).

Se a autodefesa é um direito disponível, a defesa técnica, a ser executada por profissional habilitado pela Ordem dos Advogados do Brasil, não o é. Neste sentido, dispõe o art. 261, do Código de Processo Penal, que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Por este motivo, se o acusado deixar de constituir defensor de sua confiança, ser-lhe-á nomeado pelo juiz um defensor dativo, ressalvado seu direito de, a todo tempo, nomear um profissional de sua confiança ou de defender-se a si próprio, caso tenha habilitação para tanto (art. 263, do Código de Processo Penal).

Assim, a intervenção do advogado se faz obrigatória no processo, não só pelos motivos já explicitadas, mas também porque o art. 133 da Constituição Federal estabelece que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, no limites da lei”.

No exercício da defesa técnica, o advogado, diz Maria Thereza Rocha de Assis Moura, “não está dependente, na sua atuação, da vontade do acusado. Pode requerer providências, interpor recursos, ainda que contra a vontade do acusado”¹³⁶. Neste sentido, dispõe a Súmula 705 do Supremo Tribunal Federal que “a renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta”.

A vítima, por ser titular do bem jurídico lesado, ainda que potencialmente, pode propor ação penal privada subsidiária da pública, desde que esta não tenha sido ofertada pelo Ministério Público no prazo legal (art. 5º, LIX, da Constituição Federal). Há ainda hipóteses de ação penal exclusivamente privada, na qual compete à vítima, chamada nessas hipóteses de querelante, propor diretamente a ação penal contra o autor do fato, o querelado. Isto ocorre na grande maioria dos crimes contra a honra (art. 145, do Código Penal), contra a propriedade industrial (art. 199, da Lei 9279/96), dentre outros tipos expressamente previstos na legislação. Cabe-lhe também, oferecer representação nas situações estabelecidas em lei, a fim de legitimar a ação penal a ser promovida pelo Ministério Público. À vítima ou ao seu representante legal, é ainda facultado intervir em todos os termos do processo na qualidade de assistente do Ministério Público, nos termos do art. 268, do Código de Processo Penal.

De acordo com o art. 271, do Código de Processo Penal: “Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 548, § 1º, e 598”.

5) A atuação do juiz na fase judicial da persecução penal

¹³⁶ FRANCO, Alberto Silva, *et al. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 3, p. 119.

Walter P. Acosta, observa que “Juiz é a autoridade judiciária investida, na respectiva instância, de poderes para conduzir e decidir, nos termos da lei, os feitos de sua competência”¹³⁷.

Um vez oferecida a denúncia, deve o juiz decidir acerca do seu recebimento ou não, sendo certo que as hipóteses de rejeição estão expressamente previstas no art. 43, do Código de Processo Penal. Em algumas hipóteses estabelecidas legalmente (crimes praticados por funcionários públicos, crimes de imprensa, infrações de menor potencial ofensivo) o acusado tem oportunidade de oferecer defesa preliminar antes da decisão do magistrado.

Por imposição constitucional (art. 93 IX) o despacho de recebimento da denúncia deveria ser motivado, mas na prática não é o que ocorre. A jurisprudência, antes do advento do texto constitucional, era pacífica neste sentido. E esta orientação até hoje ainda não foi alterada, pois há insistência em não se reconhecer seu o caráter decisório¹³⁸.

No entanto, não há mais como se sustentar tal posicionamento, especialmente após a Constituição de 1988. Conforme assevera Antonio Magalhães Gomes Filho, “não é possível continuar a entender-se que o provimento judicial que recebe a denúncia ou a queixa seja um mero despacho de expediente, sem carga decisória, que dispensaria a motivação reclamada pelo texto constitucional; trata-se, com efeito, de uma *decisão* que não pode deixar de ser fundamentada, o que, aliás, vem sendo ressaltado sem hesitações pela doutrina”¹³⁹.

Uma vez instaurada a relação processual, incumbe ao magistrado prover o seu regular curso, nos termos do art. 251, do Código de Processo Penal. Depois de encerrada a instrução, deverá sentenciar o feito, dispondo de plena liberdade na formação do seu convencimento, estando vinculado apenas à lei e às provas produzidas nos autos. A esse propósito, dispõe o art. 157, do Código de Processo Penal, que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas.

¹³⁷ ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1969, p. 115.

¹³⁸ STF, HC 70763/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 165/877; TACRIM - SP, HC 190.352-4, Rel. Juiz Paulo Franco, RT 653/301;

¹³⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, cit., p. 209.

6) O juiz natural

A garantia do juiz natural encontra-se expressa no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Antes disso, consta também do texto constitucional, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal).

O processamento e o julgamento do acusado pelo órgão jurisdicional constitucionalmente competente constitui um verdadeiro pressuposto da relação processual. Trata-se de imposição do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

As garantias do juiz natural e da vedação ao tribunal de exceção, segundo Rogério Lauria Tucci, “se completam, ao estatuírem a exigência de preconstituição do órgão jurisdicional penal competente; Vale dizer, de que somente pode conhecer e julgar as causas criminais o agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal – cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação em vigor na época do cometimento da ação delituosa”¹⁴⁰.

Para Marco Antonio Marques da Silva, “Juiz natural é o órgão previsto, explícita ou implicitamente, pela Constituição como aquele de competência genérica para espécie de infração penal que se apresenta”¹⁴¹.

Discute-se na doutrina a questão da revogação ou não do art. 567, do Código de Processo Penal¹⁴², em face da garantia constitucional do juiz natural.

Em se tratando de competência fixada no texto constitucional parece-nos não restar dúvidas acerca da impossibilidade de aplicação do dispositivo

¹⁴⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 125/126.

¹⁴¹ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*, cit., p. 22.

¹⁴² “Art. 567. A incompetência do juiz anula somente os atos decisórios devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”.

previsto no estatuto processual. Como ressaltam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernades e Antonio Magalhães Gomes Filho, “em face do texto expresso da Constituição de 1988, que erige em garantia do juiz natural a competência para *processar e julgar* (art. 5º, LIII, Constituição Federal), não há como aplicar-se a regra do art. 567 do CPP aos casos de incompetência constitucional: não haverá aproveitamento dos atos não decisórios, quando se tratar de competência de jurisdição, como também de competência funcional (hierárquica e recursal), ou de qualquer outra, estabelecida pela Lei Maior”¹⁴³.

Já em relação à competência territorial comum, estabelecida em normas infra -constitucionais, através do foro da consumação do delito, tem-se entendido que se trata de competência *relativa*, fixada não no interesse da parte, mas no interesse público da obtenção das provas no local onde se deram os fatos.

A competência territorial, diz Eugênio Pacelli de Oliveira, “atende a outra ordem de consideração, sendo mais fixada no interesse da atividade probatória das partes – daí tratar-se de competência *relativa*, sujeita à preclusão –, uma vez que o interesse público no correto e adequado exercício da jurisdição estará resguardado com a atuação do juiz *materialmente competente*”¹⁴⁴.

De acordo com este pensamento, em sendo oposta a exceção de incompetência e aceita a declinatória, cabe a ratificação dos atos praticados pelo magistrado incompetente (art. 108, § 1º, do Código de Processo Penal). Se proferidos atos decisórios estes, e somente estes, serão invalidados por força do art. 567, do Código de Processo Penal.

Não nos parece correto tal entendimento. A garantia do juiz natural não faz distinção alguma em relação à competência constitucionalmente fixada, e aquela estabelecida por lei ordinária, não cabendo ao intérprete efetuar tal diferenciação. Assim, consideramos revogado o art. 567, do Código de Processo Penal, em face do

¹⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, cit., p. 58.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*, cit., p. 349.

texto constitucional que exige o processamento e o julgamento do acusado pelo juiz competente¹⁴⁵.

O princípio do juiz natural pressupõe ainda, no aspecto substancial, a *imparcialidade* e a *independência* do Magistrado. Por este motivo, a Constituição o cerca de inúmeras garantias previstas em seu art. 95: vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos. Estabelece ainda o impedimento em relação ao exercício de outro cargo ou função, salvo o magistério, do recebimento de custas ou participação em processo e de dedicar-se à atividade político partidária (art. 95, parágrafo único).

¹⁴⁵ No mesmo sentido: RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, cit., p. 322/323.

VIII – ANÁLISE SOBRE AS POSSIBILIDADES DE INFLUÊNCIA DO JUIZ NA ATIVIDADE ACUSATÓRIA PREVISTAS PELA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O PROCESSO PENAL EQUITATIVO. A NECESSIDADE DE DISTINÇÃO ENTRE AS FUNÇÕES DE ACUSAÇÃO E JULGAMENTO

Da adoção pelo texto constitucional do sistema acusatório decorre que ao Juiz não deve ser atribuída qualquer atividade no campo investigatório. As possibilidades de requisitar inquérito policial (art. 5º, II, do Código de Processo Penal) e presidir auto de prisão em flagrante, quando o fato criminoso for praticado em sua presença (art. 307, do Código de Processo Penal), não foram recepcionadas pela Constituição Federal¹⁴⁶.

Os últimos resquícios de participação direta do magistrado na investigação criminal foram recentemente abolidos do ordenamento jurídico. O inquérito judicial da antiga Lei das Falências (art. 103 e ss. do Decreto-lei 7661/45) não está previsto na nova legislação que regula a matéria (Lei 11101/05). A diligência pessoal do magistrado no procedimento investigatório para os fins previstos na Lei 9034/95 (art. 3º), foi tida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ofensa ao princípio do devido processo legal, por considerar a Corte que a coleta pessoal de provas desvirtua a função do juiz, de modo a comprometer a imparcialidade deste no exercício da prestação jurisdicional¹⁴⁷.

No tocante ao impulso inicial do processo, todos os procedimentos que estabeleciam a possibilidade do magistrado ou de qualquer outro agente público, que não o Ministério Público, efetuar-lo, foram expressamente revogados em face da previsão do art. 129, I, da Constituição Federal.

Necessário, portanto, analisar a possibilidade do Magistrado influenciar na acusação durante o curso do processo.

¹⁴⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis *et al.* *Código de Processo Penal Comentado e sua interpretação jurisprudencial*, cit., p. 62.

¹⁴⁷ STF: ADIN 1570, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12.02.2004, DJU 02.03.2004.

1) Emendatio libelli e Mutatio libelli

Por força do princípio da correlação entre a acusação e a sentença, que decorre como um dos corolários do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, está o juiz adstrito aos fatos narrados pela denúncia, devendo sobre eles exercer seu juízo de convicção, dispondo, para tanto, de liberdade para apreciação das provas produzidas (art. 157, do Código de Processo Penal). Segundo José Frederico Marques, “A área de incidência do *judicium* é demarcada, nas ações penais condenatória, pelo fato descrito na imputação”¹⁴⁸.

Não se admite, portanto, o julgamento *extra petita*, *citra petita* ou *ultra petita*. Trata-se de uma imposição garantidora, sobretudo, do direito de defesa do acusado¹⁴⁹.

Dispõe o art. 383, do Código de Processo Penal, que o juiz, ao decidir a lide, deve dar ao fato a correta capitulação jurídica, ainda que, em razão disso, tenha de aplicar sanção mais gravosa. Não está preso à definição jurídica constante da denúncia ou da queixa.

Como, nos termos do já decidido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵⁰, o réu se defende dos fatos narrados pela denúncia e não da classificação jurídica a eles atribuída pelo Promotor de Justiça, pode o juiz se valer da *emendatio libelli* para conferir ao caso concreto a qualificação jurídica que julgar mais adequada.

Acolhendo este entendimento, Fernando da Costa Tourinho Filho assim se manifesta: “Se a peça acusatória descrever o fato criminoso perfeitamente, mesmo não tendo havido uma errada classificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato e sim deste. Quando o réu é citado, dá-se-lhe conhecimento do

¹⁴⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, vol II, p. 252.

¹⁴⁹ BALICO, Vladimir. Sentença. Correlação entre acusação e sentença. Coisa julgada. Limites objetivos e subjetivos. Efeitos civis da sentença penal, Aplicação dos arts. 383 e 384, do Código de Processo Penal, e a ineficácia dos atos processuais. O sistema de nulidades no processo penal. In: *Tratado temático de processo penal*. SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, 397-429, p. 407.

¹⁵⁰ JESUS. Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*, cit., p. 256.

fato que se lhe imputa. É desse fato que se defende. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória”¹⁵¹.

Aqui não há qualquer questionamento em relação ao sistema acusatório. A atuação do juiz cinge-se a corrigir eventual equívoco da denúncia em relação à capitulação jurídica dos fatos, sem alterar a sua essência. Não há qualquer interferência na acusação, que permanece sob o domínio exclusivo do Ministério Público.

A problemática surge quando se considera o direito de defesa do acusado, que deve ser garantido em toda a sua plenitude por força de mandamento constitucional (art. 5º, LV). Não há dúvida de que a alteração da classificação jurídica dos fatos pela sentença pode surpreender à defesa, causando-lhe irreparáveis prejuízos.

Imagine-se uma situação onde a defesa foi, toda ela, conduzida no sentido de descaracterizar circunstância elementar inerente ao dispositivo penal tido como violado pela denúncia. Ao final, mesmo logrando êxito em seu intento, vê-se a defesa diante de uma inesperada modificação da qualificação jurídica pela sentença, que pode implicar inclusive em atribuição de sanção mais grave. Trata-se de circunstância que não pode ser tolerada.

É óbvio que, ao definir sua estratégia, o defensor técnico leva em conta, em grande parte, a definição jurídica do fato, posta na denúncia. Arrola testemunhas, escolhe documentos, requer diligências, dentre outras providências, baseado naquela capitulação. Não pode ser surpreendido, assim, com uma alteração do tipo penal ao final do processo sem que lhe seja dada oportunidade de se manifestar e, se necessário for, apresentar novas provas.

Este pensamento, apesar de minoritário entre os doutrinadores, é defendido por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “Desde que os fatos imputados

¹⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, cit., v. 4, p. 198.

permaneçam inalterados, pode o juiz dar-lhes definição jurídica diversa da constante da denúncia ou queixa, mesmo sem aditamento dessas peças. Porém, antes de sentenciar, em respeito ao contraditório, deve o juiz convidar as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de uma nova classificação jurídica dos fatos, evitando que sejam surpreendidas com a nova capitulação, sem que tenham tido oportunidade de debatê-la. Embora o réu se defenda dos fatos imputados e não da classificação legal dos fatos, o certo é que o tipo penal exerce influência decisiva na condução da defesa, de forma que sua alteração poderia surpreendê-la”¹⁵².

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho manifestam-se da mesma forma: “Em uma visão constitucional do processo, não se pode mais admitir aplicação do artigo 383, do Código de Processo Penal, sob pena de não serem resguardadas as garantias do devido processo legal. Assim, se a mudança na pena não foi objeto de debate antes da sentença pelas partes, para a correta atuação do princípio do contraditório, deve o juiz, antes, ouvi-las. Não se pode deixar de considerar que a fixação de pena mais grave, ainda que o fato seja o mesmo, pode alterar substancialmente a situação jurídica do acusado, fazendo, por exemplo, que seja punido por crime hediondo, sem direito à progressão de regime. Importante, assim, que possa se manifestar antes de ser sua pena agravada”¹⁵³.

Portanto, torna-se impossível ao juiz valer-se da *emendatio libellic* (art. 383, do Código de Processo Penal) para alterar a capitulação jurídica dos fatos sem antes oportunizar as partes, em especial à defesa, uma manifestação sobre a nova qualificação vislumbrada, devendo inclusive, promover a reabertura da instrução caso haja necessidade de oferecimento de outras provas.

Quanto à questão da *mutatio libelli*, esta demanda uma reflexão mais cuidadosa em face do sistema acusatório. A questão é tratada pelo art. 384, do Código de Processo Penal. De acordo com a disposição do *caput*, se o Magistrado reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em virtude de

¹⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Da correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 162.

¹⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, cit., p. 268.

circunstância elementar não descrita, nem mesmo implicitamente, na denúncia, baixará o processo, a fim de que a defesa se manifeste em oito dias, podendo produzir provas e ouvir até três testemunhas. Se esta nova definição suscitar a aplicação de pena mais grave, compete ao juiz baixar os autos do processo a fim de que possa o Ministério Público aditar a denúncia, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias para que a defesa se manifeste, podendo oferecer provas e arrolar até três testemunhas.

Em relação à disposição do *caput* do art. 384, do Código de Processo Penal, percebe-se, não há necessidade de aditamento por parte do Ministério Público. Ao magistrado, vislumbrando nova capitulação, em razão de circunstância elementar não narrada na imputação, há determinação expressa de encaminhamento dos autos diretamente à defesa para manifestação. Com efeito, atribui-se ao juiz competência para modificar a acusação formulada pelo órgão ministerial, sem sequer oferecer-lhe oportunidade para manifestação.

Para Julio Fabbrini Mirabete, a redação do art. 384 não atenta contra a previsão expressa no art. 129, I, da Constituição Federal: “Os dispositivos referentes à possibilidade de nova imputação (art. 384 e seu parágrafo), porém, não foram revogados pela Constituição Federal (...). Não tratam eles de nova acusação, alheia ao *parquet*, mas da possibilidade de nova capitulação legal do fato referente a circunstância não expressas ou implícitas na denúncia”¹⁵⁴.

Tratando especificamente do *caput* do art. 384, do Código de Processo Penal, há sim ofensa ao texto constitucional na medida que confere ao julgador atribuição para alteração do fato criminoso imputado ao acusado. Se existe a possibilidade de inclusão de circunstância elementar não incluída na denúncia, há fato novo, o qual, somente pode ser submetido à apreciação do magistrado mediante nova acusação, a ser promovida pelo Ministério Público, que deve ser materializada ou pelo aditamento ou por nova denúncia. O que não se pode admitir, em nenhuma hipótese, é a assunção do papel de acusador pelo juiz para inserir fato não constante da imputação. Há risco da perda de parcialidade – vai o julgador

¹⁵⁴MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, cit., p. 447.

decidir sobre fato do qual foi ele o autor da acusação – e ofensa ao sistema acusatório, que atribui a titularidade exclusiva da ação penal ao Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal).

Por esta razão, Benedito Roberto Garcia Pozzer é enfático no sentido de que a norma do estatuto processual (art. 384, *caput*) não foi recepcionada pelo texto constitucional em face do disposto no art. 129, I, Constituição Federal, o qual reservou, como função institucional, privativa do Ministério Público, a promoção da ação penal de iniciativa pública¹⁵⁵.

Este também é o posicionamento adotado por Antonio Scarance Fernandes: “Quando a Constituição Federal dá ao Ministério Público a titularidade exclusiva para propor a ação penal, isso significa que ninguém pode ser condenado por crime de ação pública sem que o Ministério Público o tenha acusado. Por isso, a falta de aditamento no art. 384, *caput*, representa a possibilidade de condenação por fato diverso daquele imputado ao réu pelo Ministério Público, em franca contradição com o art. 129, I, da Constituição Federal. Em suma, não há mais como alguém ser condenado por fato diverso daquele constante da acusação feita pelo Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública. A prova nova que altere a classificação inicial impõe aditamento do órgão acusatório”¹⁵⁶.

Portanto, deve o juiz sentenciar o feito de acordo com a imputação inicial constante da denúncia em face do princípio da correlação entre acusação e sentença também para não invadir o âmbito de competência alheia, circunstância não tolerada no processo penal equitativo, mesmo que tal solução implique na absolvição do acusado.

Na hipótese do parágrafo único do art. 384, do Código de Processo Penal – reservada para quando a nova definição jurídica do fato importe em eventual aplicação de pena mais grave – há previsão expressa de remessa dos autos ao

¹⁵⁵ POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 161.

¹⁵⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 185.

Ministério Público para aditamento da denúncia. Aqui, em princípio, não há qualquer ofensa ao texto constitucional.

No entanto, Jaques de Camargo Penteado aponta e o faz com razão, que, além de impedir o juiz de inovar a acusação, a Constituição não lhe permite “a convocação do autor para suprir a narrativa e o pedido”¹⁵⁷.

Surge então uma discussão acerca do teor do despacho que determina a baixa dos autos por vislumbrar o magistrado possibilidade de nova definição jurídica do fato existindo ou não circunstância elementar não descrita na denúncia, pois ambas as hipóteses, em nosso entendimento, não prescindem do aditamento pelo Ministério Público.

Sobre a questão, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho assim se manifestam: “É certo que não deverá antecipar o seu julgamento mas por outro lado, tem o réu direito de saber por quê há a possibilidade de condenação diversa daquela postulada pela acusação. A manifestação muito genérica, vazia, prejudica a defesa, podendo dar causa a nulidade. Deve o magistrado, de maneira singela, sem aprofundamento, sem avaliação prévia, mencionar quais as circunstâncias que, em face da prova, podem alterar a definição jurídica do fato”¹⁵⁸.

Não pode o magistrado impor ao Ministério Público o aditamento, pois é este último o titular exclusivo da ação penal (art. 129, I, Constituição Federal), cabendo-lhe, por consequência, definir qual será a pretensão jurídica a ser levada à apreciação do Poder Judiciário. O juiz não tem e não pode ter, qualquer influência nesta atividade. Assim, cabe-lhe apenas mencionar no despacho, os elementos de prova que o levaram a vislumbrar possibilidade de nova definição jurídica do fato, além de solicitar a manifestação das partes a esse respeito. Não deve sequer explicitar qual o tipo penal que considerou atingido, relegando tal tarefa ao Promotor de Justiça.

¹⁵⁷ PENTEADO, Jaques de Camargo. Imputação por julgador. In: *RT* 705, 305-307, p. 307.

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, cit., p. 269/270.

Inexistindo o aditamento, o feito deverá ser sentenciado nos termos da acusação constante da denúncia. Na hipótese inversa, tendo o *Parquet* alterado a definição jurídica do fato em sede de aditamento, estará o juiz adstrito ao pedido dele constante, sendo impossível a condenação do réu pela imputação inicial.

Sobre a possibilidade do juiz reconhecer circunstâncias agravantes, mesmo que não tenham elas sido alegadas, conforme o art. 385, do Código de Processo Penal, nosso entendimento é similar àquele já sustentado quando dos comentários acerca da hipótese de *emendatio libelli* (art. 383, do Código de Processo Penal). Não parece haver ofensa ao disposto no art. 129, I, da Constituição Federal, porque não há alteração na acusação e nem interferência indevida do magistrado nesta atividade. No entanto, pode a defesa ser surpreendida na sentença por circunstância que não teve oportunidade de contrariar, justamente porque não fora colocada na denúncia de forma expressa, tendo como consequência a imposição de uma sanção mais grave ao réu. Há, portanto, ofensa à garantia constitucional do contraditório e da ampla (art. 5º, LV).

2) A posição do juiz em face do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público

Ainda sobre o art. 385, do Código de Processo Penal, é de tecer comentários acerca da primeira parte do dispositivo que autoriza o juiz a “proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição”.

Neste ponto, parece-nos clara a ofensa ao sistema processual acusatório consagrado pela Constituição Federal.

Ao deferir a titularidade exclusiva da ação penal ao Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal), impossibilitando a interferência do magistrado ou de qualquer outra autoridade nesta atividade, a Constituição outorgou ao órgão o controle integral acerca da pretensão acusatória a ser levada à apreciação do Poder Judiciário. Ao juiz compete, de forma imparcial, decidir a lide penal que lhe foi

proposta, mantendo-se, na medida do possível, eqüidistante da atividade probatória durante o curso da instrução processual, questão esta que será comentada no próximo capítulo.

Assim, se as vontades das partes convergem num mesmo sentido, da pretensão absolutória, não há lide a ser decidida. Por isso, não pode o juiz criar ele próprio um suposto conflito de interesses – que não existe no caso concreto em razão da manifestação da acusação pela improcedência da ação penal – e decidir à revelia do que foi proposto pelas partes. Pode ocorrer indevida interferência do magistrado na função do órgão acusatório, situação não tolerada pelo modelo processual adotado pela Constituição Federal.

O Ministério Público, em face do disposto no art. 129, I, da Constituição Federal, pode sim desistir da ação penal quando considerar que a pretensão acusatória não tem mais razão de ser, ao contrário do que propõe o art. 42 do Código de Processo Penal, não recepcionado pela ordem constitucional, no nosso entendimento.

Não há motivo algum para o titular da ação penal levá-la adiante, até o seu término, quando, diante das provas produzidas no curso da instrução, convencer-se da inviabilidade do pedido constante da denúncia.

Se o interesse em discussão no processo penal é público, pois o delito, em tese, ofende toda a coletividade e não somente à vítima, o Ministério Público é o órgão constitucionalmente incumbido de promover a defesa desse interesse através da propositura da ação penal. Assim, se durante o seu trâmite sobrevier circunstância, no entendimento do Promotor de Justiça, que altere o seu posicionamento manifestado na denúncia, deve pleitear a desistência da ação explicitando os motivos que o levaram a essa conclusão.

3) O recurso de ofício

Pelas mesmas razões expostas no tópico anterior consideramos revogado, em face da ordem constitucional, as hipóteses de recurso de ofício previstas no art. 574, do Código de Processo Penal¹⁵⁹.

É preciso que se tenha em mente que o modelo processual acolhido pela Constituição, além de atribuir ao órgão ministerial a titularidade para ajuizamento da ação penal pública, expressa uma autêntica separação das funções de acusação e julgamento, atribuindo-as a pessoas distintas, promotor e juiz, respectivamente, de modo que não deve haver ingerências de um na competência do outro, e vice-versa.

Deve-se compreender que o Ministério Público não é somente o titular da ação penal no sentido da sua propositura, mas o responsável por zelar pela pretensão acusatória durante todos os termos do processo. Assim, se por qualquer motivo, esta pretensão não parecer mais viável ao Promotor de Justiça, seja em razão da prova produzida nos autos ou em função dos fundamentos empregados pelo juiz na sentença, não há mais o que ser discutido no processo penal. Não se pode conceber, portanto, o julgador recorrendo da sua própria decisão por imposição legal não recepcionada pela ordem constitucional. Aqui, novamente está o magistrado criando uma lide que não existe, diante da concordância da parte interessada em relação à decisão proferida.

Apesar do entendimento sobre a não persistência do recurso de ofício em face do sistema acusatório encontrar respaldo na jurisprudência¹⁶⁰, minoritária a bem da verdade, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “o impropriamente denominado ‘recurso *ex officio*’ não foi revogado pelo art. 129, I, da Constituição (...)”¹⁶¹.

¹⁵⁹ “Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos em que deverão ser interpostos de ofício, pelo juiz: I – da sentença que conceder *habeas corpus*, II – da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411”.

¹⁶⁰ TACRIM – SP, RO 695.063-2, Rel. Juiz Passos de Freitas, RT 677/374; TJMG, RO 153/2, Rel. Des. Guido de Andrade, RT 698/384.

¹⁶¹ HC 74.634-9, 2ª T, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.06.1997, DJU 22.08.1997.

4) A (im)possibilidade de suscitação de conflito negativo de competência pelo juiz singular quando do recebimento dos autos do processo por força de decisão desclassificatória proferida pelo juiz do júri

Merece atenção, também, a seguinte situação mencionada por Antonio Scarance Fernandes¹⁶². A suscitação de conflito de competência pelo juiz de direito ao receber os autos advindos do juiz do júri por força de desclassificação, nos termos do art. 410, do Código de Processo Penal.

Segundo Hermínio Alberto Marques Porto, “a decisão desclassificatória, levando uma nova classificação penal, importa no afastamento da competência do Júri, encaminhando o processo ao conhecimento do Juiz singular competente, perante o qual a instrução é completada”¹⁶³.

Antonio Scarance Fernandes não vê problemas na seguinte situação: uma vez operada a desclassificação, com o trânsito em julgado da decisão para o Ministério Público, o juiz de direito que vier a receber os autos pode suscitar conflito negativo de competência, nos termos do art. 114, I, do Código de Processo Penal. Segundo seu entendimento, o problema é de competência de modo que “não tem sentido impor ao segundo juiz e ao segundo promotor de justiça a decisão do juiz do júri, vedando-lhes a possibilidade de suscitarem o conflito. Nem mesmo há que se falar em preclusão em tema de competência, matéria de ordem pública”¹⁶⁴.

Posicionamento diverso apresenta Hermínio Alberto Marque Porto: “Transitada em julgado a decisão desclassificatória, passa a ser matéria preclusa a classificação originária que foi proposta pela denúncia ou pela queixa, classificação então não mais restaurável”¹⁶⁵.

O segundo entendimento é o mais correto. A situação é similar ao aditamento proposto pelo Ministério Público quando o Juiz considerar a hipótese de

¹⁶² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 186.

¹⁶³ PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 66.

¹⁶⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 186.

¹⁶⁵ PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*, cit., p. 67.

nova classificação jurídica para o fato. Aditada a denúncia, está o juiz vinculado ao pedido dela constante, sendo impossível a condenação nos termos do pedido inicial.

Aqui, oferecida a denúncia por homicídio doloso, ocorreu a desclassificação, tendo o Ministério Público com ela concordado em face da ausência de interposição do competente recurso em sentido estrito (art. 581, II, do Código de Processo Penal). Há uma nova definição jurídica para o fato, operada com a anuência do titular da ação penal, ainda que implícita. Não pode assim, o juiz para o qual os autos forem remetidos, querer retornar à classificação inicial, ainda que em razão de matéria de competência. Há indevida interferência do magistrado na formulação da acusação, o que ofende ao art. 129, I, da Constituição Federal.

5) A iniciativa instrutória do juiz

No processo penal equitativo, estruturado a partir das imposições do sistema acusatório, busca-se a separação efetiva das funções de processar e julgar. Não há mais como se conceber a indevida interferência do Magistrado em atribuição que constitucionalmente é conferida ao Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal).

Da locução do dispositivo citado, responsável pela consagração do modelo processual acusatório no ordenamento jurídico, extrai-se não só a titularidade exclusiva do Ministério Público no sentido da propositura da ação penal pública. Forçoso é convir, pela própria sistemática pregada na Constituição, que se outorgou ao órgão ministerial controle completo, nos termos da lei, sobre a pretensão acusatória levada à apreciação do Poder Judiciário.

Daí surge a questão sobre a persistência ou não dos poderes instrutórios do Magistrado em face do sistema acusatório.

A matéria, em termos de legislação, é regulada pelo art. 156 do Código de Processo Penal: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

A legislação processual, concebida em 1941, tem inspiração inquisitorial, permitindo a iniciativa acusatória ao Juiz, além de conferir-lhe amplos poderes no tocante à possibilidade de produção de provas e de decretação de medidas cautelares.

A nossa sistemática processual atual, de feição acusatória, consolidou-se somente a partir da Constituição Federal de 1988, através do já mencionado art. 129, I, da Constituição Federal.

Vicente Greco Filho sustenta que o sistema acusatório não retira do juiz, por completo, os poderes inquisitivos referentes à prova e perquirição de verdade¹⁶⁶.

Entretanto, a questão demanda cuidados em sua análise. As práticas probatórias atribuídas ao magistrado tinham inspiração no então enaltecido princípio da busca da verdade real, concebido inclusive como objeto precípua do processo penal. Havia uma crença, enraizada em todos os órgãos responsáveis pela persecução penal, de que esta verdade estava ao alcance do Estado, devendo ser perseguida em todas as situações.

O conceito então propagado, gerava expectativas impossíveis de serem atendidas, especialmente a partir da constatação de que dos autos do processo não se podia extrair o retrato fiel da realidade do fato criminoso. De acordo com Nicola Framarino dei Malatesta: “Certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um, a outros por vezes parece duvidosa quiza até mesmo falsa a outros ainda”¹⁶⁷.

Por este motivo, salienta Eugênio Paccelli de Oliveira, “embora se utilizando de critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegados em Juízo,

¹⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*, cit., p. 127.

¹⁶⁷ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, vol. I, p. 22.

a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependendo do maior ou menor grau de contribuição das partes e por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza¹⁶⁸.

Afasta-se, portanto, do processo penal a necessidade de busca da verdade real, até porque inatingível. Para Jorge de Figueiredo Dias, “em processo penal está em causa não a verdade formal, mas a *verdade material*, que há de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo absoluta ou ontológica, há de ser, antes de tudo, uma verdade *judicial, prática* e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas *processualmente válida*”¹⁶⁹.

Dentro desse conceito, a configuração atual do processo penal, diante do modelo pregado a partir da Constituição de 1988, não mais tolera a postura inquisitorial pregada pelo Código de Processo Penal. Há necessidade de redefinição de vários institutos relacionados à produção da prova, especialmente em relação à iniciativa probatória do Juiz.

Diante disso, temos que no processo penal eqüitativo, constituído pelo contraditório e pela igualdade das partes, a distribuição dos ônus probatório deve ser relegada à parte responsável pela alegação, nos precisos termos da primeira parte do art. 156, do Código de Processo Penal. A prova da existência do crime e da sua autoria incumbe ao responsável pela acusação, não só por força dessa disposição, mas principalmente em decorrência do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII), o qual deve prevalecer inclusive em casos de dúvida.

Entretanto, a doutrina majoritária não concebe esta passividade judicial em termos de iniciativa instrutória.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de processo penal*, cit., p. 256.

¹⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, cit., 1ª vol., p. 193/194.

Para Benedito Roberto Garcia Pozzer: “No processo penal, diferentemente, dada a indisponibilidade dos direitos em confronto, deve-se buscar a verdade dos fatos o mais próximo da realidade acontecida. O julgador não pode contentar-se com a verdade apresentada pelas partes. Ao contrário, busca, incansavelmente, os verdadeiros fatos, encontrando limites, somente, na moral e legalidade das provas¹⁷⁰.”

Marcos Alexandre Coelho Zilli assevera que não há incompatibilidade entre a modelagem acusatória e a iniciativa instrutória a cargo do juiz, embora reconheça que o maior envolvimento deste é característica marcante do sistema inquisitorial. Segundo as palavras do autor, “instruir não é função monopolizada pela atividade de acusar. E, tampouco, é incompatível com aquela de dizer o direito aplicável e de determinar as conseqüências jurídicas. Insere-se esta em uma relação de continente e conteúdo”¹⁷¹.

Inicialmente, somos instados à conclusão de que, efetivamente, não foram abolidos, por completo, os poderes instrutórios do Juiz em face do sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal.

Revela-se tarefa extremamente complicada, para não dizer inviável, a adoção de um modelo acusatório puro. Retirar integralmente do magistrado tarefas relacionadas à produção de provas no curso da instrução implica, até mesmo, em pregar a impossibilidade do julgador formular questionamentos ao réu e as testemunhas, deixando esta providência exclusivamente a cargo das partes. Parece-nos exagerada tal circunstância.

Por outro lado, também não se pode admitir a amplitude dada ao tema pelo Código de Processo Penal, que expressa um modelo tipicamente inquisitorial, onde ao juiz é dado, durante toda a instrução processual e mesmo depois do seu encerramento, antes do advento da sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante (art. 156, do Código de Processo Penal).

¹⁷⁰ POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no Processo Penal Brasileiro*, cit., p. 40.

¹⁷¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal*, cit., p. 272.

Necessária, assim, a releitura das disposições processuais em face da ordem constitucional vigente.

Dessa análise extrai-se que a iniciativa probatória do juiz durante o trâmite da instrução probatória deve ser adotada apenas em situações excepcionais, desde que expressamente previstas em lei. A regra fundamental é a sua equidistância em relação à atividade probatória das partes, cabendo-lhe apenas exercer o controle sobre a pertinência e relevância das provas requeridas, produzidas pelas partes para os fins do processo e a não permissão de ingresso nos autos das prova obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI, da CF).

É defeso ao magistrado substituir a qualquer das partes, em face de eventual deficiência no tocante à produção de provas. Também não se pode dizer que tem atuação suplementar tendente à complementar suposta insuficiência no tocante à demonstração de determinada situação.

Não há como se ignorar que, toda a vez que o magistrado se propõe a determinar a produção de provas de ofício, está, ainda que involuntariamente, favorecendo a uma das partes, o que provoca entre elas um desequilíbrio que afeta o tratamento igualitário que a elas deve ser reservado. Ainda que não se saiba qual o resultado da diligência ordenada, nem qual das partes eventualmente irá favorecer, a providência abre espaço para questionamentos sobre a imparcialidade, a qual deve ser sempre preservada.

A determinação da produção da prova de ofício advém, inevitavelmente, de um juízo de insegurança do juiz em relação às alegações apresentadas por uma das partes. Por não estar convencido da versão apresentada, ordena a realização de diligências no sentido de confirmá-la.

Ocorre, que neste ponto não é dado ao magistrado emitir tal juízo de convicção, que põe em risco a sua imparcialidade. Deve julgar de acordo com as provas que foram produzidas e não manifestar certa desconfiança em relação ao que foi sustentado por uma das partes. Deve ter em mente que, se a prova não foi

requerida por quem deveria fazê-lo, é porque, pelos mais variados motivos, não houve interesse na sua produção, cabendo-lhe tampouco questionar as razões dessa situação.

A avaliação necessária, no nosso entendimento, é similar àquela produzida em decorrência da utilização do direito ao silêncio por parte do acusado. Se ele optou por não apresentar a sua versão para os fatos é porque julgou isto conveniente para sua defesa ou por qualquer outro motivo que não cabe ao juiz perquirir. Portanto, deve julgar o magistrado de acordo com as provas que foram produzidas, sem extrair qualquer conclusão contrária ao acusado em face da sua atitude, até porque essa é preservada pela Constituição (art. 5º, LXII).

O mesmo raciocínio deve ser empregado quando da constatação de falta de prova tendente à comprovação de determinada situação exposta nos autos. A diferença é, que aqui, se pode levar em conta esta circunstância para formular um juízo de convicção. Cabe assim, considerar que, se a prova necessária não foi requerida, é porque não havia interesse na sua juntada aos autos pela parte interessada. Deve, portanto, o magistrado julgar de acordo com as provas que lhe foram apresentadas pelas partes, conferindo através delas, quem logrou êxito em demonstrar a sua versão e quem não o fez. Se há dúvidas, deve ser invocado o princípio constitucional da presunção de inocência para solucioná-las (art. 5º, LVII).

A lei processual oferece ao julgador os parâmetros necessários para avaliação das teses apresentadas pelas partes ao estabelecer que a prova da alegação incumbe a quem a fizer (art. 156, do Código de Processo Penal). Assim, se determinada situação foi exposta por uma das partes, mas não provada, cabe levar esta circunstância em seu desfavor na formulação do seu julgamento de mérito.

Em comentários sobre os projetos de lei de reforma do Código de Processo Penal, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira crítica a manutenção, pela nova redação do art. 156, da permissão conferida ao Juiz de determinar diligências de ofício no sentido da busca da prova: “E qual o motivo dessa permissão? Argumenta-se que deve o juiz solucionar a dívida que reste no caso... Mas para tal situação já existe a regra da presunção de inocência, pela qual o acusado deve ser absolvido

em caso de dúvida. Repita-se, aqui, que não se entende a tutela que o legislador insiste explicitar em favor do Ministério Público: Não cabe ao Poder Judiciário suplementar a atividade ministerial, mas tão somente julgar (se entende incapaz o representante ministerial, que tome as providências administrativas). E se o problema for com a defesa? Cabe ao órgão julgador considerar o réu indefeso, instar o acusado, instar o acusado a nomear outro defensor ou chamar o serviço de defensoria pública, e se este também for insatisfatório, que seja comunicada a Corregedoria do órgão e nomeado outro profissional, sempre guiado pelos parâmetros do bom senso¹⁷².

Portanto, em face do sistema acusatório, torna-se imprescindível a limitação da atividade probatória do Juiz. A regra é relegar para as partes a sua iniciativa, cabendo ao juiz, após colher a manifestação da parte contrária, decidir sobre a viabilidade do pleito.

Em hipóteses excepcionais, destinadas apenas a resolver dúvida sobre ponto relevante, especialmente sobre questões que demandam conhecimento técnico específico, admite-se a determinação de ofício da diligência pretendida, devendo ocorrer a intimação prévia das partes da decisão a fim de que possam se manifestar sobre a providência adotada e, quando necessário, requerer esclarecimentos suplementares.

Importante salientar que a dúvida somente pode existir a partir do ingresso de determinado elemento probatório nos autos por iniciativa de uma das partes, tendo a parte contrária apresentado a respectiva contra-prova. Se esses elementos suscitarem dúvida no magistrado, de modo que o impossibilite de decidir, por se tratar de questão que demanda conhecimentos técnicos, estará autorizado a solicitar de ofício, esclarecimentos a um perito da sua confiança. Para tanto basta a oitiva prévia das partes.

¹⁷² JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A crise no Direito Processual Penal Brasileiro. Comentários aos projetos de reforma do Código de Processo Penal. In: *Tratado temático de processo penal*. SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 227.

Não se admite, de forma alguma, iniciativa probatória do juiz destinada a substituir a atuação de qualquer das partes. Exemplo típico dessa situação é a requisição do exame de corpo de delito quando for este indispensável para comprovação da materialidade delitiva (art. 158, do Código de Processo Penal). Se a acusação, responsável por fazer prova neste sentido, não o solicitar, seja por falha, ou por considerar que outros elementos indicam essa materialidade, não pode o magistrado suprir a vontade da parte e determinar de ofício a feitura da perícia; deve, se for o caso, absolver o acusado ou reconhecer a nulidade prevista no art. 564, III, *b*, do Código de Processo Penal.

Também se revela incabível, diante da sistemática acusatória, a determinação de ofício para oitiva de testemunhas além daquelas indicadas pelas partes, conforme prescreve o art. 209, do Código de Processo Penal, as chamadas testemunhas do juízo. Podem sim ocorrer oitivas de testemunhas além daquelas indicadas na denúncia e na defesa prévia, desde que exista requerimento expresso da parte interessada neste sentido, indicando a razão pela qual se faz necessário o depoimento suplementar. Daí compete ao juiz decidir acerca da pertinência do pleito, devendo antes ouvir a manifestação da parte contrária.

6) A (im)possibilidade de decretação de ofício pelo juiz de medidas cautelares restritivas

No processo penal equitativo, onde as partes postulam em igualdades de condições numa instrução processual promovida sob o crivo do contraditório, deve o juiz permanecer equidistante à atividade probatória, dela se valendo apenas em hipóteses extraordinárias. Em regra compete-lhe decidir acerca da pertinência e relevância das diligências requeridas pelas partes, e não autorizar o ingresso nos autos de provas obtidas mediante meio ilícito.

Sobre as medidas cautelares restritivas, estas têm uma finalidade processual específica. A atribuição para zelar pela pretensão acusatória é do Ministério Público, nos termos do art. 129, I, do Código de Processo Penal.

Assim, não se pode admitir a imposição de medida cautelar restritiva ao acusado sem o prévio requerimento do órgão acusatório, especialmente no tocante à prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal). Se o próprio titular da ação penal não se interessou pela medida, porque, em tese, julgou-a inapropriada, não pode o magistrado fazê-lo de ofício. Trata-se, mais uma vez, de hipótese de indevida interferência em atividade acusatória, cujo titular exclusivo é o Ministério Público.

Ademais, como pode o acusado esperar imparcialidade do juiz que o levou ao cárcere de forma antecipada – e aqui deve se recordar que as medidas cautelares, em face da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), são excepcionais no ordenamento jurídico, especialmente a prisão preventiva – sem o consentimento do Promotor de Justiça. Por mais que se argumentem em sentido contrário, a hipótese parece-nos utópica.

CONCLUSÕES

O processo penal eqüitativo tem como preceito fundamental o respeito à dignidade da pessoa humana. Orientados por este princípio, advém as bases formadoras da sua estrutura: o devido processo legal, que tem como corolários as garantias do contraditório e da ampla defesa e o tratamento igualitário entre as partes.

Nestas condições, o modelo processual acolhido pela Constituição Federal de 1988, o sistema acusatório, se apresenta como uma imposição do processo penal eqüitativo. É aquele que privilegia as garantias do cidadão em detrimento do interesse público na perseguição do delito, interesse este que é realçado num sistema inquisitório. Tem-se o acusado como sujeito de direito e não como um singelo objeto de repressão a ser realizada pelo Estado.

A ordem constitucional, além de optar expressamente pelo sistema acusatório, estabeleceu uma distinção absoluta nas funções inerentes à persecução penal – investigação, acusação e julgamento – atribuindo cada uma delas a órgãos distintos e não deixando brechas para indevidas interferências de um determinado órgão na atividade constitucionalmente conferido ao outro, interferências estas que certamente trariam como conseqüências o desequilíbrio do sistema, estruturado para ser equilibrado e harmônico, tendo em conta as garantias que visou privilegiar.

Há barreiras culturais quase que intransponíveis para a adoção de um sistema puramente acusatório. Isto ocorreu em todos os ordenamentos estrangeiros onde houve opção por esta modelação processual, não sendo diferente no Brasil, pois ainda há traços do sistema inquisitório. A tendência do legislador é sempre optar por um dos sistemas como preponderante e buscar a correção de suas supostas imperfeições nas inspirações daquele que aparentemente foi relegado.

Nas legislações estrangeiras, especialmente na Itália, Alemanha e Portugal, com clara opção pela sistemática acusatória, não há separação absoluta das funções relacionadas à persecução penal, ao contrário do que prega o ordenamento brasileiro, sendo permitido ao Ministério Público participar de maneira

direta da fase pré-processual de coleta de elementos para propositura da ação penal.

O modelo consagrado no Brasil, estabelecendo uma distinção clara entre as atribuições de investigar, processar e julgar, sendo cada uma delas entregue ao controle de um órgão específico, é o que mais se aproxima do sistema acusatório, sendo, portanto, o mais adequado para preservar as garantias do processo penal equitativo.

Ao analisar a adoção do sistema acusatório pela legislação processual, concluímos que estamos longe de atingir uma relação de conformidade plena entre esta e o modelo processual consagrado pelo texto constitucional. É realmente injustificável, por mais de quinze anos após o advento da Constituição, a persistência no ordenamento jurídico a possibilidade de *mutatio libelli* sem aditamento do Ministério Público (art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal) e a ampla gama de poderes instrutórios conferidos ao Magistrado (art. 156, do Código de Processo Penal), facultando-lhe, até mesmo, a decretação de ofício da mais odiosa medida cautelar restritiva de natureza processual, a prisão preventiva (art. 312, do Código de Processo Penal), dentre outras situações que foram analisadas no curso do trabalho.

Ora nos deparamos com avanços, como a recente extirpação das atribuições investigatórias conferidas ao Juiz de Direito ora com retrocessos, como a tentativa de se ampliar, por exegese, os poderes do Ministério Público no campo investigatório criminal. Todavia, parece-nos que o caminho tem sido trilhado, ainda que de forma tímida, mais no sentido da aproximação de um modelo acusatório “puro”, ainda que seja este apenas um ideal.

O pressuposto fundamental para manutenção do equilíbrio desse sistema, para continuidade da marcha em direção ao modelo processual consagrado na Constituição Federal, é a preservação da distinção entre as atribuições típicas da persecução penal. Devem as funções de investigar, processar e julgar, como imperativo do processo penal equitativo, permanecerem sob o controle da polícia judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário, respectivamente,

estabelecendo-se, tal como está previsto, um mecanismo de relacionamento constante entre essas atividades, mas vedando, sob pena de desequilíbrio do sistema, a interferência direta de um organismo na função constitucionalmente assegurada ao outro.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1969.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Freitas Barros, 1959, vols. I e II.

ANDRÉ, Adélio Pereira. *Manual de processo penal*. Lisboa: Livros Horizonte, 1983.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BALICO, Wladimir. Sentença. Correlação entre acusação e sentença. Coisa julgada. Limites objetivos e subjetivos. Efeitos civis da sentença penal. Aplicação dos arts. 383 e 384, do Código de Processo Penal, e a ineficácia dos atos processuais. O sistema de nulidades no processo penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 397-429.

BARAÚNA, José Roberto. *Lições de processo penal*. São Paulo: José Bushastsky, 1978.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, 2º vol.

BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

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

BURLE FILHO, José Emmanuel; RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *O arquivamento do inquérito policial*. São Paulo: Fiúza, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1961.

CARRARA, Francesco. *Programa del curso del derecho criminal*. Buenos Aires: Depalma, vol. II, 1944.

CEVASCO, Luis Jorge. *Princípios de Derecho procesal penal argentino*. Buenos Aires: Oxford, 1999.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COGAN, José Pinheiro Machado. *Do poder investigatório do Ministério Público no Brasil e no mundo*. Disponível em <http://www.tacrim.sp.gov.br>. Acesso em: 23.09.2004.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no Direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal que antecede a ação penal instaurada no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 171-178, julho/setembro 1997.

DAVID, René. *O direito inglês*. 2ª ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra ed., 1984, 1º vol.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os “procedimentos investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, p. 241-251, janeiro/março 2002.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, vol. 3.

GARCIA, Gilberto Leme Marcos. A pena como resposta ao delito. *Boletim do IBCCrim*, novembro/1997, nº 60, p. 11.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Breves Anotações sobre o novo processo penal falimentar. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCrim, nº 148, março/2005, p. 12.

_____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, dezembro/2004, nº 145, p. 4.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HOUAISS, Antônio. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Poderes Investigatórios do Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, n. 135, janeiro/2004.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A crise no Direito Processual Penal Brasileiro. Comentários aos projetos de reforma do Código de Processo Penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, vol. I.

MARICONDE, Alberto Vélez. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Lerner, 1969, tomo I.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I.

_____. *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, vol. II.

_____. O processo penal na atualidade. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques, e SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 13-20.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2ª e 4 eds. São Paulo: Saraiva, 1995 e 2000.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. 3ª ed. Barcelona: PPU, 1990.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. *Código de Processo Penal interpretado*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAIS FILHO, Antonio Evaristo de. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista brasileiro de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 105-110, julho-setembro 1997.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito processual penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Pode o Ministério Público investigar diretamente ilícitos criminais?* Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 22.08.2003.

PENTEADO, Jacques de Camargo. Imputação por julgador. *Revista dos Tribunais*, v. 705, p. 305-307.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, José Afonso. *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 – Competência exclusiva das polícias*. São Paulo: 16.11.1996.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. A reforma do direito processual penal português – celeridade e garantias constitucionais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 318-336.

_____. Procedimento de ofício. In: PORTO, Hermínio Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 91-111.

SZNICK, Valdir. *Princípios de defesa na Constituição*. São Paulo: IGLU, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições do processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, 2º vol.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 15ª ed. Saraiva, 1994, vol. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Luís Guilherme. *O Ministério Público e a investigação criminal*. Rio de Janeiro: OAB/RJ, 2004.

ZILLI, Marco Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

