

ISSN 2317-1898

TRIBUNAVIRTUAL IBCCRIM

Tribuna Virtual • Ano 01 • Edição n° 02 • Março de 2013

Publicação com periodicidade quinzenal



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

1ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa

2º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna

1ª Secretária: Heloisa Estellita

2º Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

1º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob

2º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

Assessor da Presidência: Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Rudge Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Marta Saad

OUVIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

Biblioteca: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Boletim: Rogério Fernando Taffarello

Comunicação e Marketing: Cristiano Avila Maronna

Cursos: Paula Lima Hyppolito Oliveira

Estudos e Projetos Legislativos: Leandro Sarcedo

Iniciação Científica: Ana Carolina Carlos de Oliveira

Mesas de Estudos e Debates: Andrea Cristina D'Angelo

Monografias: Fernanda Regina Vilares
Núcleo de Pesquisas: Bruna Angotti
Relações Internacionais: Marina Pinhão Coelho Araújo
Revista Brasileira de Ciências Criminais: Heloisa Estellita
Revista Liberdades: Alexis Couto de Brito
Tribuna Virtual IBCCRIM: Bruno Salles Pereira Ribeiro

PRESIDENTES DOS GRUPOS DE TRABALHO

Amicus Curiae: Thiago Bottino
Código Penal: Renato de Mello Jorge Silveira
Cooperação Jurídica Internacional: Antenor Madruga
Direito Penal Econômico: Pierpaolo Cruz Bottini
Habeas Corpus: Pedro Luiz Bueno de Andrade
Justiça e Segurança: Alessandra Teixeira
Política Nacional de Drogas: Sérgio Salomão Shecaira
Sistema Prisional: Fernanda Emy Matsuda

PRESIDENTES DAS COMISSÕES

17º Concurso de monografias: Fernanda Regina Vilares
19º Seminário Internacional: Carlos Alberto Pires Mendes
Cursos com a Universidade de Coimbra: Ana Lúcia Menezes Vieira

GESTÃO DA TRIBUNA VIRTUAL IBCCRIM

Coordenador-Chefe

Bruno Salles Pereira Ribeiro

Coordenadores Adjuntos

Adriano Scalzaretto

Guilherme Suguimori Santos

Matheus Silveira Pupo

Conselho Editorial

Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Adriano do Nascimento Silva, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Machado, Camila Garcia, Carlos Henrique da Silva Ayres, Christiany Pegorari Conte, Danilo Ticami, Davi Rodney Silva, Diogo Henrique Duarte de Parra, Eduardo Henrique Balbino Pasqua, Érica Akie Hashimoto, Fabiana Zanatta Viana, Fábio Suardi D' Elia, Francisco Pereira de Queiroz, Gabriela Prioli Della Vedova, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Suguimori Santos, Humberto Barrionuevo Fabretti, Ilana Martins Luz, Janaina Soares Gallo, José Carlos Abissamra Filho, Luiz Gustavo Fernandes, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marcela Veturini Diorio, Marcelo Feller, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Rafael Lira, Rafael Serra Oliveira, Ricardo Batista Capelli, Rodrigo Dall'Acqua, Ryanna Pala Veras, Thiago Colombo Bertoncetto e Yuri Felix.

APRESENTAÇÃO

O IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pauta-se, acima de tudo, pela defesa das liberdades individuais dos cidadãos e pela proteção de seus direitos fundamentais.

Seja para abrir os caminhos entre as veredas das ciências, seja para municiar o campo de batalha da defesa da liberdade, proporcionar meios de difusão do pensamento sempre esteve entre as principais atividades do IBCCRIM em seus 20 anos de existência. Assim o comprova o Boletim do IBCCRIM, a Revista Brasileira de Ciências Criminais e a Revista Liberdades.

Poder falar e ouvir são pressupostos fundamentais do exercício da liberdade. É também falando e escutando que se desenvolve o processo dialético de lapidação de ideias, maneira pela qual se constrói a verdadeira e legítima ciência.

Na verdade, uma publicação científica é antes de tudo uma tribuna, onde o pensamento humano se amplifica, onde as ideias se libertam e ganham voz, uma voz que não serve às palavras do poder, mas sim ao poder de uma palavra: liberdade.

Inspirado por esses ideais surge um novo espaço de intercâmbio de ideias e de fomento do pensamento científico adequado à modernidade tecnológica globalizada. Assim é concebido este periódico: uma Tribuna Virtual do IBCCRIM.

Uma plataforma globalmente acessível, que tem como objetivo receber e difundir os conhecimentos das ciências criminais para além das barreiras territoriais - essa é nossa tribuna.

Após 20 anos de incansável defesa das garantias fundamentais, esperamos que nesta Tribuna o vigor científico surja do embate de ideias, experiências e pontos de vista plurais e democráticos, a individualidade ceda lugar ao debate, o autoritarismo e o medo se calem e o pensamento humano amplifique e dê sentido ao conceito de liberdade sonhado por este instituto.

Seja voz nesta tribuna.

Envie seu artigo.

“Participe por acreditar”.

Coordenação da Tribuna Virtual IBCCRIM.

A investigação criminal pelo Ministério Público no direito comparado e o retrocesso do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 37

Odone Sanguiné

Professor da UFRGS.
Desembargador Aposentado do TJRS.
Advogado.

Paloma de Maman Sanguiné

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Resumo: O artigo faz uma crítica ao Projeto de Emenda Constitucional n. 37, que preconiza a exclusão dos poderes investigatórios do Ministério Público, outorgando-os, com exclusividade, à instituição policial. Apresenta uma análise comparada de diversos sistemas jurídicos e os principais argumentos criminológicos e de política criminal que justificam a legitimidade da investigação criminal pelo Ministério Público no Estado Democrático de Direito, coincidindo em sua conclusão, aliás, com a recente tendência jurisprudencial favorável do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Palavras-chave: PEC n. 37; Investigação Criminal; Ministério Público.

Abstract: This article intends to provide a critical analysis about the proposal of amendment to the constitution n. 37, which calls for the exclusion of investigation power granted to the Department of Public Prosecution, and granting them to the police department exclusively. It also provides a compared analysis of several legal systems and the main criminological arguments and criminal policies which justify the legitimacy of criminal investigation carried out by the Department of Public Prosecution, in the democratic rule of law. Its conclusion actually coincides with the recent favorable jurisprudential trend of the Supreme Court about this topic.

Key words: Proposal of amendment to the constitution n. 37; criminal investigation; Department of Public Prosecution.

Sumário: 1. Introdução – 2. A instituição policial e suas funções na sociedade globalizada e de risco – 3. Modelos de investigação existentes no direito comparado: 3.1 Alemanha; 3.2 Itália; 3.3 Bélgica; 3.4 França; 3.5 Portugal; 3.6 Inglaterra; 3.7 Estados Unidos da América – 4. Síntese dos diversos sistemas de investigação – 5. A legitimação da investigação pelo Ministério Público no Estado Democrático de Direito: 5.1 Argumentos criminológicos; 5.2 Argumentos de política criminal; 5.3 Argumentos normativos: a tendência jurisprudencial do STF – 6. O recente Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 37 – 7. Conclusão.

1. Introdução

A finalidade destes apontamentos consiste em fornecer uma informação com base no método comparado¹ sobre a atual situação político-legislativa da investigação criminal pelo Ministério Público nos países mais importantes da Europa e nos Estados Unidos, visando a atender o objetivo prático de iluminar a política legislativa brasileira, tendo em vista a intensa discussão que vem ocorrendo a partir do Projeto de Emenda Constitucional 37, que pretende retirar os poderes de investigação do Ministério Público.

2. A instituição policial e suas funções na sociedade globalizada e de risco

Historicamente, a função policial de manter o controle social vem sendo legitimada pela necessidade de controlar a criminalidade e prender os suspeitos ou presumidos delinquentes. Entretanto, nem todo trabalho policial tem vinculação direta com o controle da criminalidade, na medida em que a polícia também desempenha um papel na manutenção da ordem pública e no controle da dissidência política.

Nas sociedades pré-industriais, o controle da criminalidade era executado em nível comunitário, sem uma força policial organizada. Com a industrialização, funcionários específicos são nomeados para manter a ordem, o que redundou na proliferação de forças especializadas. Como acontece com qualquer grupo detentor de poder, há o perigo onipresente de corrupção, violência e racismo. Segundo Charles Wilson, a tendência do policiamento é de gerar culturas reacionárias, defensivas e centrífugas, resistindo à crítica e à reforma²

As teorias sobre a polícia estão intimamente ligadas com as ideologias políticas, deduzindo-se, então, três abordagens: (a) uma *visão conservadora* concebe a polícia como formada

¹ A abertura de novos horizontes, graças ao direito comparado, permite utilizar para a interpretação das normas de direito nacional, além dos critérios tradicionais, o método comparativo, particularmente através da microcomparação. Nesse sentido: CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de derecho comparado*. Madrid: Tecnos, 1981. v. 1, p. 283 e 316; p. 17-23; JESCHECK/WIEGEND. *Tratado de derecho penal*. Parte geral. 5. ed. Comares, 2002 p. 49; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 22-26.

² Verbete “polícia”, in VV.AA. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Jorge Zahar, 1996.

por combatentes do crime, quando a instituição desempenharia também um papel integrativo na promoção da harmonia social; (b) a *visão marxista radical* encara a polícia como uma agência repressora do Estado (Althusser a incluía entre os aparelhos repressivos do Estado), sempre agindo na proteção dos interesses da classe dominante e no controle da resistência da classe trabalhadora contra a exploração; (c) mais recentemente, surgiu uma abordagem orientada para um *programa de ação política*: aceita a necessidade do policiamento e examina vários estilos e métodos do policiamento de modo mais empírico, utilizando critérios como eficiência, eficácia e aceitação pelo público³

Na verdade, a instituição policial não deve ser analisada unicamente como uma função ou uma corporação, nem tão somente como um objeto ou um aparelho de Estado, mas também sob uma leitura sociojurídica, segundo a qual a polícia desempenha uma *função simbólica*, que se expressa como instrumento de luta contra o crime, e uma *função real*, como aparelho de Estado consistente em atuar como mecanismo de controle e de regulação social sob a dependência teórica do Estado, daí que seja permitido o uso e aplicação da força-violência como coação direta e legítima⁴

Não obstante, a soma das funções simbólica e real permanece sendo inidônea para dar uma explicação satisfatória da existência da polícia em nossa sociedade, porquanto desempenha mais funções e atividades do que as até aqui descritas. Dessarte, é indispensável um enfoque sistêmico que revele a *essência real* da instituição policial, mostrando que ela funciona como aparelho Estatal (*função visível*) e, simultaneamente, como sistema polivalente (*função oculta*), o que permite um duplo registro de leitura: como instrumento do poder e como ente-poder em si mesmo. Assim, o enfoque policial resulta incompleto, na era da globalização e da sociedade do risco, para compreender a temática da segurança pública. Como os riscos, ou melhor, a segurança, não pode ser totalmente garantida, permite-se a incorporação cada vez mais ativa de uma pluralidade de atores públicos e privados quando se discutem políticas de segurança. Com isso, não somente se produz uma quebra do conceito de monopólio estatal da violência legítima, mas

³ Idem, ibidem.

⁴ BRUNET, Amadeu Recasens I. La seguridad, el sistema de justicia criminal y la policía. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 288 e 297.

também decaí o papel central da polícia em matéria de segurança. Assim, é preciso *descentralizar* a polícia, para (re)situá-la como mais um entre os atores que giram ao redor do verdadeiro problema, que é o da segurança⁵

3. Modelos de investigação existentes no direito comparado

A análise comparativa de alguns modelos de investigação em outros países possibilita coletar dados úteis para demonstrar o equívoco da proposição contida na PEC n. 37 de entregar, com exclusividade, a tarefa investigativa à instituição policial, alijando a instituição do Ministério Público dessa fundamental função estatal de controle da criminalidade, especialmente os crimes praticados por pessoas nas altas esferas do poder político ou econômico.

3.1. Alemanha

Na Alemanha, desde 1975 desapareceu a figura do juiz instrutor. O Ministério Público é o dono e o senhor da instrução criminal, submetido ao princípio da legalidade e obrigado a investigar os fatos de forma imparcial. A polícia é, no processo penal, um órgão auxiliar que atua por ordem, direção e vigilância jurídica do Ministério Público, competindo àquela a tarefa principal de esclarecimento, vigiada e ordenada pelo Ministério Público. O trabalho prático de investigação se transfere sempre em maior medida à polícia (§§ 152 e 161 a 163 da StPO). Somente os casos que exigem, por um lado, conhecimentos jurídicos especiais e, por outro lado, distintos meios materiais e pessoais são averiguados pelo próprio Ministério Público (*v. g.*, delitos econômicos, nos quais é possível trabalhar inclusive em seu gabinete). O Ministério Público, como órgão independente da administração de justiça, situado entre o executivo e o judiciário, porém rodeado de garantias, pode e deve frenar, em todas as partes, o excesso de zelo do Poder

⁵ Idem, *ibidem*, p. 288-289, 297 e 305-310.

Executivo⁶ Dado que ao Ministério Público está confiada a administração da justiça penal, sua atividade, tal como a do juiz, não pode estar orientada às exigências da administração, mas somente a valores jurídicos, isto é, a critérios de verdade e justiça. Por conseguinte, apesar de a Polícia desempenhar atividades de investigação, o Ministério Público conserva o domínio sobre o procedimento de investigação preliminar, porquanto lhe incumbe: dirigir, conduzir ou vigiar o procedimento de investigação; ordenar que se pratiquem as investigações e realizar, pessoalmente ou mediante outras autoridades públicas, os atos de investigação que considere necessários, ou delegar as diligências a outras autoridades ou funcionários policiais, podendo, inclusive, ordenar medidas coercitivas (prisão preventiva, sequestros etc. e realizar outras medidas de investigação, conforme disposto no § 160 e ss. da StPO). Inclusive, se a polícia investiga, o Ministério Público é responsável pela realização, ordenada e completa, dessa tarefa⁷

3.2. Itália

Um dos aspectos mais representativos do sistema processual italiano, de caráter acusatório, está constituído pelo desaparecimento da fase e da figura do juiz de instrução, porque nele se reuniam duas funções incompatíveis: a de juiz e a de investigador. Essa figura foi substituída por um juiz (denominado “*Giudice per le indagini preliminari*”) sem funções investigatórias e em posição imparcial (“*Terzietà*”) em relação às posições da acusação e da defesa, também na fase de investigação preliminar, para assegurar uma garantia jurisdicional nas intervenções limitadoras da liberdade.

Por outro lado, o Ministério Público (“*Publico Ministero*”) – que integra o corpo da magistratura – além de dirigir a Polícia Judiciária, que lhe é auxiliar, e a investigação preliminar,

⁶ BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Trad. Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 166-172 e 181-182; VV.AA. *Sistemas de proceso penal en Europa*. Dirigido por Ramón Maciá Gómez. Barcelona: Cedecs, 1998. p. 26 ss.

⁷ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Julio B. Maier. Buenos Aires, 2000. p. 52-58; BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal* cit., p. 166-172; VV.AA. *Procedure penali d'Europa*. Padova: Cedam, 1998. p. 166; GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El proceso penal aleman*. Introducción y normas básicas. Barcelona: Bosch, 1985. p. 149; SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Valencia, 1999. p. 95.

pode desempenhar pessoal e diretamente todas as atividades investigatórias permitidas à Polícia Judiciária ou, então, valendo-se desta, com o êxito das investigações, promover a ação penal. Porém, normalmente delega tais tarefas à polícia para evitar paralisá-la e desresponsabilizá-la. Isso não impede que a polícia judiciária realize, mesmo depois da intervenção ministerial, toda atividade necessária para a constatação dos crimes⁸

3.3. Bélgica

Em princípio, a tarefa de realizar a investigação cabe exclusivamente ao juiz instrutor. Todavia, isso sofre temperamentos e exceções, de maneira que o poder instrutório acaba por pertencer também a vários outros órgãos, como o Ministério Público, o qual colabora a vários títulos para tal tarefa. Na fase da investigação preliminar (“*information*”), que precede ao exercício da ação penal, a jurisprudência reconhece ao Ministério Público o poder de recolher todos os elementos necessários ao exercício da ação penal, embora sua tarefa principal seja a de exercer a ação penal pública. Na fase preliminar do processo penal, a “*information*” é conduzida sob a direção e a responsabilidade do “*procureur du Roi*”. A investigação/inquérito (“*l’enquête*”) é dirigida pelo Ministério Público com a assistência dos funcionários da polícia judiciária, que agem a seu pedido, sob sua direção e vigilância. Além da sua qualidade de magistrado, a lei reconhece a diferentes membros do Ministério Público a qualidade de funcionário de polícia judiciária⁹

3.4. França

O Juiz de instrução busca todas as informações que acredita serem úteis para a descoberta da verdade. Incumbe-lhe reunir tanto os elementos que evidenciem tanto a culpabilidade como a

⁸ VV.AA. *Sistemas de proceso penal en Europa* cit., p. 235-244; VV.AA. *Procedure penali d'Europa* cit., p. 271 e 277 ss.; VV.AA. *Processo penal e direitos do homem*. Rumo à consciência europeia. Org. Mireille Delmas-Marty. Trad. Fernando Franco. Barueri: Manole, 2004. p. 45-46; BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana*. Reflexos no Brasil. São Paulo: RT, 1991. p. 32.

⁹ BOSLY, Henri-D.; VANDERMEERSCH, Damien. *Droit de la procedure pénale*. La charte, Brugge, 2000. p. 240 e 269-270; VV.AA. *Il proceso penale in Belgio*. *Procedure penali d'Europa*. Padova: Cedam, 1998. p. 59.

inocência. Pode exercer por si mesmo seus poderes de investigação, porém, na maioria dos casos, vale-se da polícia judiciária e, se for o caso, de peritos¹⁰ Os membros do Ministério Público são recrutados como os magistrados e pertencem, portanto, ao corpo da magistratura, podendo, no curso da carreira, passar de uma a outra função¹¹

O Ministério Público é o ator principal no processo penal, tendo o poder de usar do direito de ação pública¹² A Polícia Judiciária, no exercício das suas atribuições judiciárias, depende do controle do juiz. Um dos motivos que justificam esse controle é de ordem jurídica: a autoridade judiciária é a guardiã da liberdade individual. O exercício da função policial apresenta o risco de atentar contra a liberdade individual. A autoridade judiciária previne esse risco, controlando a polícia judiciária. Em termos gerais, durante a investigação, os funcionários da polícia judiciária são colocados sob a direção do Procurador da República, que tem todos os poderes e todas as prerrogativas próprias dos funcionários de polícia judiciária, podendo realizar todos os atos que sejam necessários à investigação preliminar (*“l’enquête préliminaire”*). No ano 2000, o legislador francês introduziu novas disposições visando reforçar o controle, pelo juiz, de liberdades e de detenção, da investigação preliminar, quanto a sua duração e quanto a sua direção efetiva pelo Procurador da República. Tanto este como o Juiz de Instrução dispõem de todos os poderes de polícia judiciária, podendo realizar, por si mesmos, os atos investigatórios necessários à investigação e à persecução de infrações penais (art. 40 e ss. do CPP). O legislador outorgou ao Procurador da República a faculdade de participar da execução dos atos que ele tiver requisitado. Considerou-se que a atribuição ao Ministério Público da investigação constitui garantia de eficácia e rapidez em relação à investigação conduzida por um magistrado isolado e exposto a riscos diversos¹³

3.5. Portugal

¹⁰ VV.AA. *Sistemas de proceso penal en Europa* cit., p. 157.

¹¹ RASSAT, Michèle Laure Rassat. *Traité de procédure pénale*. Paris: Puf, 2001. p. 228.

¹² GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 2. ed. Paris: Litec, 2002. p. 570.

¹³ FOURMENT, François. *Procédure pénale*. Orléans: Paradigme, 2003. p. 59, 61-63 e 96; GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Procédure pénale* cit., p. 553-554 e 958; VV.AA. *Procedura penali D’Europa* cit., p. 105; VV.AA. *Processo penal e direitos do homem* cit., p. 40.

A reforma do Código Penal Português de 1987 confiou plenamente à promotoria o essencial das funções de investigação. A partir daí, a primeira fase (preparatória) do processo, de estrutura acusatória, está constituída pelo *inquérito*, que constitui a fase de investigação anteriormente realizada pelo juiz de instrução. O inquérito abarca as investigações preliminares e abrange as investigações policiais sob a responsabilidade do Ministério Público, que deve conduzir as investigações com independência e imparcialidade. Durante a realização do inquérito, o MP conta com a colaboração dos órgãos de polícia e de funcionários do Ministério Público, ambos sob a sua orientação direta e em situação de dependência funcional. A instrução, apesar de estar atribuída ao juiz de instrução, não tem a natureza de uma fase de investigação propriamente dita, tendo essencialmente funções de garantia. Daí deriva sua natureza subsidiária ou facultativa: a instrução somente se produz quando é requerida pelo acusado ou pelo ofendido-assistente, quando algum destes não se conforma com a decisão do Ministério Público.¹⁴

3.6. Inglaterra

A Polícia é responsável, em primeiro lugar, pela investigação dos crimes. Se existem suficientes indícios, poderá acusar o suspeito. Se for acusado, o suspeito terá direito a receber detalhes escritos sobre o delito imputado, disponíveis em uma “lista de acusações no juizado de polícia”. A Polícia entrega então o caso ao Serviço da Promotoria da Coroa (“*Crown Prosecution Service*”), o qual notifica e prepara o caso para o julgamento. Portanto, não existe juiz investigador ou de instrução na Inglaterra e País de Gales. É dever da polícia, com o conselho do serviço da Promotoria da Coroa, reunir as provas para sustentar uma acusação.

Por sua vez, o Ministério Público da Coroa, criado pelo “*Prosecution of Offences Act*” de 1985, com a finalidade de conduzir o inquérito e de limitar os poderes da polícia, é um serviço nacional independente e legal, que se compõe de advogados assalariados que dirigem todas as acusações em nome da Rainha. O seu papel é o de aconselhar a polícia, revisar a decisão de

¹⁴ VV.AA. *Sistemas de proceso penal en Europa* cit., p. 316 ss.; VV.AA. *Proceso penal e direitos do homem* cit., p. 27-28 e 62-72.

acusação e preparar os casos para julgamento e apresentá-los aos Tribunais. Precisamente, a criação do “*Crown Prosecution Service*” buscou evitar o perigo de deixar à polícia a tarefa de conduzir sozinha a investigação, o que levou à escandalosa condenação dos “*Seis de Birmingham*” à prisão perpétua, fundada em confissões extorquidas pela polícia e utilizadas como prova. Agora, o único poder que a legislação confere à polícia é o poder de concluir o inquérito por ela iniciado.¹⁵

Convém salientar que o *sistema inglês* distingue-se nitidamente do sistema continental, na medida em que a abertura e desenvolvimento da fase preparatória estão entregues, inteira e exclusivamente, à polícia: as investigações são efetuadas pela polícia, a qual age em virtude de um poder que lhe é próprio ou em virtude de uma ordem judicial por parte de um juiz de paz (“*justice of the peace*”). Não obstante, após a entrada em vigor do *Prosecution of Offences Act* de 1985, reduziram-se consideravelmente os poderes do Chefe de Polícia (“*Chief Officer*”). Este conserva, ainda, o poder de arquivamento; porém, se ele opta pela ação penal, a sua decisão é, agora, com o novo texto legal, submetida ao exame do Promotor da Coroa, que dispõe do poder exclusivo de arquivar a ação penal iniciada pela polícia (“*Crown Prosecutor*”). Portanto, tornou-se um mecanismo complexo no qual intervém sucessivamente o “*Chief Officer*”, que inicia a ação penal, e o “*Crown Prosecution Service*”, que a confirma. A separação das funções no momento de estabelecer se promove ou não a ação penal contribui sensivelmente na aproximação da Inglaterra com os demais países.¹⁶

Os membros do “*Crown Prosecution Service*” não podem realizar eles próprios as investigações, mas o Promotor inglês tem a possibilidade de impulsioná-las, porquanto pode solicitar à polícia um extrato da investigação. A legislação de 1985 não conferiu ao “*Crown Prosecutor*” os meios para obrigar a polícia a desenvolver as investigações complementares requeridas pelo Ministério Público; por isso, desenvolveu-se uma praxe que consiste em proceder ao arquivamento quando a polícia se recusa a obedecer. Trata-se de um meio radical de pressão destinado a vencer as resistências da polícia. O Ministério Público permanece, no entanto, alheio

¹⁵ VV.AA. *Sistemas de proceso penal en Europa* cit., p. 216-219; VV.AA. *Proceso penal e direitos do homem* cit., p. 29 e 92-94.

¹⁶ VV.AA. *Procedura penali D'Europa* cit., p. 406-415.

ao desenvolvimento concreto dos atos de investigação e depende do trabalho da polícia, de maneira que cabe perguntar se ainda é possível falar de controle sobre a decisão de exercitar a ação penal¹⁷

Cabe mencionar, por último, que a Grã-Bretanha, com o “*Humans Rights Act*”, de 1998, incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos na legislação interna, de maneira que, pela primeira vez, os direitos que são reconhecidos na Convenção podem ser diretamente invocados nas Cortes nacionais. As implicações para o sistema de justiça criminal são profundas e de grande amplitude¹⁸

3.7. Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, não existe um juiz investigador ou um juiz de instrução. A fase da investigação inicial está confiada aos agentes policiais e às agências federais de investigação, que logo entregam o informe ao Promotor e este então determina se há ou não elementos para apresentar a prova ante o “*Grand Jury*”, que é tecnicamente parte do Departamento de Justiça e que se utiliza também para investigar dados ou obter prova sobre uma atividade delitiva suspeita. No sistema federal, a investigação é dirigida por agentes federais de acordo e em coordenação com o Promotor ou um advogado do Departamento de Justiça. Durante a fase de investigação, há uma colaboração entre o Promotor e os agentes policiais. Mesmo após a realização da acusação formal, o agente policial auxilia o Promotor¹⁹

Na década de setenta, quando foi realizado o mais completo estudo empírico em relação a 153 Departamentos de Polícia sobre as deficiências na investigação criminal pelos detetives policiais, os autores desse estudo recomendaram a atribuição de algumas tarefas de investigação ao

¹⁷ VV.AA. *Procedure penali D’Europa* cit., p. 414.

¹⁸ VV.AA. *Criminal Justice and the Human Rights Act 1998*. Jordans, Bristol, 1999. passim.

¹⁹ VV.AA. *Sistemas de proceso penal en Europa* cit., p. 132 ss.

Ministério Público²⁰ São escassos os serviços de polícia norte-americanos de investigação criminal que recolhem os principais elementos de prova capazes de oferecer ao Ministério Público probabilidades sérias de conseguir uma condenação. Talvez essa insuficiência de provas tenha contribuído para o incremento de casos arquivados sem acusação e ao enfraquecimento da posição do promotor em sua negociação (“*plea bargaining*”) com a defesa²¹

4. Síntese dos diversos sistemas de investigação

A primeira conclusão geral é a de que a instituição clássica e napoleônica do Juiz de Instrução, como dono e senhor da investigação e das medidas cautelares, está em franca decadência, e já se abandonou ou está praticamente abandonada na maioria dos sistemas penais europeus (Alemanha, Portugal e Itália). Na própria França, ela foi progressivamente marginalizada. Inclusive em países (*v.g.* Espanha) em que ainda persiste o Juiz de Instrução, há uma tendência acentuada no sentido de confiar ao Promotor atividades essenciais de investigação e persecução da criminalidade e a criação da figura do “*juiz de garantías*”²² A convicção é que esse modelo clássico já não serve. É necessário que o processo seja o próprio de um Estado Democrático de Direito, cabendo propor que o Ministério Público não somente seja a autoridade encarregada da investigação criminal (tal como já ocorre em países do sistema continental

²⁰ GREENWOOD et alii. *The Criminal Investigation Process. A Summary Police Analysis*, cf. RICO, José M^a; SALAS, Luis. *Inseguridad ciudadana y policia*. Madrid: Tecnos, 1988. p. 117.

²¹ RICO, José M^a; SALAS, Luis. *Inseguridad ciudadana y policia* cit., p. 191-192.

²² SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 607 ss.; VV.AA. *Sistemas de proceso penal en Europa* cit., p. 15 ss., passim; VV.AA. *Proceso penal e direitos do homem* cit., p. 255 ss. Porém, isso não impede a intervenção do Ministério Público no processo ordinário por delitos graves, correspondendo-lhe a inspeção direta da formação do sumário, que levará a cabo por si mesmo ou por meio dos auxiliares ao lado do Juiz, com a faculdade de solicitar a prática de diligências que se estimem necessárias. No âmbito do procedimento abreviado, corresponde ao Ministério Público não somente a inspeção ou controle da investigação, mas, também dar instruções à polícia judiciária, aportar meios de prova etc. (ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2003. p. 99-100). A recente reforma parcial da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola operada pela Lei 38, de 24 de outubro de 2002, não modificou em nada a situação existente em relação aos papéis do Juiz Instrutor e do Ministério Público concernente à instrução criminal. Entretanto, atribui um maior protagonismo à Polícia Judiciária, atribuindo-lhe praticamente a instrução em bloco de determinadas hipóteses. A opção legislativa abala um pouco os fundamentos do sistema e não deixa de suscitar mais um receio (RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal. Séptima Lectura Constitucional*. Barcelona: Atelier, 2004. p. 34).

européu, como Alemanha, Itália e Portugal), mas o diretor ou dono absoluto desta. Essa modificação fundamenta-se basicamente em três aspectos de suma importância: 1.º) a instrução por parte do Juiz é puramente inquisitiva, incompatível no processo penal próprio de um Estado de Direito que exige o modelo de processo acusatório; 2.º) a necessidade, por colidir com o princípio de economia processual, de evitar reiteração de atividades processuais, pois as mesmas que pratica o Promotor as executa também o juiz instrutor, ou ao inverso, conseguindo, com isso, uma notável celeridade do processo penal; 3.º) o argumento mais importante, a favor da instrução pelo Ministério Público, consiste em que não pode ser a mesma pessoa a que considere necessário um ato de instrução e a que valore sua legalidade. O Ministério Público deve, portanto, assumir a instrução, atribuindo-se-lhe o poder de investigar o crime, enquanto que o Juiz deve ficar como controlador da legalidade dos atos processuais realizados pelo Promotor, geralmente através de petições e dos recursos, de maneira que se fortaleça notavelmente a imparcialidade judicial

A rápida análise comparada de seis sistemas nacionais (Alemanha, Itália, Bélgica, França, Inglaterra e Portugal) do *sistema continental europeu*, revela, em síntese, os seguintes aspectos basilares na relação de equilíbrio de poderes entre o Ministério Público, polícia e magistratura, na etapa investigatória: *as legislações dos países mencionados – exceto a Inglaterra – admitem a supremacia do Ministério Público como órgão de direção da fase preparatória da ação penal. Ditos países salvaguardam a função de direção investigativa ao Ministério Público, concebido como o principal motor da fase preparatória.* Essa supremacia exprime-se, por um lado, no fato de que não existe qualquer ato da investigação que não possa ser realizado pelos membros do Ministério Público, o que significa, *a contrario sensu*, que não existe poder exercitado pela polícia que não pertença também a ele; esses países não atribuem à polícia, a título exclusivo, qualquer dos atos investigativos da fase preparatória; nenhuma investigação está, nesses países continentais, reservada unicamente à polícia, a qual intervém, de fato, como órgão executivo por força de uma diretriz do Ministério Público, e, de regra, controlado por este. Não é demais recordar que, nos vários países, o primeiro dos poderes próprios do Ministério Público consiste em dirigir a polícia no curso das investigações. Dito isso, sublinhamos que, se um grande número de investigações são indiferentemente desenvolvidas pelo Ministério Público ou pela polícia, nem todos os atos realizados no quadro da fase preparatória são comuns aos dois órgãos. O Ministério Público

dispõe, de fato, de poderes próprios, ou seja, de atribuições exclusivas que a polícia não pode exercer, *v.g.*, o comparecimento forçado de testemunhas, a escolha de peritos, a prorrogação da detenção etc., isso sem mencionar os poderes que detém com exclusividade na fase da ação penal²³

Apesar de, nos mencionados países europeus, ser o Ministério Público quem dirige as forças policiais durante toda a duração da fase preparatória, na prática, porém, constata-se, amiúde, que essa dependência funcional é mais teórica que real, e que a polícia goza frequentemente, de fato, de uma verdadeira autonomia²⁴ Não obstante, constata-se há longo tempo, em diversos desses Países, que o Ministério Público, operativamente, intervém muito pouco. As intervenções são raras, limitando-se a decidir sobre o conteúdo do expediente confeccionado pela polícia²⁵

Cabe recordar que a tendência clara de reforma das legislações recentes se orienta no sentido de reforçar o papel do Ministério Público. Assim, o Código de Processo Penal Italiano vigente, desde 1988, ao tornar o MP o *dominus* da investigação preliminar, reduziu consideravelmente o risco de interferência direta de parte do Poder Executivo²⁶ No continente europeu, os textos legais aprovam o poder do Ministério Público de dirigir integralmente a fase preparatória do expediente, enquanto na Inglaterra o “*Prosecutor*” exercita um papel somente na conclusão dessa fase inicial. A tarefa do Ministério Público é, em todo caso, a de garantir a legalidade processual: e porque a sua vocação consiste em prevenir a arbitrariedade, o Ministério Público dirige e encerra a investigação no continente, e reexamina as conclusões da polícia na Inglaterra. Em suma, a criação ou revigoração do Ministério Público respondeu a exigências de introduzir ou reforçar a garantia de imparcialidade da fase preparatória e de evitar a arbitrariedade²⁷

²³ VV.AA. *Procedure penali D'Europa* cit., p. 396 ss.

²⁴ *Idem*, p. 415.

²⁵ *Idem*, p. 413.

²⁶ *Idem*, p. 416.

²⁷ *Idem*, p. 417.

Historicamente, na Alemanha, até o início do Século XIX, a confusão das funções judiciárias nas mãos do Inquisidor tornou-se intolerável. Não somente a criação do Ministério Público permite separar as funções de instrução e de julgamento, mas o procurador, na sua qualidade de “guardião da lei” deve também agir de modo que nenhum culpado escape à pena e que não seja processado nenhum inocente. Na França, na metade da década de cinquenta do Século XX, os operadores jurídicos denunciaram os abusos cometidos no exercício da ação pública por alguns membros da polícia e projetaram purificar a atmosfera, reforçando o controle por parte dos magistrados da procuradoria. O CPP francês de 1958 acolheu essa proposta. Na Inglaterra, o legislador de 1985 estimou que as funções de investigação e a decisão de exercitar a ação penal eram por sua natureza incompatíveis e não podiam pertencer a uma mesma autoridade: a solução foi a criação do “*Crown Prosecution Service*”, que deveria dispor da objetividade necessária para verificar a adequação das provas no momento de pronunciar-se sobre a ação penal. Na Bélgica, cogita-se também a reforma do “*Code d’instruction Criminelle*”, preconizando um controle reforçado por parte do Ministério Público sobre os serviços da polícia, a fim de ampliar as garantias democráticas. Portanto, o temor de um Ministério Público “subjugado” pela polícia encontra já ampla resposta na realidade dos países europeus.²⁸

5. A legitimação da investigação pelo Ministério Público no Estado Democrático de Direito

5.1. Argumentos criminológicos

A criminologia demonstrou ser em absoluto irrealista qualquer expectativa de “*total enforcement*”, isto é, a resposta policial contra toda e qualquer criminalidade. Para isso influem, seguramente, a escassez de meios, as resistências decorrentes das concepções ideológicas e das representações teóricas dos próprios policiais, bem como das várias formas de corrupção. As

²⁸ VV.AA. *Procedure penali D’Europa* cit., p. 417-419.

investigações empíricas revelam as elevadíssimas cifras negras (“*dark number*”) da criminalidade não investigada ou não esclarecida pela polícia²⁹

Aliás, há um consenso na comunidade jurídica de que o vigente modelo de investigação até pouco tempo confiada à polícia não é eficaz na investigação e elucidação dos crimes.

Esse quadro estatístico concernente à criminalidade global, em que predominam os denominados crimes de rua (“*street crimes*”), agrava-se em virtude da escassa apuração e/ou punição da criminalidade não convencional, ou seja, dos crimes corporativos (“*corporate and white-collar crimes*”), do crime organizado (“*organized crime*”) e do crime organizado transnacional (“*transnational organized crime*”), cometidos com especial conhecimento técnico e profissional por agentes que desfrutam de elevada posição de poder socioeconômico dificultando, assim, a investigação e punição dessas atividades criminosas.

5.2 Argumentos de política criminal

A opinião pública e a comunidade jurídica internacional, indubitavelmente, legitimam a investigação criminal e o controle da atividade policial pelo Ministério Público. Os membros da Associação Internacional de Direito Penal, reunidos no encontro preparatório de Berna, em abril de 1988, elaboraram uma resolução – aprovada pelo Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), de Viena, em outubro de 1989 – recomendando a necessidade de que os órgãos de investigação atuem sob a direção e o controle de uma autoridade de persecução ou de julgamento³⁰ Igualmente, o 8.º Congresso da ONU sobre a Justiça Penal e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, em 1990, em sua recomendação n. 11, atribui ao Ministério Público a realização de "investigações criminais no caso de delitos cometidos por agentes de Estado, nomeadamente atos de corrupção, de abuso de poder, de violações graves dos direitos humanos e outras infrações reconhecidas pelo direito internacional". Também o “*Corpus*

²⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984, p. 444 ss.

³⁰ VV.AA. *Procedure penali D'Europa* cit., p. 419.

Iuris” se refere ao futuro Ministério Público Europeu, que disporia de amplos poderes de investigação em todo o território comunitário³¹ Finalmente, nos crimes de competência do recém-instalado Tribunal Penal Internacional, o Ministério Público tem o dever de realizar a investigação e persecução penal, incluindo-se aí – numa tendência moderna de transcender sua posição de parte acusadora a uma postura de imparcialidade – o dever de investigar e de coletar e examinar todas as circunstâncias incriminadoras e as excludentes, podendo determinar o comparecimento e interrogatório dos indivíduos sob investigação, as vítimas e testemunhas (arts. 53 e 54, do Estatuto de Roma do TPI, de 1998).

Na América Latina, há um exemplo bem recente que sinaliza que a tendência legislativa também se afina com o sistema continental europeu. No Chile, além de previsto expressamente na Constituição, o recente Código de Processo Penal, em vigor a partir de 2000, estabelece que o Ministério Público dirigirá em *forma exclusiva* a investigação dos fatos constitutivos de delito, os que determinarem a participação punível e os que comprovarem a inocência do imputado (art. 3.º). Os Promotores praticarão todas as diligências que forem conducentes ao êxito da investigação e dirigirão a atividade da polícia (art. 77). A polícia de investigações é auxiliar do Ministério Público nas tarefas de investigação (art. 79); seus funcionários executarão suas tarefas sob a direção e responsabilidade dos Promotores e de acordo com as instruções que estes derem para os efeitos da investigação, sem prejuízo de sua dependência das autoridades da instituição a que pertencerem (art. 80).

5.3 Argumentos normativos: a tendência jurisprudencial do STF

Não só os subsídios coligidos nos sistemas comparados, mas também a melhor hermenêutica constitucional legitima a investigação pelo Ministério Público.

Com efeito, no Brasil, a fisionomia do Ministério Público vem delineada pela Constituição Federal no Capítulo IV, arrolada entre as “*funções essenciais à Justiça*”, como

³¹ BUENO ARÚS, Francisco; MIGUEL ZARAGOZA, Juan de. *Manual de derecho penal internacional*. Madrid: UPC, 2003. p. 64.

instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF). Além disso, a Constituição cuidou de assegurar-lhe uma série *de garantias e prerrogativas*, entre as quais sobressai a autonomia funcional e administrativa (§ 2.º, art. 127, CF), a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio (art. 128, CF). Por último, mas não menos relevante, a Carta Magna, no seu art. 129, expressamente atribuiu ao Ministério Público as funções institucionais de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (inc. I), “promover o inquérito civil e a ação civil pública” (inc. III), “*exercer o controle externo da atividade policial*” (inc. VII), “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial” (inc. VIII) e “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade” (inc. IX). Ora, todas essas funções restam esvaziadas se a Polícia detém o monopólio da investigação criminal que desemboca no vetusto e jurássico inquérito policial.

A Constituição Federal concebeu a “*segurança pública*” como “*dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*”, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, por meio da polícia federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar (art. 144 da CF). Entretanto, a Carta Magna somente diz que a exclusividade da Polícia Federal se refere ao exercício de Funções de Polícia Judiciária da União, mas não para investigações. Por outro lado, a incumbência à Polícia Civil dos Estados das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais foi conferida sem o caráter de exclusividade. Não fosse assim, sequer estaria recepcionado o art. 4.º do CPP, que permite a apuração de infrações por outras autoridades administrativas. Ao fazer uma investigação no âmbito de suas atribuições, não exerce o Ministério Público atividade de polícia judiciária, mas simplesmente atividade de investigação, diversa do inquérito policial, de maneira semelhante à que o particular também pode fazer. Invalidar elementos colhidos pela investigação ministerial implicaria o absurdo de desconsiderar elementos de convicção obtidos inclusive em inquérito civil autorizado pela Carta Magna.³²

³² *Vid.*, com detalhes, por todos, BARCELOS DE SOUZA, José. Investigação direta pelo Ministério Público. *Revista do IBCCRIM*, n. 44, p. 364 ss.

Ademais, a Constituição Federal conferiu ao Ministério Público o controle externo da polícia e a indispensável independência funcional para fazer frente às pressões políticas e econômicas, situando a instituição entre as funções essenciais à Justiça. O princípio constitucional da *eficiência* (art. 37 da CF) *da administração da justiça*, no caso, na persecução criminal, ficaria comprometido se o Ministério Público ficasse ornamentando a Constituição como figura meramente decorativa, na medida em que seria um controle externo puramente nominal ou simbólico, sem nenhuma concretização fática, se permanecesse impassível sem poder investigar, quando a polícia, por inércia, pressão do poder político ou econômico ou outro interesse espúrio, ficasse impossibilitada de agir por falta de garantias. No Estado Democrático de Direito tampouco é aceitável que o Ministério Público figure tão somente como instrumento cego, quase subserviente, da “*informatio delicti*” produzida pela polícia. Concepções antigas baseadas no CPP elaborado no auge da ideologia Fascista, quando predominava o Estado de Polícia, devem ser erradicadas, por intermédio de uma hermenêutica constitucional evolutiva e sistemática, na medida em que a Constituição de 1988 acolheu outro modelo ancorado no Estado Democrático de Direito.

A especial posição de “*independência funcional*” do Ministério Público em relação ao Executivo e às pressões de toda ordem, ao contrário da falta de garantias da polícia em relação ao poder político e econômico, aconselha que o MP possa realizar, por si mesmo, ou em conjunto com a Polícia, investigações circunscritas a esse tipo de criminalidade, mas tão somente em *caráter excepcional*, justificado em cada caso, incluindo-se nesse rol os crimes de corrupção de funcionários, inclusive policiais, bem como os crimes cometidos por autoridades pertencentes ao Poder Executivo e Político, ao qual a polícia está subordinada diretamente.

Não obstante, seria errôneo atribuir, como regra geral, ao Ministério Público o papel ou as funções de polícia, pois, indubitavelmente, destruiria a função constitucional do Ministério Público baseada na imparcialidade e compromisso com os direitos fundamentais. Com efeito, a lógica da polícia é uma lógica persecutória: ela tem a missão de encontrar os culpados, não os inocentes³³ Não parece adequado e nem suscetível de execução prática que o Ministério Público possa e deva substituir a atividade de investigação policial, assumindo as funções cotidianas da

³³ BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal* cit., p. 168; VV.AA. *Procedure penali D'Europa* cit., p. 420.

polícia ou a direção de inquérito policial, enquanto persista o atual modelo, exercendo aí as atribuições de Delegado de Polícia, emitindo ordens diretamente aos escrivães e inspetores de polícia.

No esquema da Constituição Federal, a polícia está inserida como instituição integrante da segurança pública, enquanto a função primordial do Ministério Público vem desenhada pela Constituição Federal com instituição essencial à justiça, “*incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”. A “*independência funcional*” deriva logicamente como princípio institucional (art. 127 da CF), assim como as garantias da “*vitaliciedade*”, “*inamovibilidade*” e “*irredutibilidade de subsídio*” (art. 128, inc. V, alíneas “*a*”, “*b*” e “*c*”, da CF).

Por conseguinte, as regras existentes nos sistemas jurídicos examinados são consentâneas com o nosso modelo constitucional na medida em que: (a) conferem ao Ministério Público o poder de direção das atividades da polícia (*controle externo*) e de realizar investigações, geralmente por meio de funcionários policiais ou, em caráter excepcional, diretamente. A dedução evidente é que quanto maior a autonomia de que a polícia dispõe na elaboração da investigação, mais o controle do Ministério Público corre o risco de não ser senão um órgão meramente “*homologatório*”³⁴; (b) o próprio Ministério Público deve investigar para obter não só os elementos acusatórios, mas também os favoráveis à defesa, tal como exigem, *v. g.*, a legislação Alemã e a Italiana³⁵ e o Estatuto do TPI, o que guarda coerência com a sua posição constitucional de função essencial à justiça para coibir abusos e evitar a arbitrariedade, principalmente a garantia de independência funcional em relação ao Executivo; (c) como a Constituição Federal não vedou expressamente o exercício eventual e excepcional pelo Ministério Público do poder de investigação criminal, ele resulta implícito de uma interpretação sistemática e teleológica, avalizada, como vimos, pelo método comparativo, desde que se justifique, motivadamente, em

³⁴ VV.AA. *Procedure penali D’Europa* cit., p. 420.

³⁵ VV.AA. *Procedure penali D’Europa* cit., p. 418-419.

cada caso, com base em circunstâncias fáticas, o exercício anômalo desse poder investigatório nos casos de omissão ou impossibilidade de investigação policial. Isso decorre fundamentalmente do plexo das funções e garantias institucionais albergadas nos arts. 127-129 da Constituição Federal. Nessa hipótese, os membros do Ministério Público que tiverem atuado na investigação estarão, sempre, impedidos de atuar na fase subsequente da persecução penal para preservar sua *independência funcional e imparcialidade* prevista na Constituição Federal.

6. O recente Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 37

A PEC n. 37/2011, da relatoria do Deputado Federal Lourival Mendes, já aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, mas ainda pendente de votação pelo Plenário da casa antes de ser enviada ao Senado Federal, visa acrescentar um § 10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civil dos Estados e do Distrito Federal, estabelecendo “*verbis*”: “Art. 144. § 10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1.º e 4.º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.”

Na justificação do Projeto, consta que “o inquérito policial é o único instrumento de investigação criminal que, além de sofrer o ordinário controle pelo juiz e pelo promotor, tem prazo certo, fator importante para a segurança das relações jurídicas.

A falta de regras claras definindo a atuação dos órgãos de segurança pública neste processo tem causado grandes problemas ao processo jurídico no Brasil. Nessa linha, temos observado procedimentos informais de investigação conduzidos em instrumentos sem forma, sem controle e sem prazo, condições absolutamente contrárias ao Estado de Direito vigente (...omissis...). “Ao Ministério Público nacional são confiadas atribuições multifárias de destacado relevo, ressaíndo, entre tantas, a de fiscal da lei. A investigação de crimes, entretanto, não está incluída no círculo de suas competências legais. (...omissis...) Não engrandece nem fortalece o Ministério Público o exercício de atividade investigatória de crimes, sem respaldo legal, revelador de perigoso arbítrio, a propiciar o sepultamento de direitos e garantias inalienáveis dos cidadãos.

O êxito das investigações depende de um cabedal de conhecimentos técnico-científicos de que não dispõe os integrantes do Ministério Público e seu corpo funcional. As instituições policiais são as únicas que contam com pessoal capacitado para investigar crimes e, dessarte, cumprir com a missão que lhe outorga o art. 144 da Constituição Federal (...omissis...)”.

Como se pode observar, os principais fundamentos da PEC n. 37/2011 são a falta de previsão de regras expressas sobre o procedimento e o poder investigativo conduzido pelo Ministério Público, bem como sobre suposta falta de condições técnico-científicas para uma eficaz e adequada condução das investigações.

Tais argumentos, contudo, são facilmente refutáveis.

Com efeito, quanto à falta de regras que prevejam a forma da investigação criminal feita pelo órgão ministerial, trata-se de circunstância que não justifica a vedação ao poder investigativo do Ministério Público, mas, quando muito, exige que o Poder Legislativo edite lei específica regulamentando a matéria, tal como procurou fazê-lo a Resolução n. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) ao buscar delimitar o procedimento investigatório de forma adequada e suficiente, razão pela qual tal argumento não se sustenta.

Por outro lado, o Ministério Público está sim aparelhado com conhecimentos técnico-científicos suficientes para bem conduzir uma investigação criminal. Por exemplo, no Estado de São Paulo, a instituição conta com órgãos como o Centro de Apoio Operacional à Execução (CAEX), que oferece suporte técnico-operacional e serviços de informação/inteligência às Promotorias e Procuradorias de Justiça do Estado, visando à melhoria da “performance” do Ministério Público no cumprimento da sua missão constitucional. Dentre outros procedimentos, o CAEX realiza pesquisas para localização de pessoas e elabora relatórios sobre crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, mostrando-se uma eficiente ferramenta para o controle da criminalidade.

Finalmente, a questão da falta de previsão expressa do poder de investigação pelo Ministério Público já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal, com base na conhecida “*Teoria dos Poderes Implícitos*”.

7. Conclusão

O Projeto de Emenda Constitucional 37/2011 significa um notável retrocesso, indo na contramão das modernas legislações da União Europeia e dos Estados Unidos.

Ademais, também colide com a mais recente tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – não obstante ainda pendente de julgamento a questão por seu órgão Pleno –, que vem reconhecendo a legitimidade do Poder Investigatório do Ministério Público.

Os argumentos que conferem legitimidade constitucional vão sendo paulatinamente explicados pelo Supremo Tribunal Federal em diversos arestos, dos quais destacamos duas ementas elucidativas:

(a) **“Possibilidade de investigação do Ministério Público. Excepcionalidade do caso.** *Não há controvérsia na doutrina ou jurisprudência no sentido de que o poder de investigação é inerente ao exercício das funções da polícia judiciária – Civil e Federal –, nos termos do art. 144, § 1.º, IV, e § 4.º, da CF. A celeuma sobre a exclusividade do poder de investigação da polícia judiciária perpassa a dispensabilidade do inquérito policial para ajuizamento da ação penal e o poder de produzir provas conferido às partes. Não se confundem, ademais, eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E esta atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial – simultâneo ou posterior. O próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4.º, parágrafo único, dispõe que a apuração das infrações penais e da sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. À guisa de exemplo, são comumente citadas, dentre outras, a atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3.º), as investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (Lei 9.613/98), pela Receita Federal, pelo Bacen, pela CVM, pelo TCU, pelo INSS e, por que não lembrar, mutatis mutandis, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado. Convém advertir que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. O pleno*

conhecimento dos atos de investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14 desta Corte, exige não apenas que a essas investigações se aplique o princípio do amplo conhecimento de provas e investigações, como também se formalize o ato investigativo. Não é razoável se dar menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para as investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal. Disso tudo resulta que o tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. É que esse campo tem-se prestado a abusos. Tudo isso é resultado de um contexto de falta de lei a regulamentar a atuação do Ministério Público. No modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente, devendo a atuação dar-se de forma subsidiária e em hipóteses específicas, a exemplo do que já enfatizado pelo Min. Celso de Mello quando do julgamento do HC 89.837/DF: “situações de lesão ao patrimônio público, (...) excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penal” (STF, HC 84965/MG, 2.^a T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.12.2011, DJe 11.04.2012);

(b) “Legitimidade do órgão ministerial público para promover as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição, inclusive o controle externo da atividade policial (incisos II e VII do art. 129 da CF/88). Tanto que a Constituição da República habilitou o Ministério Público a sair em defesa da Ordem Jurídica. Pelo que é da sua natureza mesma investigar fatos, documentos e pessoas. Noutros termos: não se tolera, sob a Magna Carta de 1988, condicionar ao exclusivo impulso da Polícia a propositura das ações penais públicas incondicionadas; como se o Ministério Público fosse um órgão passivo, inerte, à espera de provocação de terceiros. 2. A Constituição Federal de 1988, ao regradar as competências do Ministério Público, o fez sob a técnica do reforço normativo. Isso porque o controle externo da atividade policial engloba a atuação supridora e complementar do órgão ministerial no campo da investigação criminal. Controle naquilo que a Polícia tem de mais específico: a investigação, que deve ser de qualidade. Nem insuficiente, nem inexistente, seja por comodidade, seja por cumplicidade. Cuida-se de controle técnico

ou operacional, e não administrativo-disciplinar. 3. O Poder Judiciário tem por característica central a estática ou o não-agir por impulso próprio (ne procedat iudex ex officio). Age por provocação das partes, do que decorre ser próprio do Direito Positivo este ponto de fragilidade: quem diz o que seja 'de Direito' não o diz senão a partir de impulso externo. Não é isso o que se dá com o Ministério Público. Este age de ofício e assim confere ao Direito um elemento de dinamismo compensador daquele primeiro ponto jurisdicional de fragilidade. Daí os antiquíssimos nomes de 'promotor de justiça' para designar o agente que pugna pela realização da justiça, ao lado da 'procuradoria de justiça', órgão congregador de promotores e procuradores de justiça. Promotoria de justiça, promotor de justiça, ambos a pôr em evidência o caráter comissivo ou a atuação de ofício dos órgãos ministeriais públicos. 4. Duas das competências constitucionais do Ministério Público são particularmente expressivas dessa índole ativa que se está a realçar. A primeira reside no inciso II do art. 129 ('II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia'). É dizer: o Ministério Público está autorizado pela Constituição a promover todas as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição. A segunda competência está no inciso VII do mesmo art. 129 e traduz-se no 'controle externo da atividade policial'. Noutros termos: ambas as funções ditas 'institucionais' são as que melhor tipificam o Ministério Público enquanto instituição que bem pode tomar a dianteira das coisas, se assim preferir" (STF, HC 97969/RS, 2.^a T., rel. Min. Ayres Britto, j. 1.º.02.2011, DJe 23.05.2011).

Por fim, convém salientar que no HC 84.548 – cujo julgamento pelo órgão Pleno do STF foi interrompido por pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski –, dentre os onze Ministros que compõem a Corte, oito já votaram e desses sete já se manifestaram pela legitimidade constitucional do poder de investigação do Ministério Público.

Como todo poder deve ser submetido a controles, o STF vem ressaltando, com razão, que: (a) esse "poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais"; (b) essa "atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle"; (c) há necessidade de uma "disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. A atuação deve

ser subsidiária e em hipóteses específicas” (STF, HC 91613/MG, 2.^a T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.05.2012, DJe 17.09.2012).

Portanto, urge que o retrógrado Projeto de Emenda Constitucional (PEC N. 37/2011) seja rejeitado porque significa um retrocesso do Estado Democrático de Direito ao antigo Estado de Polícia. A sua aprovação produziria uma perigosa insegurança jurídica aos cidadãos, especialmente neste momento tão importante vivenciado pelo Brasil em que assistimos a um eficaz controle à corrupção e à criminalidade dos poderosos, notadamente do colarinho branco (“*white-collar crimes*”) e dos crimes cometidos pelos entes coletivos (“*corporate crimes*”). A tarefa das investigações criminais não pode ficar reservada, com exclusividade, às agências policiais que não possuem estrutura sequer para o controle dos crimes de rua (“*street crimes*”) e tampouco a necessária independência das altas esferas do poder político e econômico.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA TRIBUNA VIRTUAL IBCCRIM

- 1) IBCCRIM se reserva ao direito de publicar em seu site apenas os artigos que estejam em conformidade com os princípios que nortearam sua criação, expressamente especificados em seu Estatuto (veja o Estatuto na seção "QUEM SOMOS").
- 2) Os trabalhos deverão ser enviados para o e-mail tribunavirtual@ibccrim.org.br, em formato de processador de textos (".doc" ou ".docx").
- 3) Os trabalhos deverão ter até **25 páginas**. Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador para determinar os parágrafos; o próprio já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- 4) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol ou inglês. Em qualquer caso, deverão ser indicados, em português e em inglês, o título do trabalho, o resumo e as palavras-chave.
- 5) Os trabalhos deverão apresentar:

5.1. Título, nome do autor (ou autores) e principal atividade exercida;

5.2. Informações referentes à situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença, ficam a critério do autor, devendo seguir o seguinte formato:

Iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica).

Exemplo:

Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.

5.3. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês;

5.4. Palavras-chaves (máximo de 10) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês: palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.

- 6) Não serão aceitos trabalhos publicados ou pendentes de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou digital.
- 7) As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 10520/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT).
- 8) As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.
- 9) Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico* ou **negrito**. Jamais deve ser usada a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas ou em itálico.
- 10) A seleção e análise dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Tribuna Virtual IBCCRIM. Os trabalhos recebidos para análise fisicamente não serão devolvidos.

10.1. Após a verificação do atendimento das normas de publicação, o trabalho será submetido à análise prévia da Coordenação, para verificação de adequação à linha editorial

do IBCCRIM. Após essa avaliação, o artigo terá suprimidos os elementos que permitam a identificação de seu autor e será remetido à análise de três pareceristas, membros do Conselho Editorial da Tribuna Virtual IBCCRIM, para avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, seguindo o sistema do duplo *blind peer review* e atendendo os critérios constantes do formulário de parecer.

10.1.1. Os pareceres anônimos ficam à disposição dos autores, que serão cientificados de eventual rejeição dos trabalhos, a fim de que possam adaptar o trabalho ou justificar a manutenção do formato original. Em todo caso, a decisão final sobre a publicação ou não dos artigos em que o autor manteve o formato original cabe à Coordenação da Tribuna Virtual IBCCRIM.

10.1.2. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho a parecerista estranho ao Conselho Editorial da Tribuna Virtual IBCCRIM, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique.

10.2. Independentemente de *blind peer review* e do atendimento ao formato padrão de publicação, a Coordenação da Tribuna Virtual IBCCRIM poderá excepcionalmente aceitar trabalhos de autores convidados, sempre que se considerar a contribuição do autor de fundamental importância para o tema.

11) Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração, a qualquer título, pela publicação dos trabalhos. Ainda observa-se que o IBCCRIM não se responsabiliza pelo conteúdo dos textos publicados, que são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente as opiniões do Instituto.

12) Serão aceitos trabalhos redigidos em língua portuguesa, inglesa e espanhola. Trabalhos redigidos em outras línguas deverão ser traduzidos para alguma das três línguas aceitas.

- 12.1. Textos escritos em outros idiomas deverão ser remetidos com a respectiva "chamada" (Headline) em **português**, pois o sistema de busca do site foi desenvolvido para realizar pesquisas neste idioma.
- 13) Os trabalhos que não se ativerem a estas normas poderão ser reenviados para novo processo de seleção, efetuadas as modificações necessárias. A Tribuna Virtual IBCCRIM não se responsabilizará por realizar quaisquer complementos aos trabalhos, que serão de elaboração exclusiva do autor do artigo.
- 14) **Caso os artigos não sejam aprovados, ficam à disposição para publicação em outros órgãos de divulgação.** Uma vez publicados, os artigos só poderão ser publicados em outros órgãos com menção expressa à publicação anterior na Tribuna Virtual IBCCRIM.
- 15) Demais dúvidas serão dirimidas pela Coordenação da Tribuna Virtual IBCCRIM.

Atenciosamente,

Coordenação da Tribuna Virtual IBCCRIM.