

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**ALESSANDRO JOSÉ FERNANDES DE OLIVEIRA**

**A INSTRUÇÃO PRELIMINAR PRESIDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**CURITIBA  
2006**

**ALESSANDRO JOSÉ FERNANDES DE OLIVEIRA**

**A INSTRUÇÃO PRELIMINAR PRESIDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito das Relações Sociais, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, Setor de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: João Gualberto Garcez Ramos.**

**CURITIBA  
2006**

**ALESSANDRO JOSÉ FERNANDES DE OLIVEIRA**

**A INSTRUÇÃO PRELIMINAR PRESIDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.**

**Aprovada em 15 de março de 2006.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos**  
**Universidade Federal do Paraná**

---

**Prof. Dr. Sergio Cruz Arenhart**  
**Universidade Federal do Paraná**

---

**Prof. Dr. Fábio André Guaragni**

**Agradeço ao professor João Gualberto Garcez Ramos: orientador, amigo e incentivador, pelo acompanhamento incentivo e ensinamentos, sem os quais não teria sido possível realizar a presente dissertação.**

## RESUMO

A instrução preliminar no processo penal pode ser definida como o conjunto de atividades prévias que caracterizam a busca e coleta de informações, pela autoridade competente, capazes e suficientes para despertar o juízo de probabilidade necessário à propositura da ação penal e conseqüente processo. A legitimidade para a condução (presidência) da instrução preliminar tem despertado intenso debate nos diversos setores lingüísticos. Uma interpretação atualizada do texto magno, forte na “roupagem constitucional” dada à Instituição, combinada com a legislação ordinária e complementar correlata, permite concluir pela capacidade instrutória do Ministério Público. A tendência mundial do fortalecimento das atividades investigatórias do órgão ministerial, ante os contemporâneos perfis da criminalidade organizada, exige a superação de um modelo meramente “policiesco”, caracterizado pela instrução preliminar como incumbência “exclusiva” da Polícia de investigação. Com a atribuição do exercício obrigatório e privativo da ação penal de iniciativa pública, a Constituição Federal, além de ratificar a posição ministerial como unidade temática da persecução penal, implicitamente facultou ao *Parquet* o acompanhamento e, *a fortiori*, condução da instrução preliminar; máxime quando o próprio exercício da ação penal, real ou potencialmente, esteja ameaçado, mormente diante de situações que dificultem ou inviabilizem a investigação policial, como pode ocorrer, por exemplo, na apuração de delitos envolvendo agentes policiais e autoridades de relevante influência econômica e política.

Palavras-chave: Direito Penal, Direito Processual Penal, Ministério Público, Polícia, investigação, instrução preliminar.

## ABSTRACT

The preliminary evidence production in penal process can be defined as a set of previous activities that are characterized by the search and collecting of informations, executed by the competent authority, capable and sufficient to assure the necessary judgment of probability to the proposal of the penal sue and consequent penal process. The conduction legitimacy (presidency) of the preliminary instructions has raised intense debate over the various linguistic areas. An actualized interpretation of the *Magnus Text*, strong on the “constitutional dressing” given to the Institution, combined with the correlated ordinary and complementary legislation, allows the conclusion towards the evidence collecting legal capacity of the Public Prosecution. The world tendency on the strenghtment of the investigatory activities of the Prosecution organ, facing the modern profiles of organized crime, demands an overcoming of a model merely “police oriented”, characterized by a preliminary production of evidence as an “exclusive” incumbency of the investigative Police. With the attribution of the obligatory and private exercise of the penal suit of public initiative, the Federal Constitution, beyond the ratification of the prosecution position as the thematic unit of penal pursuing, implicitly has assigned the *parquet* with the faculty of the accompaniment and, *a fortiori*, the conduction of the preliminary instructions, maxim when the exercise of the crime suit itself, real or potentially, is being threatened, else yet in face of situations that difficult or make impossible the police investigation, as may occur, for example, in investigation of crimes that involve police officers and authorities with relevant economic and political influence.

Key-Words: Criminal Law, Penal Process, Public Prosecution, Police, Investigation, Preliminary Evidence Production.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 NOÇÕES OPERACIONAIS</b> .....	16
2.1 INSTRUÇÃO PRELIMINAR.....	16
2.1.1 Definição.....	16
2.1.2 Nomenclatura.....	19
2.1.3 Finalidade e Destinatário.....	22
2.1.4 Instrução Preliminar no Processo Penal Brasileiro.....	25
2.2 VERDADE PRÉ-PROCESSUAL PENAL.....	27
2.2.1 A Verdade e as Formas Jurídicas, de Michel Foucault.....	28
2.2.2 A Verdade na Filosofia Contemporânea.....	33
2.2.3 Retorno ao Espetáculo Público.....	36
2.2.4 A Verdade como Componente Secundário.....	39
2.3 BREVE ESBOÇO HISTÓRICO.....	41
2.3.1 Origem.....	41
2.3.2 Histórico Constitucional/Legislativo.....	43
2.4 DIREITO COMPARADO.....	49
2.4.1 Alemanha.....	50
2.4.2 Argentina.....	52
2.4.3 Bolívia.....	54
2.4.4 Bélgica.....	54
2.4.5 Chile.....	56
2.4.6 Colômbia.....	57
2.4.7 Espanha.....	58
2.4.8 Estados Unidos da América do Norte.....	61
2.4.9 França.....	62
2.4.10 Inglaterra.....	66
2.4.11 Itália.....	68
2.4.12 México.....	69
2.4.13 Paraguai.....	70

2.4.14 Peru.....	71
2.4.15 Portugal.....	72
2.4.16 Uruguai.....	73
<b>3 PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....</b>	<b>75</b>
3.1 PERMISSIVO CONSTITUCIONAL E LEGAL.....	75
3.1.1 Competência Instrutória Originária.....	75
3.1.2 Competência Instrutória Decorrente.....	82
3.2 NOVA CRIMINALIDADE E RESPECTIVO MODELO PERSECUTÓRIO PENAL.....	87
3.2.1 O Novo Paradigma Criminológico (Criminologia Crítica).....	87
3.2.2 Crise nos Sistemas Persecutório-penais, Passagem do “Estado Policiesco” à Ampliação das Atribuições Instrutórias Ministeriais.....	100
3.2.3 Crítica à Noção de Crime Organizado.....	109
3.3 MINISTÉRIO PÚBLICO/POLÍCIA JUDICIÁRIA – DISTRIBUIÇÃO DA COMPETÊNCIA INSTRUTÓRIA.....	115
3.3.1 Interpretação do Artigo 144 da Constituição Federal.....	115
3.3.2 Situação Jurídica do Inquérito Policial, da Dispensabilidade à (Não)Exclusividade.....	121
3.3.3 Análise Principlológica-Constitucional.....	127
3.4 OUTROS CONTRA-ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS.....	129
3.4.1 Distâncias Geográficas.....	130
3.4.2 A Falibilidade do Método Histórico de Interpretação.....	133
3.4.3 Uso Pirotécnico e Seletivo.....	137
3.4.4 A Questão da Imparcialidade.....	140
3.4.5 O Outro Lado da Imparcialidade.....	143
3.4.6 A Alegada Separação entre as Funções de Investigação e Julgamento.....	145
3.4.7 Falta de Controle.....	147
3.4.8 Formação de uma Polícia Paralela.....	150
3.4.9 Necessidade de Emenda Constitucional e Falta de Previsão Legal.....	151
3.5 PSEUDO-ARGUMENTOS.....	153
<b>4 CONCLUSÃO.....</b>	<b>160</b>
<b>5 REFERÊNCIAS.....</b>	<b>164</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A legitimidade (legalidade) do Ministério Público, na presidência (condução) da instrução preliminar (processual penal) está em amplo debate nos diversos “setores lingüísticos nacionais”.

Nos periódicos de imprensa a matéria é recorrente, traçando as mais diversas e antagônicas opiniões, em debate amplo e democrático.

Em base empírica, sem uma precisão estatística, é possível afirmar que tem prevalecido, nos veículos de comunicação, a tese favorável aos “poderes instrutórios” do Ministério Público.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Vide, por exemplo:

- AZEVEDO, Solange. Motivo do crime: propina. *Época*, n. 290, p. 44-46, 08 dez. 2003.
- AZIZ FILHO. Estouro na banca. *Isto é*, n. 1614, p. 39-40, 06 set. 2000.
- BANDARRA, Leonardo Azeredo. Investigação pelo Ministério Público. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 1331, Caderno Direito e 6387, Justiça, p. 03, out. 1999.
- BANDARRA, Leonardo Azeredo. Investigação pelo Ministério Público. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 14680, Caderno Direito e Justiça, p. 01, jul 2003.
- CARELI, Gabriela. Gravação perigosa. *Isto é*, n. 1605, p. 32-33, 05 jul. 2000.
- CUNHA, Luiz Cláudio. O mandante. *Isto é*, n. 1775, p. 32-33, 08 out. 2003.
- CUNHA, Luiz Cláudio; DINIZ, Weiller. Vampiro na campanha. *Isto é*, n. 1809, p. 26-31, 09 jun. 2004.
- DINIZ, Weiller. Impressos Digitais. *Isto é*, n. 1680, p. 41-42, 12 dez. 2001.
- FILGUEIRAS, Sonia. A bola de neve. *Isto é*, n. 1543, p. 26-30, abr. 1999.
- FONTELES, Cláudio Lemos. Capacidade investigatória do Ministério Público. *Correio braziliense*, Brasília, n. 13145, Caderno Direito e Justiça, p. 7, 17 maio 1999.
- KRIEGER, Gustavo. A vez dos procuradores. *Época*, v. 3, n. 117, p. 42-43, 14 ago. 2000.
- LIMA, Carlos Fernando dos Santos. Os poderes investigatórios do Ministério Público: o caso Banestado. *Correio Brasiliense*, Brasília, Caderno de Direito e Justiça, n. 14890, p. 02, 23 fev. 2004.
- MEIRELES, Andrei. Quadrilha de sanguessugas. *Época*, n. 314, p. 28-31, 24 maio 2004.
- MEIRELES, Andrei; KRIEGER, Gustavo. Mãos limas à brasileira. *Época*, n. 292, p. 30-34, 22 dez 2003.
- MIRANDA, Ricardo. Um juiz acima da lei. *Isto é*, n. 1633, p. 40-41, 17 jan. 2001.
- OLIVEIRA, Achiles Benedito de. Itamar vetou e o fez muito bem. *Jornal de Brasília*, Brasília, n. 6387, p. 02, 27 jul. 1993.
- OLIVEIRA, Achiles Benedito de. Polícia e Ministério Público. *Correio Brasiliense* Brasília, n. 13196, Caderno Direito e Justiça, p. 02, 05 jul 1999.
- OLTRAMARI, Alexandra. Quem precisa de inimigos? *Veja*, v. 37, n. 21, p. 36-41, 26 maio 2004.
- POLICARPO JÚNIOR. Mais perguntas e nenhuma resposta. *Veja*, v. 37, n. 14, p. 38-43, 7 abril 2004.
- PRADO, Antônio Carlos. A guia da cobra. *Isto é*, n. 1809, p. 52-56, 09 jun. 2004.
- PROPATO, Valéria. Dentro de casa. *Isto é*, n. 1571, p. 30-31, nov. 1999.
- RIBEIRO JÚNIOR, Amaury. Começa a devassa. *Isto é*, n. 1754, p. 32-34, 14 maio 2003.
- RIBEIRO JÚNIOR, Amaury. A vez do corregedor. *Isto é*, n. 1745, p. 32-34, 12 mar. 2003.
- ROCHA, Claudionor. A Polícia e o Ministério Público. *Correio Brasiliense*, Brasília, n. 13182, Caderno Direito e Justiça, p. 05, 21 jun. 1999.
- ROCHA, Leonel, Conexão Libanesa, *Isto é*, n. 1782, p. 36-38, 26 nov. 2003.

Nos meios doutrinários, da mesma forma, muitos têm sido os textos elaborados e explorados nos debates da vida acadêmica, tais como painéis, conferências, simpósios, *et alii.*, com opiniões nas mais diversas matizes e sentidos.<sup>2</sup>

Discussões corporativas, que serão criticadas em momento oportuno (*infra*), movimentam as instituições envolvidas, especialmente Ministério Público e Polícias (federal e civis).

A dimensão da discussão foi avaliada por René Ariel Dotti:

A discussão em torno dos poderes investigatórios do Ministério Público **assumiu proporções extraordinárias** nos mais variados espaços: nos juízos e tribunais, nos cursos de Direito, nas entidades corporativas, nas academias jurídicas, na imprensa e, obviamente, entre os profissionais que atuam nas causas criminais. A literatura nacional já é copiosa e o confronto das idéias e conclusões é interminável.<sup>3</sup>  
(grifo nosso)

---

ROCHA, Leonel. Transporte de dólares. *Isto é*, n. 1673, p. 24-27, 24 out. 2001.

ROSA, Ana Cristina. A nudez ultrajante. *Época*, v. 03, n. 132, p. 74-75, 27 nov. 2000.

SILVA, Sonia. Ministério Público poderá coordenar investigações. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 36663, 06 março 1994, p. 29.

VIEIRA, Marceu. Escaparam de Brindeiro. *Época*, v. 01, n. 49, p. 34-35, abril 1999.

<sup>2</sup> A partir da década de 70 o debate intensificou-se. Valter Foletto Santin, na obra: *O Ministério Público na investigação criminal*. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 251-255, apresenta os seguintes eventos, os quais não exaurem, nem de perto, os inúmeros que têm ocorrido no território nacional:

Atribuições do Ministério Público no Código de Processo Penal. *Anais do Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*, v. 2, 1971, p.19-32;

Atuação direta e direção efetiva do Ministério Público em todas as fases da persecução penal. *Anais do Congresso do MP*, v. 2, p. 71-75;

O Ministério Público como titular de todo procedimento penal. *6º Congresso Nacional do Ministério Público*, São Paulo, junho-1985, p. 138-148;

O Ministério Público e a Constituição – o Ministério Público deve dirigir a investigação criminal, *7º Congresso Nacional do Ministério Público*, Belo Horizonte, abril, 1987, p. 73-76;

Reformulação da Atuação Criminal, *Anais do II Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*, 1997, São Paulo, Imprensa Oficial, p. 482-483, 1997;

Da aproximação de um conceito de crime organizado e seus reflexos práticos na atuação do Ministério Público, *Anais do II Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*, 1997, São Paulo, Imprensa Oficial, p 564.

A tendência no processo penal moderno, *Anais do II Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*, 1997, São Paulo, Imprensa Oficial, p 579-586;

O controle da polícia e os crimes cometidos por seus integrantes., *Anais do II Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*, 1997, São Paulo, Imprensa Oficial, p 587-590;

A imprescindibilidade do procedimento investigatório do Ministério Público, *13º Congresso Nacional do Ministério Público*, v. 1, tomo I, p. 35-43;

Legalidade na investigação criminal pelo Ministério Público, *13º Congresso Nacional do Ministério Público*, v. 1, tomo I, p. 19-22.

<sup>3</sup> DOTTI, René Ariel. O desafio da investigação criminal. *Boletim IBCCRIM*, vol. 12, n. 138, p. 08, maio 2004.

Como lembra Ela Wiecko Volkmer de Castilho,<sup>4</sup> a tese contrária aos “poderes instrutórios” do Ministério Público, foi desenvolvida pelo professor Luiz Alberto Machado, da Universidade Federal do Paraná, apresentada no VI Congresso Nacional de Delegados de Polícia, em 1996, sob a seguinte ementa:

1. A titularidade constitucional do inquérito policial e da investigação criminal pela Polícia Judiciária (Federal, na União, e Civil, nos Estados). 2. O entendimento do princípio constitucional da ampla defesa, pessoal e técnica, do investigado. 3. O *due process of law* e o princípio do contraditório. 4. A vinculação do Ministério Público, como *dominus litis* criminal, a inquérito policial ou informações que não tenha produzido. 5. A conseqüente inconstitucionalidade da absorção, pelo Ministério Público, da investigação e do processo crime. 6. O ato administrativo vinculado do inquérito policial e da denúncia. 7. A imprestabilidade da prova coligida pelo Ministério Público, fora do processo crime, pela aplicação do princípio do fruto da árvore envenenada (*poisonous tree doctrine*).<sup>5</sup>

O Judiciário constantemente tem sido suscitado a se manifestar sobre a matéria. De maneira abstrata ou incidental, a questão recorrentemente emerge na prática forense criminal.

Decisão paradigmática está para ser tomada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, intentada contra dispositivo da Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, bem como da Lei Complementar n.º 75 de 20 de maio do mesmo ano, sob a arguição de falta de atribuição do Ministério Público na condução das atividades inquinadas.

Considerando somente a “cúpula” do judiciário nacional, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado positivamente em relação à “competência instrutória” do Ministério Público, enquanto o Pretório Excelso ainda não firmou posicionamento definitivo. Saliente-se, no entanto, que a questão ainda não está pacificada e ainda há amplo espaço para o debate.

---

<sup>4</sup> CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Investigação criminal pelo Ministério Público. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 1, n. 11, p. 03, mar. 1999.

A polêmica não é nova. No Recurso de *habeas corpus*, sob registro 81.326-DF, o Ministro-relator Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, ao exarar o voto-condutor, apresentou um breve esboço histórico da controvérsia.

Apesar de fundar-se em premissas equivocadas, além de omitir arestos favoráveis à investigação, inclusive do próprio Ministro-relator, conforme oportunamente será exposto, vale a apresentação histórica a fim de demonstrar o impacto que o tema tem causado no cenário político e jurídico nacional:

Voto:

(...) 2. FALTA DE LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Quanto à falta de legitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO para realizar diretamente investigações e diligências em procedimento administrativo investigatório, com fim de apurar crime cometido por funcionário público, no caso DELEGADO DE POLÍCIA, a controvérsia não é nova. Faço breve exposição sobre a evolução histórica. Em 1936, o Ministro da Justiça VICENTE RÃO tentou introduzir, no sistema processual brasileiro, os juizados de instrução. A Comissão da Segunda Secção do Congresso Nacional do Direito Judiciário, composta pelos Ministros BENTO DE FARIA, PLÍNIO CASADO e pelo Professor GAMA CERQUEIRA, acolheu a tese no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. (...) Na exposição de motivos do Código de Processo Penal o Ministro FRANCISCO CAMPOS ponderou acerca da manutenção do inquérito policial. Leio, em parte, a ponderação: "... O preconizado juízo de instrução, que importaria em limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. ...". Prossigo. A POLÍCIA JUDICIÁRIA é exercida pelas autoridades policiais, com o fim de apurar as infrações penais e a sua autoria (CPP, art. 4º). O inquérito policial é o instrumento de investigação penal da POLÍCIA JUDICIÁRIA. É um procedimento administrativo destinado a subsidiar o MINISTÉRIO PÚBLICO na instauração da ação penal. A legitimidade histórica para condução do inquérito policial e realização das diligências investigatórias, é de atribuição exclusiva da polícia. (...) Com essa orientação, há precedente de NELSON HUNGRIA, neste Tribunal (RHC 34.827). Leio, em seu voto: "... o Código de Processo Penal ... não autoriza, sob qualquer pretexto, semelhante deslocação da competência, ou seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do M. P. na investigação do crime ... ". Até a promulgação da atual Constituição, o MINISTÉRIO PÚBLICO e a POLÍCIA JUDICIÁRIA tinham seus canais de comunicação na esfera infraconstitucional. A harmonia funcional ocorria através do Código de Processo Penal e de leis extravagantes, como a Lei Complementar 40/81, que disciplinava a Carreira do MINISTÉRIO PÚBLICO. Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão 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

---

<sup>5</sup>MACHADO, Luiz Alberto. Conversa com a polícia judiciária. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional* v. 01, n. 04, p. 45, Curitiba: Juruá Editora, 2000.

Emendas 945, 424, 1.025, 20905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao MINISTÉRIO PÚBLICO a supervisão, avocação e o acompanhamento da investigação criminal. A Constituição Federal assegurou as funções de POLÍCIA JUDICIÁRIA e apuração de infrações penais à POLÍCIA CIVIL (CF, art. 144, parágrafo 4º). Na esfera infraconstitucional, a Lei Complementar 75/93, cingiu-se aos termos da Constituição no que diz respeito às atribuições do MINISTÉRIO PÚBLICO (art. 7º e 8º). Reservou-se o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração do inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII). Ainda assim, a matéria estava longe de ser pacificada. Leio: "... Proposta de Emenda Constitucional em trâmite no Congresso Nacional brasileiro, relacionada com a questão do controle externo da atividade policial, ... a de n. 109, também de 1995, de autoria do Deputado Federal Coriolano Sales, que se propõe a alterar a redação dos incs. I e VIII, do art. 129, da Constituição da República. A exemplo da anterior, em 03 de junho de 1997, esta também foi apresentada à Proposta de Emenda Constitucional 059/95. Com a alteração da redação do inc. I, do citado art. 129, da Constituição da República, a Proposta pretende incluir a instauração e direção do inquérito como uma das funções institucionais do Ministério Público. ... Em março de 1999, o Senador Pedro Simon apresentou nova Proposta de Emenda Constitucional, sob o n. 21, acrescentando parágrafo único, ao art. 98, da Constituição da República, disciplinando que nas infrações penais de relevância social, a serem definidas em lei, a instrução será feita diretamente perante o Poder Judiciários, sendo precedida de investigações preliminares, sob a direção do Ministério Público, auxiliado pelos órgãos da polícia judiciária." Prossigo eu. O Tribunal enfrentou a matéria (RE233.072, NERI DA SILVEIRA). Na linha do Voto que proferiu na ADIn 1.571, o Relator entendia que o MINISTÉRIO PÚBLICO tinha legitimidade para desenvolver atos de investigação criminal. Divergi. Leio, em parte, o que sustentei em meu voto. " ... quando da elaboração da Constituição de 1988, era pretensão de alguns parlamentares introduzir texto específico no sentido de criarmos, ou não, o processo de instrução, gerido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO. Isso foi objeto de longos debates na elaboração da Constituição e foi rejeitado. ... o tema voltou a ser discutido quando, em 1993, votava-se no Congresso Nacional a lei complementar relativa ao MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO e ao MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS, em que havia essa discussão do chamado processo de instrução que pudesse ser gerido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO. Há longa disputa entre o MINISTÉRIO PÚBLICO, a POLÍCIA CIVIL e a POLÍCIA FEDERAL em relação a essa competência exclusiva da polícia de realizar os inquéritos. Lembro-me de que toda essa matéria foi rejeitada, naquele momento, no Legislativo..." Acompanharam-me os Ministros MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO, compondo a maioria. Redigi o acórdão. Está na ementa: "... O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores público; (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. Recurso não conhecido". A polêmica continuou. O CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA, concedido ao MINISTÉRIO PÚBLICO pela Constituição foi regulamentado pela Resolução n. 32/97, do CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. A Constituição Federal dotou o MINISTÉRIO PÚBLICO do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII). A norma constitucional não contemplou, porém, a possibilidade do mesmo realizar e presidir inquérito penal. Nem a Resolução 32/97. Não cabe, portanto, aos seus membros, inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência à autoridade policial. Nesse sentido, decidi a Segunda Turma (RECR 205.473, CARLOS VELLOSO. Leio a ementa: "... I – inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, CF, no fato de a autoridade

administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (CF, art. 144, parágrafos 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior ...” Do Voto de VELLOSO destaco: “... não compete ao Procurador da República, na forma do disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, assumir a direção das investigações, substituindo-se à autoridade policial, dado que, tirante a hipótese inscrita no inciso III do art. 129 da Constituição Federal, não lhe compete assumir a direção de investigações tendentes à apuração de infrações penais ...” Prossigo. (...) <sup>6</sup>

Além da mera exposição histórica, o voto exprime parte de algumas razões doutrinárias que, como citado a pouco, partem de premissas dogmáticas equivocadas, as quais serão aos paulatinamente rebatidas. Como se não bastasse, omite jurisprudência favorável, tanto dos demais tribunais, como do próprio Supremo Tribunal Federal, e o que é pior, omite decisões contrários do próprio Ministro Nelson Jobim.

Tudo, ao seu tempo, será abordado.

De todo modo, fica assente a problemática apresentada. A “instrução preliminar presidida pelo Ministério Público”, nó dogmático de tormentosas inserções que serão, ponto a ponto, enfrentadas a seguir. A antiga controvérsia, ao que tudo indica, está longe de uma pacificação.

---

<sup>6</sup> Ementa: “A turma deu provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* para reformar a decisão do STJ que entendera válida a requisição expedida pelo Ministério Público do Distrito Federal para que o recorrente, delegado de polícia, comparecesse ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial para ser interrogado em procedimento administrativo investigatório supletivo. Considerou-se que o Ministério Público não tem poderes para realizar diretamente investigações, mas sim requisitá-las à autoridade policial competente, não lhe cabendo, portanto, inquirir diretamente pessoas suspeitas da autoria de crime, dado que a condução do inquérito policial e a realização das diligências investigatórias são funções de atribuição exclusiva da polícia judiciária. Precedentes citados: RE 233.07d2-RJ (DJU de 3.5.2002) e RE 205.473-AL (DJU de 30.8.99). RHC 81.326-DF, Rel. Min. Nelson Jobim, 6.5.2003. (RHC-81326).

## 2 NOÇÕES OPERACIONAIS

### 2.1 INSTRUÇÃO PRELIMINAR

#### 2.1.1 Definição

A instrução preliminar, no processo penal, pode ser definida como a “atividade estatal da *persecutio criminis*” cujo objetivo “é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*”<sup>7</sup>

Marcelo Lessa Bastos define a investigação criminal como “atividade que se desenvolve com o objetivo de ser descoberta a autoria das infrações penais e serem recolhidos os elementos necessários à propositura da ação penal correspondente”.<sup>8</sup>

Com rigor terminológico peculiar, Aury Celso Lima Lopes Júnior chama de “investigação/instrução preliminar o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende

---

<sup>7</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2 ed. Campinas: Millennium Editora, 2000, v. 1, p. 152.

<sup>8</sup> BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública. Papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com fim de justificar o processo ou não-processo”.<sup>9</sup>

Para Valter Foletto Santin, a “investigação criminal é atividade destinada a apurar as infrações penais, com a identificação da autoria, documentação da materialidade e esclarecimento dos motivos, circunstâncias, causas e conseqüências do delito, para proporcionar elementos probatórios necessários à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e embasamento da ação penal”.<sup>10</sup>

Por fim, segundo a lição de Rogério Lauria Tucci, a investigação criminal representa:

(...) um complexo de atos praticados sob a direção dos agentes estatais da persecução penal, para a colheita de dados e elementos de convicção indispensáveis à preparação da ação penal, quer, desde logo, instruindo a denúncia (petição inicial pública) ou a queixa (peça vestibular da privada), quer, ainda, ofertando ao julgador a base provisória dos fundamentos da sentença a ser, oportunamente, proferida.<sup>11</sup>

Alhures foi definida a instrução preliminar como *conjunto de atividades prévias que caracterizam a busca e coleta de informações, pela autoridade competente, capazes e suficientes para despertar o juízo de probabilidade necessário à propositura da ação penal e conseqüente processo*.<sup>12</sup>

Os elementos utilizados na definição supra não são aleatórios e merecem algumas considerações, ainda que breves.

O termo “conjunto de atividades”, comum nas diversas definições apresentadas, vem destacar os atos complexos, não limitados às enumerações contidas em lei, em rol indiscutivelmente exemplificativo.

---

<sup>9</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. *Revista da Ajuris*: doutrina e jurisprudência, v. 26, n. 78, p. 45, jun. 2000.

<sup>10</sup> SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. Bauru: EDIPRO, p. 31, 2001.

<sup>11</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, p. 41, 1980.

<sup>12</sup> Projeto de Pesquisa apresentado com requisito de ingresso no programa de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná.



Pelo contrário, o comportamento exigido é o mais ativo possível. O “passivo” recebimento de peças informativas deve ser encarado de maneira excepcional. A reconstituição de fatos pretéritos de natureza criminal, via de regra, é tormentosa.

O atributo “prévio” destaca a instrução preliminar como antecedente procedimental de eventual processo penal.

A busca e coleta de informações foram resgatadas da doutrina de inteligência policial que distingue os dois conceitos, de acordo com o acesso público (coleta) ou não (busca) dos dados obtidos.

O juízo de probabilidade necessário à propositura da ação penal - e conseqüente processo - relaciona-se ao grau de cognição necessário ao oferecimento da denúncia.

Por fim, há de ser destacado que a instrução preliminar deve ser “presidida” por autoridade competente. Neste momento, adentra-se no cerne do objeto da presente, para defender a competência, *rectius*, atribuição (extraordinária) do Ministério Público na busca e coleta direta dos elementos probatórios necessários e suficientes para o exercício do mister constitucional ministerial, i. e., exercício privativo da ação penal pública.

Tratando-se de atribuição excepcional, embora de matiz constitucional, a condução direta da instrução preliminar, pelo *parquet*, está vinculada ao exercício da ação penal, vale dizer, a chamada “investigação direta pelo Ministério Público” somente tem amparo constitucional, quando circunstâncias diversas afetarem, real ou potencialmente, eventual juízo de cognição necessário ao oferecimento da denúncia, conforme será desenvolvido adiante.

### 2.1.2 Nomenclatura

Muitas são as denominações utilizadas para designar a atividade preparatória do processo penal.

No direito pátrio são comuns as expressões: investigação criminal ou preliminar, atividade policial judiciária e inquérito policial.

No direito internacional também abundam as denominações. *Sumario, diligências prévias ou instrucción complementari* na Espanha; *indagine preliminare* na Itália; *inquérito preliminar* em Portugal; *vorverfahren e ermittelungsverfahren* na Alemanha; *l'enquete preliminare e l'instruction* na França.<sup>13</sup>

A expressão de Aury Celso Lima Lopes Júnior, “instrução preliminar”, parece ser a mais acertada por apresentar maior rigor científico, vale dizer, uma designação ampla o suficiente para refletir o objeto, em sua totalidade, concomitantemente restrita o bastante para atender um mínimo de adequação científica. Nas palavras do autor:

O termo que parece mais adequado é o de instrução preliminar. O primeiro vocábulo – instrução – vem do latim *instruere*, que significa ensinar, informar. Serve para aludir ao fundamento e à natureza da atividade levada a cabo, isto é, a apuração de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a *opinio delicti* do acusador e justificar o processo ou não processo. Ademais, faz referência ao conjunto de conhecimentos adquiridos, no sentido jurídico de cognição. Também reflete a existência de uma concatenação de atos logicamente organizados: um procedimento. [...] Ao vocábulo instrução devemos acrescentar outro – preliminar – para distinguir da instrução que também é realizada na fase processual. Também servirá para apontar o caráter prévio com que se realiza a instrução, diferenciando sua situação cronológica. Etimologicamente, o vocábulo preliminar vem do latim – *previsto pré (antes) e liminaris (algo que antecede, de porta de entrada)* – deixando em evidência seu caráter de “porta de

---

<sup>13</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L., Op. cit., p. 45.

entrada” do processo penal e a função de filtro para evitar acusações infundadas.<sup>14</sup>

Mas então por que as demais expressões não atendem a um rigor apofântico?

O termo investigação deriva do latim *investigatio*, de *investigare*, e indica um procedimento de pesquisa por meio do qual vestígios e indícios são rastreados para esclarecimento de certos fatos.<sup>15</sup>

Investigação é uma expressão menos abrangente que instrução, a qual inclui tanto a investigação policial quanto, v. g., a atividade desenvolvida por um juízo de instrução. Além disso, foge à coerência falar-se em investigação preliminar quando não existe uma *investigação definitiva*.<sup>16</sup>

A designação inquérito policial é limitada por circunscrever apenas o principal instrumento pelo qual, no Brasil, é formalizada a atividade desenvolvida pela dita Polícia Judiciária. Nada tem de universal, pois poucos são os sistemas nacionais que incumbem um órgão policial como “gerenciador único” da instrução preliminar.

Polícia Judiciária também é uma denominação imprópria. A uma, vincula a atividade ao órgão nacional de preeminência na realização da instrução prévia; a duas, a própria nomenclatura “Polícia Judiciária” perdeu a razão de ser com a Constituição Federal de 1988, que diferenciou a atividade de apuração de infrações penais e atividade policial judiciária, como será visto.

---

<sup>14</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, p. 30, 2001. Cumpre observar que, apesar de defender denominação diversa, o autor rende-se “à tradição brasileira” para utilizar a terminologia: “investigação preliminar”.

<sup>15</sup> TURESSI, Flávio Eduardo. A atuação investigativa do Ministério Público no processo penal. *Repertório IOB de jurisprudência*. Vol III, Civil, Processual Penal e Comercial, n. 20, p. 540. 2. quinz. Out. 2003.

<sup>16</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L., Op.cit., p. 30.

O termo “polícia judiciária” tem origem no *Code d’Instruction Criminelle*, quando a polícia judiciária abrangia tantos órgãos policiais, quanto o Ministério Público e o Juízo de Instrução.<sup>17</sup>

Nas palavras de José Barcelos de Souza:

O que realmente justificava a denominação, que hoje, em realidade, não mais se justificaria senão em razão de se tratar de órgão auxiliar do Judiciário e do Ministério Público e pelo forte motivo da tradição e do uso internacional, era a prática de atribuições realmente judiciárias, ou seja, de julgar infrações penais ou praticar atos processuais típicos do Judiciário. Foi o que sempre praticou até que os últimos vestígios dessas atribuições desapareceram com a nova Constituição, que introduziu aquela nova denominação – Polícia Civil. [...]

Havia, portanto, uma polícia que realmente se podia dizer judiciária, porque processava e julgava. Essa não mais existe. E era aquilo que a tornava judiciária, visto que não é nem nunca foi subordinada ao Poder Judiciário. Dizer, como por vezes se dizia, que era judiciária porque apurava delitos para o Judiciário julgar, não justificaria o nome, como se pretendia.<sup>18</sup>

De fato, apenas para dar um exemplo, antes da Constituição vigente tínhamos o chamado “processo judicialiforme”, relativo às contravenções penais, previstas nos arts. 26 e 531 *et seq* do Código de Processo Penal. Nesta circunstância, a Polícia não procedia a simples inquérito policial, mas a um processo propriamente dito.<sup>19</sup>

Sob pena de comprometimento da imparcialidade, não cabe ao Judiciário investigar *notitia criminis*, logo, “não se justifica a adjetivação *judiciária* justaposta ao substantivo *polícia*”.<sup>20</sup>

Oportuno o ensinamento de José Frederico Marques:

(...) a polícia não entrega os delinqüentes aos tribunais, para serem punidos, e sim para serem processados e julgados. O conceito criticado atribui, ainda sob a influência do sistema inquisitório, ao Poder Judiciário o

<sup>17</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. Vol 1, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 198.

<sup>18</sup> SOUZA, José Barcelos de. Investigação direta pelo Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 11, n. 44, p. 366-367, jul/set - 2003.

<sup>19</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>20</sup> BASTOS, Marcelo Lessa. Op. cit., p. 98-99.

poder de punir, o que é errado, pois o direito de punir não é exercido pelos órgãos jurisdicionais, e sim através deles. Além disso, a polícia entrega o indiciado, depois das investigações realizadas, ao Ministério Público, e não aos tribunais. A investigação policial prepara a ação penal de que é titular o Ministério Público, como bem se observa na regra contida no art. 28 do Código de Processo Penal.

Outro reparo a fazer é o de que a *polícia judiciária*, apesar de seu nome, é atividade administrativa.<sup>21</sup>

Por fim, como lembra Marcelo Lessa Bastos, em Portugal, o “equivoco terminológico” foi devidamente sanado, denominando-se o organismo policial investigativo de “polícia criminal”.<sup>22</sup>

### 2.1.3 Finalidade e Destinatário

Uma relação jurídica processual não pode ser instaurada sem um suporte mínimo de elementos válidos.

No processo civil temos toda uma centenária construção doutrinária acerca dos pressupostos processuais de existência, de validade, além das chamadas condições da ação.

No processo penal a necessidade de um mínimo lastro probatório e sólida base empírica é ainda mais evidente, isto porque, como lembra Frederico Marques, o processo penal só se instaura com a propositura da ação que é precedida de uma fase de pesquisas (*informatio delicti*), em que se colhem os dados necessários para ser pedida a imposição da pena.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> MARQUES, José Frederico. Op cit., p. 159.

<sup>22</sup> BASTOS, Marcelo Lessa. Op. cit., p. 100.

<sup>23</sup> MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 138.

A finalidade da instrução preliminar é, pois, servir ao titular da ação penal, fornecendo-lhe os elementos de que necessita para a sua propositura.<sup>24</sup>

A partir desta primeira finalidade, fica evidente o destinatário da instrução preliminar. Se a finalidade da prova colhida na “fase investigatória” é servir ao titular da ação penal no sentido de dotá-lo dos elementos que necessita para ajuizá-la, é forçoso concluir que o destinatário da “prova” colhida nesta fase procedimental é exatamente este titular, isto é, o Ministério Público, máxime nos crimes de ação penal de iniciativa pública.<sup>25 26</sup>

Mais do que servir ao Ministério Público, a instrução preliminar como antecedente da ação penal é um dos cânones do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Aury Celso Lima Lopes Júnior, um processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da *instrumentalidade garantista*.<sup>27</sup>

Nas abalizadas palavras de Francesco Carnelutti,<sup>28</sup> “*encuesta preliminar no se hace para la comprobación del delito sino solamente para excluir una acusación aventurada*”.

No mesmo sentido Cláudio Lemos Fonteles:

Portanto, fique estabelecido: a investigação preliminar não tem razão de ser na comprovação do delito – assim fosse coerente então que terminada esta ou teríamos o delito comprovado, ou não comprovado, e qual a razão de ser da relação processual penal subsequente, e dizê-la preliminar por quê? -,

---

<sup>24</sup> BASTOS, Marcelo Lessa. Op. cit., p. 88

<sup>25</sup> Idem, p. 89.

<sup>26</sup> BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 49-50.

<sup>27</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. Op. cit., p. 43. Mais à frente (p. 46): “Por isso, trata-se de uma *instrumentalidade qualificada*, pois a instrução preliminar está a serviço do instrumento processo. Nesse sentido pode-se perfeitamente aplicar a magistral doutrina de CALAMANDREI de que estamos ante uma instrumentalidade eventual e qualificada, por assim dizer, *elevada ao quadrado*. É eventual porque predomina nos sistemas modernos o caráter facultativo da instrução. É de segundo grau porque não é um fim em si mesma, mas um instrumento a serviço do instrumento-processo.”

<sup>28</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. México:Episa, , 1997, p. 338.

mas no impedir a acusação temerária, leviana, desprovida de elementos concretos, indicadores do fato e sua autoria delituosa.<sup>29</sup>

Hélio Pereira Bicudo<sup>30</sup> recorda que o Código de Processo Penal vigente, editado em 1941, manteve o inquérito policial como processo [*sic*] preliminar ou preparatório da ação penal, assim argumentando a Exposição de Motivos:

(...) há em favor do inquérito policial, como instrução provisória, antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas.

Os motivos exarados são de autoria do então Ministro da Justiça, Francisco Campos, valendo não deslembrar o conturbado cenário político na época da promulgação do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3689, de 03 de outubro de 1941).<sup>31</sup>

Tudo leva a concluir, portanto, que a instrução preliminar tem dupla finalidade, é ao mesmo tempo suporte mínimo para a instauração da ação penal, bem como garantia instrumental do devido processo legal no contexto de um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>29</sup> FONTELES, Cláudio Lemos. Investigação preliminar: significado e implicações. *Boletim dos Procuradores da República*. n. 35, março de 2001.

<sup>30</sup> BICUDO, Hélio Pereira. A investigação criminal. *Revista da Universidade Católica de Campinas*. V. 15, n. 34, p. 38, dez. 1971.

<sup>31</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Brito. A investigação criminal: atividade exclusiva da autoridade policial. *Revista Jurídica Consulex*, ano VII, n. 159, ago. 2003.

### 2.1.4 Instrução Preliminar no Processo Penal Brasileiro

No processo penal brasileiro, a instrução preliminar é atribuída, primordialmente, a órgãos policiais.

A atribuição é estatuída pela Constituição Federal, no art. 144:

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;  
[...]  
IV – polícias civis;

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira destina-se a:

I – **apurar as infrações penais** contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme segundo dispuser a lei;  
[...]  
IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.  
[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções da polícia judiciária e a **apuração de infrações penais**, exceto as militares.  
(grifo nosso)

Logo será desenvolvida a melhor interpretação do dispositivo, no momento fica assentado que os órgãos constituídos para, como missão primordial, desenvolverem a instrução preliminar são, na esfera das respectivas atribuições, as polícias federal e civil.

O inquérito policial é a forma por excelência da instrução preliminar, o “instrumental” através do qual é documentada.



Apesar da função policial preeminente, autoridades administrativas diversas da Polícia podem exercer “função investigatória”. É o que reza o parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Logo, outras autoridades administrativas também podem (poder-dever) desenvolver a instrução preliminar.

É o que ocorre, por exemplo, com as Comissões Parlamentares (Mistas) de Inquérito, processos administrativos disciplinares, apuração de infrações praticadas por membros do Judiciário ou do Ministério Público, ações fiscais, procedimentos desenvolvidos no âmbito do Ministério Público, *et. alii*.

Tantos os “procedimentos” (*lato sensu*) que tenham “finalidade imediata” a apuração de infrações penais, como pode ocorrer com as CPI’S e procedimentos (criminais) presididos pelo Ministério Público, quanto os procedimentos cuja apuração de delitos seja mediata, como ocorre em alguns casos de processos administrativos disciplinares, ações fiscais, ou ainda nos inquéritos civis públicos destinados a apurar atos de improbidade administrativa.

Os exemplos são inúmeros e serão desenvolvidos no decorrer do texto, com especial ênfase a atribuição do Ministério Público na condução de instruções preliminares, máxime quando presentes certos requisitos ligados à ameaça do exercício constitucional e privativo da ação penal.

Cumprido, por fim, dentro do conceito (amplo) que foi exposto, destacar que todos os elementos colhidos por agentes estatais e até mesmo por particulares,

envolvidos na apuração de delitos, devem ser considerados instruções preliminares.<sup>32</sup>

Assim, as “investigações”, *rectius*, instruções preliminares, poderão ser estatais ou privadas, enquanto desenvolvidas, ou não, por órgão vinculado à estrutura da administração pública. As primeiras poderão ser ainda, policiais ou extra-policiais, de acordo com órgão que a conduz (preside).<sup>33</sup>

## 2.2 VERDADE PRÉ-PROCESSUAL PENAL

Já há muito foi revelado (ou desvelado) que, entre as concepções de verdade e as práticas sociais e políticas, existe uma relação dialética.

Esta relação dialética assume contornos intrigantes quando em análise a verdade nas formas pré-processuais penais, ou seja, a reprodução dos fatos pretéritos por intermédio da instrução preliminar e as conseqüências, desejáveis ou indesejáveis, do (mal) uso que por vezes dela é feito.

O corifeu da tese certamente é Michel Foucault, o qual, como poucos, soube explorar os obscuros enigmas do saber como forma de exercício de poder.

A filosofia atual, da qual não excluimos o próprio Foucault, tem trilhado uma concepção peculiar de certa forma inédita, acerca da verdade processual (*a simili*, a “verdade procedimental” da instrução preliminar).

---

<sup>32</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 30.

<sup>33</sup> Idem, p. 31.

Seguir a esteira de Foucault, ensaiar como algumas características da concepção de verdade podem influenciar alguns atributos das práticas processuais, é a principal finalidade deste capítulo (operacional).

De fato, a verdade como processo lingüístico, como procedimento em busca de algo inatingível, a paradoxal “verdade real”, influencia algumas práticas “processualísticas”, práticas estas que, desde o nascimento do “inquérito” (na concepção de Foucault), têm na busca da verdade o objetivo principal.

Algumas considerações, no entanto, merecem apontamento.

Foram selecionadas apenas duas características marcantes dentro desta problemática: o retorno ao espetáculo público no processo (penal), renascido após ter sido enterrado no século XVIII; a possibilidade de verdade como elemento suficiente para atingir os objetivos (políticos) no “jogo do poder”.

Vale não deslembrar que a expressão “processo”, no presente texto, é utilizada de maneira ampla, embora basicamente no sentido processual penal, para incluir a instrução preliminar, onde, aliás, concentram-se as observações.

### 2.2.1 A Verdade e as Formas Jurídicas, de Michel Foucault

A obra “A verdade e as formas jurídicas”, é constituída por um conjunto de cinco conferências pronunciadas por Michel Foucault, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, entre 21 e 25 de maio de 1975, quando procurou demonstrar “o vínculo entre os sistemas de verdade e as práticas sociais e políticas onde provêm e onde se investem. Nas palavras de Foucault:

Meu objetivo será mostrar-lhes como as práticas sociais podem chegar a engendrar domínios do saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento. O próprio sujeito de conhecimento tem uma história, a relação do sujeito com o objetivo, ou, mais claramente, a própria verdade tem uma história.<sup>34</sup>

(...) O que pretendo mostrar nestas conferências é como, de fato, as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento, mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade.<sup>35</sup>

Na esteira do autor, entre as práticas sociais em que a análise histórica permite localizar a emergência de novas formas de subjetividade, as práticas jurídicas, ou mais precisamente, as práticas judiciárias, estão entre as mais importantes.<sup>36</sup> E assim conclui seu objetivo: “as formas jurídicas e, por conseguinte, sua evolução no campo do direito penal como lugar de origem de um determinado número de forma de verdade”.<sup>37</sup>

A partir da empresa de Nietzsche, Foucault revela o lugar privilegiado para o estudo do conhecimento:

Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, aprendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos, mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder. E é somente nessas relações de luta e de poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros, relações de poder – que compreendemos em que consiste conhecimento.<sup>38</sup>

A partir da obra “L’anti Edipe”, de Deleuze e Guatari, tendo por referência a peça de teatro “O Rei-Édipo”, de Sófocles, Foucault começa a esboçar maior concretude em suas análises. Procura mostrar como a tragédia de Édipo representa,

<sup>34</sup> FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, 3ed. Rio de Janeiro: Vozes, p. 8.

<sup>35</sup> Idem, p. 27. Neste trecho, para além de apresentar um dos objetivos da obra, Foucault critica a concepção marxista de ideologia.

<sup>36</sup> Idem, p. 11.

<sup>37</sup> Idem, p. 12.

<sup>38</sup> Idem, p. 23.

de certa maneira, um determinado tipo de relação entre poder e saber, entre poder político e conhecimento.

Foucault explicita como na peça teatral inquinada toda a enunciação da verdade parte de um discurso profético dos Deuses, para o testemunho de pessoas simples, independente do que o Rei, Édipo, soubesse ou deixasse de saber.<sup>39</sup> Dentre as inúmeras incursões realizadas pelo filósofo, indica ele que a peça Édipo-Rei é uma espécie de resumo da história do Direito grego, representa uma das grandes conquistas da democracia ateniense: “a história do processo através do qual o povo se apoderou do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade àqueles que o governam”.<sup>40</sup>

Este é o “primeiro nascimento” do inquérito, como mecanismo tendente à “apuração da verdade”, o qual permanecerá esquecido por alguns séculos, para renascer, como força extraordinário, na Idade Média.

O Direito Feudal, em essência, é caracterizado por uma “ritualização da guerra”, luta entre as partes em conflito, que poderá acabar com uma transação econômica, isto é, sem a presença de qualquer “procedimento de inquérito”.

---

<sup>39</sup> Segundo a peça, Édipo manda consultar o deus de Delfos, o rei Apolo, o qual diz: “O país está atingido por uma conspiração”. Em seguida Édipo força Creonte a complementar a resposta, que assim é dada: “o que causou a conspiração foi um assassinato”. Apolo diz quem foi assassinado: “Laio”, mas se nega a dizer quem assassinou. Quem complementa a resposta é um mortal, o duplo humano de Apolo, o cego Tirésias que revela à Édipo: “Foste tu quem matou Laio”. Mas faltava ainda o testemunho do que se passou, do que realmente aconteceu. O primeiro testemunho é dado por Jocasta: “Vês bem que não foste tu, Édipo, quem matou Laio, contrariamente ao que diz o advinho. A melhor prova disto é que Laio foi morto por vários homens no entroncamento de três caminhos”. O testemunho de Jocasta é completado pela Inquietude de Édipo: “Matar um homem no entroncamento de três caminhos é exatamente o que eu fiz”. Faltava saber somente um detalhe, provar que Édipo era filho de Laio, pois a predição dos deuses dizia que ele seria morto pelo próprio filho. O primeiro testemunho é dado pelo escravo Corinto: “Polípio não é teu pai”, é aí que surge outro escravo que havia fugido após a trama: “Com efeito, dei outrora a este mensageiro uma criança que vinha do palácio de Jocasta e que me disseram que era seu filho”. Agora já se sabia: “Édipo era filho de Laio e Jocasta; ele foi dado a Polípio; foi ele, pensando ser filho de Políbio e voltando, para escapar da profecia, a Tebas, que ele não sabia que era sua pátria, que matou, no entroncamento de três caminhos, o rei Laio, seu verdadeiro pai. O ciclo está fechado”. FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 34-37.

<sup>40</sup> Idem, p. 54.

Nas palavras de Foucault:

No sistema da prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária. O indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela.[...] a prova termina por uma vitória ou por um fracasso [...] a separação da verdade e do erro entre os indivíduos não desempenha nenhum papel; existe simplesmente vitória ou fracasso [...] a prova serve não para nomear, localizar aquele que disse a verdade, mas para estabelecer que o mais forte é, ao mesmo tempo quem tem razão.<sup>41</sup>

Esse sistema desapareceu no fim do século XII e no curso do século XIII, quando ressurgiu o inquérito, embora de maneira bem diversa do precursor ocorrido na Grécia.

O sistema medieval, modelo belicoso, permaneceu conveniente enquanto as armas e o poder judiciário se concentravam nas mãos dos mesmos indivíduos.

Porém, algumas mudanças ocorreram:

- 1) os indivíduos não terão mais o direito de resolver, regular ou irregularmente, seus litígios, deverão submeter-se a um poder exterior;
- 2) aparece um personagem novo, o procurador; havendo um crime ele se apresenta como representante de um poder lesado (esse fenômeno permite ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciários);
- 3) uma nova noção aparece: a infração, o dano não é mais ofensa a indivíduos mas ao Estado, ao soberano;
- 4) uma última descoberta: o Estado, ou melhor, o Soberano.<sup>42</sup>

Se a principal vítima é o rei, ele (ou o procurador) não pode mais se arriscar com a vida ou bens cada vez que um crime é cometido. Não é em pé de igualdade, como em uma luta entre dois indivíduos, que o acusado e o procurador se defrontam.

---

<sup>41</sup> FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 61-62. Como exemplos destes procedimentos temos, em primeiro lugar, as provas sociais, a prova de importância social do indivíduo; havia também as provas do tipo verbal, o indivíduo acusado devia responder com um certo número de fórmulas; em terceiro lugar as provas “mágico-religiosas” do juramento; por fim as provas corporais, físicas chamados ordálios.

<sup>42</sup> Idem, 65-67.

O modelo belicoso é substituído pelo inquérito, o procurador do rei vai procurar estabelecer, por inquérito, se houve crime, qual foi ele e quem cometeu.

O inquérito, portanto, não é resultado de um progresso na racionalidade, senão fruto de uma transformação política, uma nova estrutura política que tornou não só possível, mas necessária a utilização desse procedimento no domínio judiciário, “o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer”.<sup>43</sup>

Posteriormente, sem desaparecer o modelo do inquérito, no fim do século XVIII e início do século XIX, começa a tomar contornos o que Foucault denomina “sociedade disciplinar”.

Muito embora Foucault faça referência e desenvolva o que entende por sociedade disciplinar nas conferências citadas, é em outra obra que a caracteriza e estuda com maior profundidade, trata-se da obra: “Vigiar e Punir, história da violência nas prisões”.<sup>44</sup>

Nas palavras do filósofo, a sociedade disciplinar caracteriza a era da “ortopedia social”, idade do controle social. Para tanto, associa o controle social ao *Panopticum*, elaborado por Bentham.

Veja-se a definição do próprio Foucault:

O *Panóptico* de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da

---

<sup>43</sup> FOUCAULT, Michel. Op.cit., p. 73.

<sup>44</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 27ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha.<sup>45</sup>

A sociedade disciplinar é baseada no poder que, operando através de uma vigilância hierárquica, uma sanção normalizadora e o exame, está em permanente vigilância sobre o indivíduo, seja na fábrica, no hospital, no hospital psiquiátrico, na escola, prisão, etc., controlando e adestrando a coletividade.<sup>46</sup>

Nas reflexões de Ricardo Marcelo Fonseca:

Eis então a sociedade disciplinar, do modo como aqui nos é apresentada por Foucault: um complexo aparato institucional formado a partir do século XVIII no qual os indivíduos são colocados no centro de um sistema de controle (que isola, classifica, mede, vigia, hierarquiza, pune, premia, disciplina), de acordo com critérios normalizadores que crescentemente se espriam para diversos âmbitos institucionais da sociedade (prisões, escolas, hospitais, fábricas). Os indivíduos, a partir de então, sofrem uma incidência de poderes permanentes, constantes e constrictivos que não só moldam suas ações, mas, como já dito, moldam o modo como eles devem se constituir em sociedade, ou seja – e aqui o ponto nodal -, moldam suas subjetividades.<sup>47</sup>

### 2.2.2 A Verdade na Filosofia Contemporânea

A noção do inquérito, como mecanismo tendente a apurar a “verdade”, uma “verdade material ou substancial”, ainda guia as práticas processuais atuais, como lembra Sérgio Cruz Arenhart:

---

<sup>45</sup> FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 165-166.

<sup>46</sup> Para aprofundamento das categorias citadas, vide: FONSECA, Ricardo Marcelo. *O poder entre o Direito e a “Norma”*: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: editora fórum, 2004.

<sup>47</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. Op. cit., p. 265.



Ora, partindo-se desse pressuposto, nada mais natural do que eleger, como um dos princípios essenciais do processo – senão a função principal do processo de conhecimento – a busca da verdade substancial. No dizer de Mittermayer, a verdade é a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a idéia que fazemos dele. Essa visão, típica de uma filosofia vinculada ao paradigma do objeto, embora tenha todos os seus pressupostos já superados pela filosofia moderna, ainda continua a guiar os estudos da maioria dos processualistas modernos. Não obstante todas as lições da moderna filosofia, combatendo duramente essa visão do conhecimento, o Direito permanece recorrendo a esse paradigma para explicar sua função e o processo continua apoiando-se nessa vetusta idéia, para legitimar sua função.<sup>48</sup>

Além dos estudos desenvolvidos por Foucault, o qual leva em conta as estruturas de poder, não se pode esquecer que essa noção de verdade funde-se, em muito, com a racionalidade cartesiana onde o conceito de provável há de ser descartado por afrontar a estrutura lógica do formal racional.

Esta concepção radical da verdade não passou despercebida pelos estudiosos do direito, como Calamandrei. Veja-se:

A querela ente os advogados e a verdade é tão antiga quanto a que existe entre o diabo e a água benta. E, entre as facécias costumeiras que circulam sobre a mentira profissional dos advogados, ouve-se fazer seriamente esta espécie de raciocínio: - em todo processo há dois advogados, um que diz branco e outro que diz preto. Verdadeiros, os dois não podem ser, já que sustentam teses contrárias; logo, um deles sustenta a mentira. Isso autorizaria considerar que cinquenta por cento dos advogados são uns mentirosos; mas, como o mesmo advogado que tem razão numa causa não tem em outra, isso quer dizer que não há um só que não esteja disposto a sustentar no momento oportuno causas infundadas, ou seja, ora um ora outro, todos são mentirosos.

Esse raciocínio ignora que a verdade tem três dimensões e que ela poderá mostrar-se diferente a quem a observar de diferentes ângulos visuais.<sup>49</sup>

Ainda, Miguel Reale:

Se a verdade, numa síntese talvez insuficiente, não é senão a expressão rigorosa do real, ou, por outras palavras, algo de logicamente redutível a uma correlação precisa entre 'pensamento e realidade', tomando este segundo termo em seu mais amplo significado, e não apenas como

---

<sup>48</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 237.

<sup>49</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 121.

‘realidade factual’, forçoso é reconhecer que a adequação entre o mundo dos conceitos e o da realidade, mesmo nos domínios das ciências consideradas exatas, deixa-nos claros ou vazios que o homem não pode deixar de pensar. No fundo é esta a distinção Kantiana essencial entre ‘conhecer segundo conceitos’ e ‘pensar segundo idéias’, isto é, acrescento eu com certa elasticidade ‘pensa segundo conjecturas, o que demonstra que a conjectura habita no âmago da verdade, por mais que nossa vaidade de *homo sapiens* pretenda sustentar o contrário.<sup>50</sup>

Resgatando o chamado paradigma da linguagem, vale a citação, ainda, de dois expoentes da “pós” e “trans” modernidade, respectivamente.

Jürgen Habermas:

Real é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que ‘verdadeiro’ pode ser explicado a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição. Com o sentido assertórico de sua afirmação, um falante levanta a pretensão, criticável, à validade da proposição proferida; e como ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas, a ‘validade’ (*Nütlichkeit*) tem de ser entendida epistemologicamente como ‘validade que se mostra para nós (*Geltung*). A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral.<sup>51</sup>

Enrique Dussel:

Não é simplesmente partindo de uma posição solipsista originária que se há de se chegar ao ‘verdadeiro’, para depois procurar a ‘consensualidade’ por aceitação intersubjetiva, mas a posição da subjetividade na atualização do real como verdadeiro [...] foi já antes constituída a partir da intersubjetividade (tanto cerebral, lingüística, cultural como historicamente [...] mas de maneira formalmente diferenciada (e não confusa e identificada como no caso de Habermas). Toda atualização do real (verdade) é já sempre intersubjetiva; e toda intersubjetividade (validade) tem “referência” a um pressuposto veritativo. Mas são categorialmente diferentes. A verdade é o fruto do processo monológico (ou comunitário) de se “referir” ao real a partir da intersubjetividade (o enunciado tem assim pretensão de verdade); a validade é o fruto do processo de procurar que seja aceito intersubjetivamente aquilo que se considera monologicamente (ou comunitariamente) como verdadeiro (o enunciado tem assim pretensão de validade).<sup>52</sup>

<sup>50</sup> REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*. Nova Fronteira, 1983, p. 17-18.

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I, p. 31.

<sup>52</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 206.

Conclui-se, portanto, na base na filosofia atual, com reflexo na doutrina dos modernos processualistas (basicamente civis, infelizmente!), que o “diálogo, argumentação e persuasão” são componentes implícitos da noção de verdade.

Depois de todas estas digressões filosóficas e políticas, acerca da concepção de verdade e saber como reflexo e exercício de poder, o que se pretende, agora, é ensaiar algumas análises práticas, à luz da atual realidade brasileira, sob o viés da instrução preliminar.

O que se pretende demonstrar é que a própria noção de verdade-saber-poder, apresenta importantes reflexos na instrução preliminar. Estes reflexos são de inúmeras ordens, porém dois deles parecem sobressair: o retorno ao espetáculo e a verdade “real” tornada secundária.

### 2.2.3 Retorno ao Espetáculo Público

A atenção da mídia nacional ao desenvolvimento da instrução preliminar suscita algumas questões de ordem crítica.

Ao relatar as transformações ocorridas no século XVIII, e começo do século XIX, Foucault enfoca a extinção da “melancólica festa da punição”:

O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra aboliu-o em 1837. (...) A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um ‘fecho’ ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-

los afastados, mostrando-lhes a freqüência dos crimes; fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do suplicado um objeto de piedade e de admiração.<sup>53</sup>

Embora Foucault esteja centrando suas análises à execução penal *stricto sensu*, a temos como compatível aos argumentos aqui apresentados.

A massificação da comunicação trouxe consigo o retorno do espetáculo ao processo penal.

Os exemplos que poderiam ser citados abundam:

➤ As sessões das (inúmeras) Comissões Parlamentares de Inquérito fizeram com que o brasileiro – ao menos os que têm acesso às TV's por assinatura – acostumassem-se a assistir a TV Senado ou TV Câmara;

➤ A ênfase dada pelos Telejornais em relação aos “escândalos do poder”, especialmente os tropeços das autoridades diante das “robustas” provas apresentadas.

➤ O jornalismo investigativo cresceu exponencialmente em atuação com slogans do tipo: “Não é a violência que aumentou, foi a imprensa que ampliou sua cobertura”, seguida de flagrantes de criminalidade;

➤ Tim Lopes, este “super-homem” que padeceu no exercício do dever, cuja morte merece infinito destaque por tombar diante do poder do tráfico, merece dez minutos no Jornal Nacional, seguido de 10 segundos para comentar a morte de mais um traficante nos morros do Rio de Janeiro!

➤ Os programas policiais de fim de tarde.

---

<sup>53</sup> FOULCAUT, Michel. Op.cit., p. 12-13.

➤ Mais uma das “mitológicas” operações da Polícia Federal acompanhadas pela imprensa, mesmo que o processo originário esteja coberto por segredo de justiça (o segredo é de justiça, não de imprensa!).

Além, de muitos, muitos outros exemplos.

Algema policial: R\$100,00 (cem reais); salário médio de um policial: R\$1.000,00 (mil reais); viatura policial equipada e ostensiva: R\$100.000,00 (cem mil reais); assistir um político sendo preso e conduzido algemado por um policial em uma viatura caracterizada: NÃO TEM PREÇO. Têm coisas que o dinheiro não compra e somente o espetáculo punitivo pode proporcionar.<sup>54</sup>

Parafrazeando com o texto de Foucault a pouco citado, a confissão pública retorna ao apogeu, todos esperam uma confissão, mesmo que essa confissão seja para encobrir os verdadeiros responsáveis, mesmo que seja uma confissão de “mero crime eleitoral”, mesmo que este ou outro crime seja “sistematicamente praticado no Brasil” (aliás, os teóricos do Direito Penal ainda não haviam apresentado esta nova causa supra legal de exculpação!).

O pelourinho está em qualquer lugar, público ou não, onde uma câmera, “panopticamente” ou “paparazzamente”, possa alcançar.

Em relação aos juízes, ao invés de serem comparados a assassinos, ocorre uma inversão engraçada: são “ridicularizados” quando, apesar das evidências demonstradas pela imprensa e com todo o apoio popular, ainda “absolvem os culpados”. Cada notícia de absolvição ecoa na caixa preta do judiciário que de tempos em tempos vem à baila, mas aí já estaríamos adentrando no próximo item.

---

<sup>54</sup> Mil desculpas pela linguagem irônica e panfletária. Foi inevitável! Ainda mais que, pouco mais de 24 horas após termos encerrado a elaboração do presente capítulo, coincidentemente, a Rede Globo apresentou, na edição do Jornal Nacional de 10 de setembro de 2004, a cobertura completa da prisão dos “Maluf’s”, com direito à acompanhamento aéreo, algemas, carros caracterizados e o tempero que não poderia faltar: o choro do preso!

Antes, porém, uma pequena, mas oportuna observação: não se está realizando juízo de valor acerca das medidas apresentadas, apenas lançando alguns fatos à reflexão acerca do objeto de análise, isto é, a relação verdade-saber-poder, nos diversos instrumentos de instrução preliminar.

#### 2.2.4 A Verdade como Componente Secundário

Associando tudo o que fora exposto, análises “foucaultianas”, as concepções de verdade, bem como o espetáculo proporcionado pelos veículos de comunicação de massa, constata-se um fenômeno curioso no meio político: a “verdade” passa a ser secundária.

Pertinente a observação realizada por Foucault acerca do local privilegiado para análise do conhecimento: “devemos nos aproximar, não dos filósofos, mas dos políticos”.

E mais, nas discussões do poder político, a verdade é dispensável.

Ao tratar das concepções filosóficas acerca do poder, uma das conclusões foi no sentido de que o “diálogo, argumentação e persuasão” são componentes implícitos da noção de verdade.

Nos debates políticos, ou melhor, nas decisões políticas, em especial na atualidade (na “era” das CPI’s e “escândalos pré-processuais”), o que acaba realmente importando não é a verdade em si, mas a possibilidade de verdade, há quem diga: a verossimilhança. Ou ainda, pretensão de verdade (Habermas) e pretensão de validade (Dussel).

No trato das questões políticas, o que basta é a plausibilidade da acusação, para aí entrar em jogo o diálogo, a argumentação e a persuasão.

Se, de um lado, as “acusações” totalmente infundadas, são de plano desconsideradas, as que apresentam um mínimo de fundamento são suficiente para conseqüências políticas (incluam-se, jurídicas e *a fortiori*, processuais penais).

Mais uma vez os exemplos são muitos e diários, sequer precisam ser explicitados.

Basta uma filmagem secreta onde o interlocutor indique o nome de parlamentar para que a verdade esteja estabelecida. Basta a resposta deste parlamentar confessando alguns crimes e, abusando de sua capacidade retórica decorrente da prática de advocacia (criminal), para que o contra-ataque tornem as alegações verdadeiras, ainda mais se direcionado a quem, sem capacidade retórica, ainda conta com a antipatia da população e dos demais parlamentares.

Basta um depoimento “convincente” para que verdade esteja estabelecida.

Isto é, as pretensões de verdade e de validade, diriam alguns, a “possibilidade do verdadeiro”, já são suficientes e necessárias para a ação e juízo políticos. A instrução preliminar deve estar afastada deste contraditório “pré-conceito-definitivo”.

O juízo do poder político está respaldado no diálogo, na persuasão, no embate retórico, a instrução preliminar há de superar a retórica para adentrar em um mínimo de base empírica veritativa segundo os parâmetros jurídicos consagrados.

## 2.3 BREVE ESBOÇO HISTÓRICO

Uma exposição histórica exauriente demandaria uma pesquisa bibliográfica que, para além de imprecisa e limitada, carregaria demasiada quantidade de informações em detrimento do carácter expositivo da presente. Além do mais, cada Estado soberano apresenta alguma peculiaridade acerca da respectiva instituição compatível com o Ministério Público, pelo menos em seus contornos gerais.

Por esta razão básica, preferiu-se a apresentação de um breve esboço histórico, limitada à origem (universal) e desenvolvimento constitucional (nacional) do Ministério Público.

### 2.3.1 Origem

Há grande controvérsia acerca da origem do Ministério Público.

Mario Villani, citado por Hugo Nigro Mazzilli, relaciona a origem do Ministério Público no antigo Egito, em um funcionário real chamado de *magiaí*, 'língua e os olhos do rei, exercendo o papel de castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolhia os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado mentiroso; era o marido, a viúva e o pai do órfão; fazia ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso e tornava parte das instruções para descobrir a verdade".<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 3ed., São Paulo: Saraiva, p. 2, 1996.



Existem autores que apontam a “antiguidade clássica” como a origem do Ministério Público. Paulo Rangel apresenta exemplos defendidos por alguns doutrinadores: “os éforos de Esparta, os Tesmótatas gregos, ou nos personagens romanos dos *advocati fisci*, ou do censor, que era o magistrado a quem competia zelar pela moralidade pública e fazer o censo dos cidadãos. Havia ainda os *procuradores caesaris*.”<sup>56</sup>

Porém, como também observa Paulo Rangel, “o que se faz quando se procuram as raízes do Ministério Público, é tentar identificar funções de fiscalização de atos ilegais em cargos de agentes da época.”<sup>57</sup>

De fato, em qualquer vida societária com um mínimo de organização, mesmo que não estejam sob a roupagem de Estado, é possível observar um mínimo de distribuição de tarefas “de cunho coletivo” e a incidência de algum poder fiscalizatório sob a atividade.

É contra este “lugar comum” que a maioria dos autores aponta a origem do Ministério Público no direito francês, na figura dos *procureurs du roi*, que em vernáculo significa “os procuradores do rei”. Nas palavras de Paulo Rangel:

(...) a origem mais precisa da instituição está no direito francês, na figura dos *procureurs du roi* (procuradores do rei), nascendo e formando-se no judiciário francês. Na França, era vedado que os Procuradores do Rei (*lès gens du roi*) patrocinassem quaisquer outros interesses que não os da coroa, devendo prestar o mesmo juramento dos juízes. Foi a Ordenança de março de 1302, de Felipe IV, chamado de o Belo, Rei da França, o primeiro diploma legal a tratar dos Procuradores do Rei. Os reis demonstravam, através de seus atos, a independência que o Ministério Público tinha em relação aos juízes, constituindo-se em verdadeira magistratura diversa da dos julgadores, pois os Procuradores do rei dirigiam-se aos juízes do mesmo “*assoalho*” (*parquet* em francês) em que estes estavam sentados, porém o faziam de pé. Daí a expressão cunhada ao Ministério Público de que ele era a Magistratura de pé (*Magistratura debout*).<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 2ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 123, 2005.

<sup>57</sup> Idem, *ibidem*.

A figura do “procurador” não passa despercebida por Michel Foucault, que vê nele uma mudança política essencial. Sem resgatar a crítica de seus comentários, vale a pena a transcrição:

A acumulação de riqueza e do poder das armas e a constituição do poder judiciário nas mãos de alguns é um mesmo processo que vigorou na Alta Idade Média e alcançou seu amadurecimento no momento da formação da primeira grande monarquia medieval, no meio ou final do século XII. Nesse momento aparecem coisas totalmente novas em relação à sociedade feudal, ao Império Carolíngio e às velhas regras do Direito Romano.

[...]

2) Aparece um personagem totalmente novo, sem precedente no Direito Romano: o procurador. Esse curioso personagem, que aparece na Europa por volta do século XII, vai se apresentar como representante do soberano, do rei ou do senhor. Havendo crime, delito ou contestação entre dois indivíduos, ele se apresenta como representante de um poder lesado pelo único fato de ter havido um delito ou um crime. O procurador vai dublar a vítima, vai estar por trás daquele que deveria dar a queixa, dizendo: “Se é verdade que este homem lesou um outro, eu, representante do soberano, posso afirmar, que o soberano, seu poder, a ordem que ele faz reinar, a lei que ele estabeleceu foram igualmente lesados por esse indivíduo. Assim, eu também me coloco contra ele”. O soberano, o poder político vem, desta forma, dublar e, pouco a pouco, substituir a vítima. Este fenômeno, absolutamente novo, vai permitir ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciais.<sup>59</sup>

Obvio que o senso crítico de Michel Foucault imprime outra visão ao surgimento do *parquet*. De qualquer forma fica o registro.

### 2.3.2 Histórico Constitucional/Legislativo

Superada, então, a questão da origem, e considerando que o Ministério Público está intimamente ligado à figura estatal, optou-se por uma exposição legislativa nacional acerca do órgão ministerial. Mais ainda, uma exposição voltada ao texto constitucional.

---

<sup>58</sup> RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 123-124.

Uma exposição objetiva/legislativa tem por fim desviar uma problemática análise acerca da efetividade, exeqüibilidade, validade e legitimidade das normas editadas, seja no âmbito ordinário ou constitucional, o que fugiria dos propósitos formulados na presente, embora se trate de tema deveras desconcertante.

Por outro lado, uma rápida olhada, *an passant*, pelos diversos textos constitucionais brasileiros, permite uma visão satisfatória dos avanços e retrocessos no desenvolvimento da Instituição Ministério Público, cuja ampliação de competências, *rectius*, atribuições, parece ter coincidido com os períodos de reabertura política e redemocratização nacional, até atingir o modelo atual previsto na Constituição Federal de 1988, embora algumas (equivocadas) interpretações tenham restringido o alcance hermenêutico da norma constitucional, especialmente no tocante aos poderes instrutórios do Ministério Público na presidência da instrução prévia.

As primeiras fontes normativas a serem consideradas, obviamente, são as “Ordenações Portuguesas”.

As Ordenações Afonsinas, as quais vigoraram de 1446 até 1521, malgrado exerceram pouca ou nenhuma influência na realidade jurídica brasileira, não traziam qualquer disposição referente ao Ministério Público.

Nestas ordenações havia o inquérito (onde a inquirição era presenciada pelo acusado) e a devassa (realizada sem a participação do acusado). Na lição de Valter Foletto Santin, “a polícia judiciária era exercida por juizes, auxiliados pelos meirinhos, homens jurados (escolhidos e compromissados) e vintaneiros (inspetores policiais dos bairros).”<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 65-66.

<sup>60</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 27.

As Ordenações Manuelinas trazem a primeira referência legislativa ao Ministério Público delimitando as atribuições criminais do Promotor de Justiça. Nas palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho:<sup>61</sup> “tratando-se de crimes públicos, a formação da acusação competia aos escrivães dos juízos criminais, na falta de acusadores particulares; essa função, que era meramente supletiva da inércia do particular, transmitiu-se então aos promotores públicos”.

Nas ordenações Filipinas também constavam atribuições criminais ao Ministério Público, sob a designação de “Promotor de Justiça da Casa de Suplicação”, cuja função era “requerer todas as cousas que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e diligência não pereça”, bem como “formar libelos contra os seguros, ou presos, que por parte da justiça hão de ser acusados na Casa de Suplicação pôr acorda da Relação”.

Paulo Rangel cita que “o primeiro texto legislativo, formalmente nacional, de que se tem notícia e que se refere ao Ministério Público é o diploma de 09 de janeiro de 1609, que disciplinava a composição do Tribunal da Relação do Brasil, sediado na Bahia. Nesse Tribunal, o papel de Procurador da Coroa e de Promotor de Justiça era exercido por um dos dez desembargadores que a compunham, à semelhança do que ocorria, em Portugal, na Casa de Suplicação”.<sup>62</sup>

O Código de Processo Criminal de 1832, primeiro texto legislativo sistemático do processo penal brasileiro, atribuía ao Promotor de Justiça, no artigo 37: “denunciar os crime públicos e policiais, o crime de redução à escravidão de pessoas livres, cárcere privado ou homicídio ou tentativa, roubos, calúnias, injúrias contra pessoas várias, bem como acusar delinqüentes perante os jurados, solicitar a

---

<sup>61</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, vol. 2, n. 2, Penal y Estado, p. 139. *Apud* RANGEL, p. 125.

<sup>62</sup> RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 125.

prisão e punição dos criminosos e promover a execução das sentenças e mandado judiciais (§ 2º); dar parte às autoridades competentes das negligências, omissões e prevaricações dos empregados na administração da justiça (§ 3º).”<sup>63</sup>

Em sede constitucional, não foram todas as Cartas Políticas que inseriram disposições acerca do Ministério Público.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, não tratou da Instituição Ministério Público, limitando-se a tratar do procurador da Coroa e Soberania Nacional, no art. 48: “No juízo dos crimes, cuja acusação não pertença à Câmara dos Deputados, acusará o procurador da Coroa e Soberania Nacional”.

A segunda Constituição brasileira, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, tratou tão somente da nomeação do Procurador Geral da República, rezando, no art. 58, § 2º, que: “O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei”.

O Ministério Público somente passou a ser “institucionalizado constitucionalmente” com a Constituição de 1934, de origem liberal, cujo capítulo merece menção:

## **CAPÍTULO VI DOS ÓRGÃOS DE COOPERAÇÃO NAS ACTIVIDADES GOVERNAMENTAES**

### **SECÇÃO 1 Do Ministério Público**

Art. 95. O Ministério Público será organizado na União, no Districto Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.

Parágrafo 1º. O Chefe do Ministério Público Federal nos juízos comuns é o Procurador Geral da República, de nomeação do Presidente da República,

---

<sup>63</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 17-18.

com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível ad nutum.

Parágrafo 2º. Os chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios serão de livre nomeação do Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, com os vencimentos dos Desembargadores.

Parágrafo 3º. Os membros do Ministério Público creados por lei federal e que sirvam nos juízos communs serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada ampla defesa.

Art. 96. Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou acto governamental o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal, para os fins do art. 91, n. IV, e bem assim autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o acto.

Art. 97. Os chefes do Ministério Público na União e nos Estados não podem exercer qualquer outra função publica, salvo o magistério e os casos previstos na Constituição. A violação deste preceito importa a perda do cargo.

Art. 98. O Ministério Público, nas justiças Militar e Eleitoral, será organizado por leis especiais, e só terá, na segunda, as incompatibilidades que estas prescrevem.”

Sob regime ditatorial, a Constituição de 1937 fez poucas referências ao Ministério Público, perdendo, desta forma, o carácter institucional ao nível constitucional, sendo tratado em subordinação ao Poder Judiciário:

#### **DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

(...) Art. 99. O Ministério Público Federal terá por chefe o procurador geral da República que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para ministro do Supremo Tribunal Federal.

(...) Art. 101 [...]

I – [...]

a) [...]

b) Os ministros de Estado, o procurador geral da República (...)

Com a redemocratização brasileira, foi promulgada, em 1946, a quinta Constituição brasileira, voltando o Ministério Público a ter contornos institucionais em sede política, *in verbis*:

### **TÍTULO III DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Art. 125. A lei organizará o Ministério Público da União junto à justiça comum, a militar, a eleitoral e a do trabalho.

Art. 126. O Ministério Público federal tem por chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 99, é demissível ad nutum.

Parágrafo único. A União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Art. 127. Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

Art. 128. Nos Estados, o Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do artigo anterior e mais o princípio de promoção de entrância a entrância.

Sob os auspícios do golpe militar de 1964, instalando novo regime ditatorial no país, surge a Constituição de 1967, a sexta do Brasil.

Nela, o Ministério Público voltou a estar inserido no capítulo referente ao Poder Judiciário. O *Parquet* perde novamente sua autonomia e volta a subordinar-se ao Judiciário.

Na Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, considerada, materialmente, a sétima Constituição do Brasil, o Ministério Público restou ainda mais enfraquecido. Nas palavras de Paulo Rangel:

Na Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro), o Ministério Público foi retirado do capítulo referente ao Poder Judiciário e

colocado no capítulo referente ao Poder Executivo sem uma posição constitucional própria que pudesse delinear seu verdadeiro perfil. Com a Constituição de 1969, o Ministério Público perdeu duas grandes conquistas: a isonomia de condições de aposentadoria e vencimentos dos magistrados e a perda de sua independência funcional, já que estava subordinado ao Poder Executivo.<sup>64</sup>

Finalmente com a reabertura política e redemocratização nacional, a Constituição Cidadã de 1988 parece ter atendido aos anseios nacionais por um Ministério Público forte e independente, tão necessários à proteção da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para atingir a meta constitucional, o Ministério Público requer um rol de atribuições, expressas e implícitas - incluindo os meios necessários -, tudo para o fiel desempenho da missão institucional, no que está contido, *a fortiori*, “competência” para a presidência de instrução preliminar, máxime quando o desempenho da missão, por motivos diversos, restar ameaçada. Como será abordado em breve.

## 2.4 DIREITO COMPARADO

O fortalecimento do Ministério Público, como “suporte democrático”, parece ser uma tendência mundial.

Neste ponto, há até uma certa unanimidade entre os que operam, direta ou indiretamente, com o Direito Internacional. Vide, *v. g.*, a lição de Lenio Streck e Luciano Feldens:

---

<sup>64</sup> RANGEL, Paulo. Op cit., p. 141.



Essa tendência de fortalecimento do Ministério Público permanece hígida no campo das relações internacionais. Veja-se, a propósito, a conclusão do IX Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime (Cairo, 1995), no que “recomenda aos Estados membros que considerem a possibilidade de reforçar a função do Ministério Público, dotando-a de autonomia”. Na senda dessa resolução, o Presidente da República francesa, M. CHIRAC, nomeou, em 1997, uma comissão de reflexão sobre a justiça, na qual pedia para que fossem observadas as modalidades e conseqüências de uma “situação nova”, na qual o Ministério Público não estaria subordinado ao Ministério da Justiça nem mesmo hierarquizado.<sup>65</sup>

No mesmo sentido Valter Foletto Santin:

No cenário mundial é o Ministério Público quem detém o comando das investigações preliminares. Ele dirige ou supervisiona ou coordena as investigações criminais, com exemplos marcantes na Itália, Portugal, Alemanha, França, México, Colômbia, Peru, Paraguai, Japão e Coréia do Sul. O reforço da atuação do Ministério Público na investigação criminal, especialmente o encargo de dirigir a investigação com o auxílio da polícia, é uma tendência irreversível de toda América Latina, seguindo a orientação do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ilbero-América (arts. 68, 73, 246, 250 e 261). As reformas recentes de vários países da América (Paraguai, Bolívia, Chile, Província de Buenos Aires) concretizam esta nova postura processual.<sup>66</sup>

Essa tendência é visível nos diversos sistemas jurídicos a seguir apresentados, onde foi enfocado, em linhas gerais, o papel do Ministério Público frente à sistemática das respectivas instruções preliminares.

#### 2.4.1 Alemanha

O processo penal (ordinário) alemão apresenta três fases: uma fase preparatória destinada à investigação e incriminação; uma fase intermediária que

---

<sup>65</sup> STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, p. 18, 2005.

<sup>66</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., 228-229.

funciona como um controle jurisdicional da proposição da ação penal; e fase do juízo, onde ocorrem os debates e o julgamento da causa penal.<sup>67</sup>

A instrução preliminar é presidida (conduzida) pelo Ministério Público, o qual, para o desempenho das funções, conta com o auxílio da Polícia.

Não há juizado de instrução. A participação judicial restringe-se ao controle da legalidade das medidas coercitivas (*Zwangsmassnahmen*) realizadas pela Polícia e pelo Ministério Público.<sup>68</sup>

No exame das medidas é vedado ao juiz examinar a conveniência da providência solicitada, restringindo-se a aferir a estrita legalidade, ou seja, realiza mera análise de admissibilidade jurídica.<sup>69</sup>

Na instrução preliminar o Ministério Público tem a direção e o controle das “investigações”, contando com grande autonomia persecutória.<sup>70</sup>

Apesar da autonomia, na prática, normalmente o Ministério Público não exerce, diretamente, uma atividade investigatória, porém emite orientações à Polícia. Por outro lado, em alguns crimes de maior relevância, como os crimes financeiros ou com intenso debate público, o Ministério Público pode realizar diretamente as atividades investigativas.

---

<sup>67</sup> DELMAS-MARTY, Mireille; *et alii*. *Procedura Penali d'Europa*. Padova: Cedam, p. 176, 1998.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 177-178.

<sup>69</sup> COLOMER, Juan-Luis Gomez. *El Proceso Penal Aleman – introducción y normas basicas*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1985, p. 72-74.

No original: “*El Juez Investigador: Dada la organización del proceso penal alemán en su fase de bajo la dirección del Ministerio Fiscal, no existe un Juez Instructor. Pero, dada, a su vez, la suma importancia de algunas de las medidas que deben acordarse en esta fase, quiere la Ley que el examen acerca de su admisibilidad sea realizado por un órgano jurisdiccional. Dicho órgano es el Juez Investigador ... A función que debe cumplir este Juez es limitar-se a examinar si la medida a acordar y practicar por el Fiscal, por él solicitada, es admisible jurídicamente o no... le que vedado, en consecuencia, examinar su conveniencia.*”

<sup>70</sup> CARVALHO, Paulo Pinto. Uma incursão do Ministério Público à luz do direito comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética. *Ministério Público, Direito e Sociedade*. Porto Alegre: Fabris, p. 96, 1986.

De acordo com o artigo 161, inciso II, do Código de Processo Penal Alemão, os policiais, no exercício das atividades investigatórias, estão subordinados ao Ministério Público, devendo obediência as suas instruções e ordens materiais.<sup>71</sup>

A obediência é tamanha que prefere e precede as ordens emanadas pelos superiores hierárquicos dentro da estrutura policial.<sup>72</sup>

A instrução prévia sob a presidência do Ministério Público é prática antiga na Alemanha. O modelo foi criado em 1974, em substituição ao juizado de instrução, através de uma reforma legislativa processual, porém a prática já era corrente<sup>73</sup>, mesmo que *praeter legem*.

#### 2.4.2 Argentina

Na vizinha Argentina não há uma unificação legislativa processual, havendo códigos de processos penais nacional e provinciais.

O Código Nacional estipula a figura do juiz instrutor como presidente da instrução preliminar, o qual pode delegar a atribuição ao Ministério Público (art. 196).

Por outro lado, alguns códigos provinciais, como é o caso de Tucumã, Córdoba e Santiago Del Estero, atribuem a presidência da instrução preliminar ao Ministério Público.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op cit., p. 116-117.

<sup>72</sup> Idem, ibidem.

<sup>73</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. Op. cit., p. 228.

<sup>74</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, vol. 1, p. 1/41, janeiro-março/1993.

Na capital, Buenos Aires, recente reforma ampliou a atuação do Ministério Público que, além do exercício da ação penal, passou a dirigir a Polícia e presidir a instrução preliminar (artigo 56 do Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires).<sup>75</sup>

Como aponta a doutrina Argentina, a tendência daquele país é o abandono do juizado de instrução e a transferência da presidência da instrução preliminar ao Ministério Público.<sup>76</sup>

Valter Foleto Santin,<sup>77</sup> nessa tendência, acredita que um grande passo foi dado com a Lei 24.826, de 1997, que alterou o artigo 353 do Código Nacional, o qual prevê a instrução “sumária” a cargo do Ministério Público no caso de prisão em flagrante delito e entendimento inicial do juiz acerca da desnecessidade da prisão preventiva.

Em suma, no sistema procedimental argentino, a instrução preliminar fica a cargo do juiz instrutor e excepcionalmente conduzida pelo Ministério Público, em qualquer circunstância auxiliados pela Polícia.<sup>78</sup>

Como explica Paulo Rangel<sup>79</sup>, “o papel que o Ministério Público exerce nas investigações de infrações penais na sociedade argentina é ainda muito tímido e, principalmente, secundário, pois o titular das investigações é o juiz instrutor, que pode delegar àquele suas funções investigatórias.”

---

<sup>75</sup> DÍAZ, Carlos Alberto Chiara. Nuevo sistema de enjuiciamiento penal em la Provincia de Buenos Aires. In: Jorge Eduardo Buompadre (coord.). *Derecho Penal, Derecho Processual Penal: homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*. Buenos Aires: abeledo-perrot, 1997, p. 235-237.

<sup>76</sup> PEREYRA, Rita Mill de. Juicio oral: nuevo rol de los sujetos procesales. In: Jorge Eduardo Buompadre (coord.). *Derecho Penal, Derecho Processual Penal: homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*. Buenos Aires: abeledo-perrot, 1997, p. 291-302.

<sup>77</sup> SANTIN, Valter Foleto. Op. cit., p. 108.

<sup>78</sup> BASTOS, Marcelo Lessa. Op. cit., p. 78-79.

<sup>79</sup> RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 168.

### 2.4.3 Bolívia

A Bolívia ainda mantém uma fase de instrução preliminar conduzida por um juiz instrutor.<sup>80</sup>

E pior, a inicial acusatória tanto pode ser ofertada pelo Ministério Público (*fiscal*) como pelo juiz instrutor.

Predomina em todo o processo penal um sistema basicamente inquisitivo, havendo forte pressão doutrinária e das autoridades bolivianas no sentido de adequar a legislação processual a um modelo mais garantista.<sup>81</sup>

### 2.4.4 Bélgica

O sistema processual penal belga é regido também pelo juizado de instrução, sendo o juiz quem detém a competência instrutória da investigação preliminar.

A ação penal é exercida pelo Ministério Público e a função de julgamento é exercida por órgão jurisdicional (exceto em relação ao júri), diferente do órgão que exerceu o juízo de instrução.<sup>82</sup>

Encerrada a instrução preliminar, o juiz de instrução encaminha o procedimento ao Ministério Público, o qual, após desenvolver a *opinio* encaminha os autos à câmara do conselho (*chambre du conseil*), composta por três juízes (art. 127

---

<sup>80</sup> BASTOS, Paulo. Op. cit., p. 80.

<sup>81</sup> Idem, ibidem.

do Código de Processo Penal Belga-CPPB), que analisam a continuidade do feito (art. 128 do CPPB).<sup>83</sup>

A jurisprudência belga tem reconhecido ao Ministério Público o poder de presidência da instrução preliminar para o exercício da ação penal.<sup>84</sup>

Ocorrida uma infração penal, a Polícia informa imediatamente ao Ministério Público. Além das informações da Polícia, os funcionários, autoridades e oficiais públicos têm o dever de comunicar os delitos que tiverem conhecimento (art. 29, CPPB). O Ministério Público ainda recebe *notitias* e *delatio criminis* das pessoas do povo (art. 30, CPPB).

O “Procurador” pode colher todos os elementos necessários para a “manifestação da verdade dos fatos”, podendo ouvir o suspeito (*inculpé*) (art. 35 CPPB) e inclusive realizar busca domiciliar (art. 36, CPPB).<sup>85</sup>

Na ocorrência de um flagrante delito, o “Procurador do Rei” (*procureurs du Roi*) dirige-se ao local do crime para “armar os processos verbais para a constatação do corpo de delito, seu estado, as condições do local e para ouvir declarações”, comunicando ao juiz de instrução (art. 32, CPPB). Nestes casos de flagrante delito, o juiz de instrução pode praticar atos instrutórios mesmo que não haja pedido do Ministério Público, nos demais casos este pedido é necessário para a tomada de providências (art. 59, CPPB).

Com os elementos probatórios decorrentes da instrução preliminar, o Ministério Público pauta-se pelo princípio da oportunidade para o oferecimento ou

---

<sup>82</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, *et alii*. Op. cit., p. 45.

<sup>83</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 93.

<sup>84</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, *et alii*. Op. cit., p. 45.

<sup>85</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 94.

não da ação penal, princípio que, embora sem previsão legal, funda-se no direito consuetudinário belga.<sup>86</sup>

O Ministério Público exerce a fiscalização da Polícia e do juiz de instrução (art. 279, CPPB), podendo inclusive adverti-los em caso de “negligência” (art. 280, CPPB). Não obstante, apesar de adstrito ao pedido do Ministério Público, na instrução preliminar o juiz instrutor pode agir livremente na busca e coleta de informações julgadas necessárias.<sup>87</sup>

#### 2.4.5 Chile

O sistema processual chileno é semelhante ao boliviano, isto é, vinculado ao juizado de instrução.

Quem preside a instrução preliminar é o juiz instrutor, com o auxílio da Polícia. Quando julgar presentes os elementos necessários, é o próprio juiz instrutor quem formula a peça acusatória.<sup>88</sup>

O pior é que este mesmo juiz instrutor é quem irá julgar a causa, em flagrante descompasse com tudo o que se considera conquista processual tocante à imparcialidade judicial.

O Ministério Público tem inexpressiva atuação, limitado a emissão de pareceres em alguns recursos, somente podendo iniciar ação penal em alguns casos restritos, mediante requerimento dirigido ao juiz.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, *et alli*. Op. cit., p. 59.

<sup>87</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 96.

<sup>88</sup> BASTOS, Marcelo Lessa. Op. cit., p. 81.

<sup>89</sup> Idem, *ibidem*.

#### 2.4.6 Colômbia

O processo penal colombiano é dividido em duas etapas, uma fase de instrução (sumário) e outra de juízo (debate).

São as características do procedimento: instrução secreta e escrita; sumário presidido pelo Ministério Público; ausência de separação entre as funções acusatória, de defesa e de julgamento; contraditório limitado na fase do sumário.<sup>90</sup>

Como observa Valter Foletto Santin,<sup>91</sup> “há duas instituições que exercem as funções de Ministério Público nos moldes brasileiros: a Fiscalía Geral da Nação e o Ministério Público. Ambas instituições têm previsão constitucional”.

A instrução prévia (e a acusação) é atribuição constitucional da *Fiscalía General de la Nación*, porém, em alguns crimes específicos, outros órgãos têm a incumbência da instrução preliminar,<sup>92</sup> a cargo do Ministério Público ou da Controladoria Geral da República (*Controladoria General de la República*) conforme o caso, ou seja, não trata-se de missão constitucional privativa.

Basicamente, a *Fiscalía General de la Nación* é encarregada de presidir a instrução preliminar (salvo algumas exceções legais) e exercitar a ação penal.

A Polícia Judiciária é subordinada ao Ministério Público.<sup>93</sup>

As funções de acusação, defesa e julgamento são atribuições de órgãos distintos.

---

<sup>90</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A instrução processual penal em Ibero-América. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, [s. d.], p. 244-245.

<sup>91</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 99.

<sup>92</sup> Idem, ibidem.



#### 2.4.7 Espanha

No sistema processual penal espanhol, por regra, a instrução preliminar é conduzida por um juiz, pois naquele sistema vigora o chamado “juizado de instrução”.

Por outro lado, como menciona Valter Foletto Santin,<sup>94</sup> “ganha espaço a atuação do Ministério Público na fase prévia à ação penal, a começar pelo juízo abreviado, em que as investigações são dirigidas pelo Ministério Público (art. 785-bis, LECRIM)”.<sup>95</sup>

Assim, na instrução preliminar, exceto o procedimento abreviado - onde o Ministério Público preside a instrução - o papel do *Parquet* é fiscalizar as diligências desencadeadas pelo juiz de instrução.

O Ministério Público, lá denominado “Ministério Fiscal”, tem existência/previsão constitucional como integrante do Poder Judiciário, embora vinculado ao Poder Executivo.<sup>96</sup>

É uma situação *sui generis* que, segundo alguns, interfere na independência institucional e inibe a atuação ministerial na instrução preliminar.

Nas palavras de Aury Celso Lima Lopes Júnior:

A atual estrutura do *Ministerio Fiscal* espanhol não admite de forma satisfatória a figura do *promotor investigador*, ou, como eles denominam, *instrucción fiscal*, até porque sequer a instituição goza de independência funcional. Todo o contrário, o *Fiscal General Del Estado* não só é indicado pelo Governo como atua como uma *longa manus* do Executivo, levando para o processo penal uma perigosa contaminação política. Acrescente-se a isso o fato de existirem uma hierarquia interna e um sistema de instruções

---

<sup>93</sup> BASTOS, Marcelo Lessa. Op. cit., p. 82.

<sup>94</sup> SANTIN, Valter Foletto, Op. cit., p. 104.

<sup>95</sup> *Ley de Enjuicimiento Criminal*.

<sup>96</sup> BASTOS, Marcelo Lessa. Op. cit., p. 66.

vinculantes – *circulares de la fiscalía* – para que o panorama final fosse pouco propício para implantar uma instrução preliminar a cargo do MP.<sup>97</sup>

Além do papel de fiscalização, o Ministério Público, assim como as partes, poderá propor diligências na fase de instrução preliminar, as quais poderão ser novamente pleiteadas na instrução (art. 627, *Ley de Enjuicimiento Criminal* - LECRIM) ou no juízo oral (art. 314, LECRIM).<sup>98</sup>

Aliás, o sumário, no procedimento penal espanhol, é contraditório, i. e., as partes podem intervir em todas as diligências e autuações (art. 302, LECRIM).<sup>99</sup> Por outro lado, as diligências são em regra secretas, cuja divulgação pela parte pode redundar na aplicação de multa ou, no caso do servidor público, caracterizar crime de responsabilidade (art. 301, LECRIM). Excepcionalmente o segredo pode ser estendido às partes (art 302, parágrafo 2º), o que não alcança o Ministério Público (Ministério Fiscal) por não se tratar de parte interessada e sim órgão autônomo de *status* constitucional, integrante do Poder Judiciário.<sup>100</sup>

Ao término da instrução preliminar no procedimento penal espanhol, duas possibilidades se abrem: *primus*, arquivamento (*sobreseimiento*, art. 634 e 635, LECRIM), livre ou provisório, total ou parcial (art. 634, LECRIM); *secundus*, elaboração da peça de acusação a ser elaborada pelo Ministério Público ou pelo acusador privado (art. 649, LECRIM).

A possibilidade de ação penal intentada por “qualquer um do povo” é expressa do sistema de ação popular (sistema de ação penal de iniciativa popular), adotado pela Espanha.<sup>101</sup>

---

<sup>97</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. Op. cit., p. 205.

<sup>98</sup> RUBIO, José Maria Paz, *et alii*. *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Del Jurado*. 7ed, Madrid: Colex, 1995, p. 225.

<sup>99</sup> *Idem*, p. 213.

<sup>100</sup> *Idem*, p. 214.

<sup>101</sup> BASTOS, Marcelo Lessa. Op. cit., p. 67.

O sistema de ação penal de iniciativa popular pode ser exercido por qualquer cidadão, independente de ter sido vítima ou não. A propósito, na Espanha, é até possível que no pólo ativo da relação jurídico processual estejam o membro do Ministério Público, o acusador popular e a vítima habilitada no processo.<sup>102</sup>

Em 1988 houve uma tentativa de atribuir a instrução preliminar ao Ministério Público (seguindo a tendência europeia), através de uma alteração na *Ley de Enjuicimiento Criminal* introduzida pela LO 78/88.

A referida Lei instituiu o “procedimento abreviado e as diligências prévias como sistema de instrução preliminar” nos delitos cuja pena privativa de liberdade não seja superior a 9 (nove) anos.

Contudo, a tradição espanhola do juiz instrutor prevaleceu e o legislador previu que o procedimento judicial prévio deverá prevalecer sobre o realizado pelo Ministério Público, evitando investigações paralelas.

Conseqüentemente, a regra geral é a instrução preliminar a cargo do juiz instrutor e, excepcionalmente pelo “promotor investigador”.<sup>103 104</sup>

Além disso, em relação aos delitos “de maior potencial ofensivo”, com pena abstrata superior a 9 (nove) anos, o papel do Ministério Público permanece à distância, como mero fiscal do procedimento levado a efeito pelo Juiz Instrutor.

A Polícia, de maneira geral, atua como colaborador da instrução preliminar, chamado na Espanha de “diligências prévias”. Seja aquela levada a cabo pelo juiz instrutor (via de regra) e, eventualmente, a cargo do Ministério Público, como visto.

---

<sup>102</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. Op. cit., p. 204.

<sup>103</sup> Idem, p.211-212.

<sup>104</sup> BASTOS, Marcelo Lessa, Op. cit., p. 68.

#### 2.4.8 Estados Unidos da América do Norte

O processo penal americano é formado, basicamente, por duas fases: a fase preparatória e a fase do julgamento.<sup>105</sup>

A fase preparatória, que interessa ao presente tema, é destinada à “investigação”, i. e, instrução preliminar, e elaborada tanto pela Polícia quanto pelo Ministério Público.

As atribuições ministeriais são exercidas em diversas esferas: federal, estadual, regional e municipal.<sup>106</sup>

O Ministério Público Federal trata dos chamados “crimes federais”.

No âmbito federal, o “chefe” do Ministério Público é do *United States Attorney General*, nomeado pelo Presidente da República mediante prévia aprovação do Senado. Além do Ministério Público, ainda “chefia” um órgão do Poder Executivo, que é o Ministério da Justiça (*Department of Justice*).<sup>107</sup>

Existem noventa e quatro ofícios distritais, chefiados por um representante do Ministério Público Federal, *United States District Attorney*.

No âmbito dos Estados-membros, a autonomia legislativa americana desencadeia um fenômeno em que cada um apresenta suas peculiaridades processuais, *a simili*, referente à atuação ministerial processual.

---

<sup>105</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 121.

<sup>106</sup> SIMON, John Anthony. Considerações sobre o Ministério Público americano. *Revista dos Tribunais*, v. 640, São Paulo, 1989, p. 08.

<sup>107</sup> PROENÇA, Luiz Roberto. Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América. In. Antônio Augusto de Mello Camargo Ferraz (coord.). *Ministério Público: Instituição e Processo*. São Paulo: Atlas-IEDC, 1997.

Estão funcionalmente subordinados ao “Ministério Público Federal americano” o Departamento de Repressão às Drogas (*Drug Enforcement Administration*), o Birô de Presídios e o FBI.<sup>108</sup>

A atuação do Ministério Público, do *prosecutor*, é bastante efetiva no campo persecutório penal e conseqüentemente no combate ao crime.<sup>109</sup>

Na instrução preliminar, da mesma forma, o promotor americano é bastante atuante, com amplos poderes investigatórios.<sup>110</sup> Mas para tanto, a atuação ministerial é exercida em intensa coordenação com a Polícia.

A maioria dos doutrinadores comenta a hipertrofia do Ministério Público estadunidense, com posição de supremacia inclusive em relação ao Poder Judiciário.

Para João Francisco Sauwen Filho:

(...) a relutância dos juízes em intervir na atuação do Ministério Público, motivada sobretudo pela escrupulosa preocupação das autoridades norte-americanas em resguardar o princípio fundamental da independência dos Poderes, transformou o *Parquet* em senhor quase que absoluto da conveniência e oportunidade da propositura e exercício da ação penal.<sup>111</sup>

#### 2.4.9 França

A França é o berço do chamado “juizado de instrução”, muitas vezes (mal) utilizado por alguns a fim de limitar a interpretação constitucional quanto aos

---

<sup>108</sup> *Idem.*

<sup>109</sup> SANTIN, Valter Foletto. *Op. cit.*, p. 124.

<sup>110</sup> PROENÇA, Luiz Roberto. *Op. cit.*, p. 216.

<sup>111</sup> SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 54.

“poderes instrutórios do Ministério Público na instrução preliminar”, conforme será visto oportunamente.

No sistema processual penal francês, basicamente, após a ocorrência de algum crime, a Polícia informa ao Ministério Público, o qual aciona o Juizado de Instrução.

O juiz de instrução, por sua vez, determina o arquivamento ou decide pelo prosseguimento da acusação; nesta hipótese o Ministério Público sustenta a acusação perante o Judiciário, que decide a causa por órgão (colegiado) diverso do juízo de instrução.

A execução é acompanhada pelo Ministério Público e por juízo responsável pela aplicação da pena.<sup>112</sup>

O procedimento penal é composto por três fases básicas: “investigação prévia” (*enquête et poursuite*), instrução preparatória (*instruction préparatoire*) e juízo (*jugement*).<sup>113</sup>

A “magistratura” francesa é composta tanto por juízes (*magistrature assise* ou *magistrature de siège*) quanto por membros do Ministério Público (*magistrature debout* ou *parquet*), sendo permitida a alternância de funções no decorrer da “carreira”.<sup>114</sup>

A Polícia é encarregada de constatar as infrações penais, juntar provas e buscar autoria, agindo sob as instruções do Ministério Público, para quem tem a obrigação de informar, imediatamente, a ocorrência de alguma infração penal que tiver conhecimento (art. 40 do Código de Processo Penal Francês – CPPF).<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> DELMAS-MARTY, Mireille; *et alii*. Op. cit., p. 101.

<sup>113</sup> Idem, p. 103.

<sup>114</sup> CARVALHO, Paulo Pinto. Op. cit., p. 82-89.

<sup>115</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, *et alii*. Op. cit., p. 103.

O Ministério Público francês, literalmente o *Parquet*, dirige a polícia “judiciária” e preside a instrução preliminar (arts. 12 e 41 do CPPF). A Polícia tem a obrigação legal de transmitir suas constatações, relatórios e processos verbais (art. 19 CPPF).

Em local de crime, ausente o Ministério Público, quem procede aos levantamentos prévios é a Polícia, sob as orientações daquele (art. 68, III, CPPF).

A presença de um membro do *Parquet* em local de crime, o faz presidir os trabalhos prévios (art. 68, CPPF).

A subordinação funcional é tão intensa que, para a promoção dos oficiais da polícia há a necessidade de nota favorável do Ministério Público.<sup>116</sup> A polícia se encontra sob a direção do Procurador Geral que, inclusive, pode determinar aplicação de sanção disciplinar aos seus agentes.<sup>117</sup>

A instrução *lato senso* está sob o controle do Ministério Público. A instrução preliminar fica a cargo da Polícia (Judiciária), sob as instruções do Procurador da República (art. 75, CPPF).

Na verdade, convivem dois sistemas de instrução prévia. O juizado de instrução, a cargo do juiz instrutor, e outro diretamente presidido pelo Ministério Público, para apuração de infrações penais de menor gravidade. De qualquer forma, o juiz instrutor necessita da requisição ministerial para atuação, de modo que, surgindo fatos novos, alheios ao objeto de requisição, cabe ao juiz instrutor solicitar uma “requisição supletiva” (*réquisitoir supplétif*).<sup>118</sup>

No juizado de instrução é o juiz de instrução quem procede todos os atos investigatórios para a descoberta da verdade (art. 81, CPPF). Para iniciar a

---

<sup>116</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 91-92.

<sup>117</sup> RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 157.

<sup>118</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. Op. cit., p. 217.

instrução, o juiz necessita da requisição do Ministério Público (art. 80, CPPF). Com a requisição, o juiz colhe pessoalmente as provas, ou delega esta a competência à Polícia (art. 151, CPPF).

No desempenho de suas funções, o *Parquet* pode decretar a prisão temporária do investigado pelo prazo de 24h (vinte e quatro horas), prorrogável por igual período (art. 63 e 77 do CPPF).

Cumprе salientar, no entanto, que o Ministério Público francês é subordinado (chefiado) pelo Ministro da Justiça. Esta subordinação, no entanto, é apenas administrativa e não funcional.<sup>119</sup>

Paulo Rangel, após analisar o sistema processual penal francês, assim desenvolve a tendência daquela ordem jurídica, sob a luz do Estado Democrático de Direito:

A tendência, assim, é a modificação do sistema do juizado de instrução, passando-se para o sistema acusatório com o conseqüente afastamento do juiz da fase de persecução penal pré-processual, locando-se o Ministério Público no verdadeiro papel, não só de titular da ação penal pública, mas, principalmente, de propulsor direto da investigação criminal, sem desconsiderar as funções desempenhadas pela polícia de atividade judiciária, que, na França, como vimos, está subordinada ao Ministério Público.<sup>120</sup>

Apesar da resistência institucional do Judiciário, pois, na lição de Aury Lopes Júnior, na década de 90, especialmente no ano de 1993, o processo penal francês seguiu uma linha evolutiva no sentido de dar maior protagonismo ao Ministério Público na fase “pré-processual”, contudo, a figura do juiz de instrução ainda é bastante forte e tem resistido às constantes tentativas de diminuir-lhe o poder de instruir.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> SAUWEN FILHO, João Francisco. Op. cit., p. 56.

<sup>120</sup> RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 160.

<sup>121</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. Op. cit., p. 217.



#### 2.4.10 Inglaterra

O processo penal inglês desenvolve-se em três fases básicas: preparatória, intermediária e juízo.<sup>122</sup>

A fase que interessa ao presente tema é a fase preparatória que inclui a instrução preliminar e os atos iniciais de impulso, que são realizados pela Polícia.

Na Inglaterra a ação penal pode ser intentada por qualquer cidadão, pela vítima, ou pela Polícia.

Na prática, uma inicial acusatória particular é rara, pois normalmente a ação penal é intentada pela Polícia.<sup>123</sup>

A Polícia inglesa, portanto, é a verdadeira *dominus litis*, nas palavras de Edmundo Hendler: “*La policía tiene un amplio poder de actuación, ya que ninguna autoridad le puede reprochar no haber iniciado alguna causa en particular, y viceversa*”.<sup>124</sup>

Somente com a ação penal é que iniciam as atribuições mais efetivas do Ministério Público, podendo assumir a função acusatória ou sustar o prosseguimento do feito.

Verifica-se, portanto, que a Polícia exerce importante papel persecutório, sendo encarregada da instrução preliminar e do exercício da ação penal.

O Ministério Público não apresenta funções investigatórias; a instrução preliminar é toda desenvolvida pela Polícia, com algumas intervenções judiciais em tutelas de urgência que exigem manifestação jurisdicional.

---

<sup>122</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, *et alii*. Op. cit., p. 229.

<sup>123</sup> Idem, p.218.

<sup>124</sup> HENDLER, Edmund S. *Sistemas Procesales Penales Comparados: Los Sistemas Nacionales Europeos. Temas Procesales Comparados*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997, p. 283.

O Ministério Público é denominado *Crown Prosecution Service* (Serviço de Persecução da Coroa).

Até 1985, a persecução penal estava confiada praticamente às Polícias locais, com a ação penal desenvolvida por juristas recrutados por autoridades, os denominados *prosecuting solicitors*.<sup>125</sup>

Criado em 1985, o Ministério Público inglês é dirigido pelo *Director of Public Prosecutions* e composto por advogados.<sup>126</sup>

O “chefe” do Ministério Público é o *Attorney General*, porém não exerce qualquer ingerência ou prevalência hierárquica sobre as Polícias dos Condados.<sup>127</sup>

Somente em casos excepcionais a instrução preliminar é presidida ou requisitada pelo *Attorney General*, máxime aquelas que envolverem a segurança do Estado.<sup>128</sup>

Nota-se, portanto, como menciona Valter Foletto Santin, que “o Ministério Público inglês é incipiente e com atribuições restritas no processo penal, em virtude da maciça intervenção da polícia, outros órgãos públicos e da iniciativa privada. É frágil e dependente do poder político.”<sup>129</sup>

Na verdade o Ministério Público inglês não pode ser comparado ao brasileiro, de matiz continental, diversa do sistema da *common law* inglesa.

Nas palavras de Fauzi Hassan Choukr: “A estrutura inglesa ainda desconhece um órgão estatal incumbido da acusação como o MP brasileiro, muito embora, ainda que de forma tímida, esteja caminhando para sua adoção”.<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> BASTOS, Marcelo Lessa. Op. cit., p. 73.

<sup>126</sup> Os advogados são das categorias dos *barristers* ou *solicitors*, tratam-se de advogados contratados para a acusação perante o juízo. DELMAS-MARTY, Mireille, *et alli*. Op. cit., p. 217-218.

<sup>127</sup> SAUWEN FILHO, João Francisco. Op. cit., p. 49.

<sup>128</sup> BASTOS, Marcelo Lessa. Op. cit., p. 75.

<sup>129</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 120.

<sup>130</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit., p. 49.

#### 2.4.11 Itália

Na Itália, uma reformulação legislativa processual aboliu o juizado de instrução, passando a instrução preliminar à presidência do Ministério Público, com auxílio da Polícia.

Na resumida visão de Antônio Nobre Folgado:

O Código de Processo Penal italiano de 1988 eliminou o Juizado de Instrução. A fase judicial é precedida por investigações por parte do Ministério Público (“indagini preliminari”), ... que pode realizar diretamente atos investigativos, ou pode delegar tais atos à polícia judiciária. ... As investigações preliminares devem ser encerradas com o pedido de arquivamento, ou exercício da ação penal, dentro de seis meses, ou, em determinados casos, em um ano da data em que determinada pessoa é investigada, mas há a previsão de prorrogação do prazo... O Ministério Público exercita a ação penal com a “*richiesta de rivio a giudizio*”.<sup>131</sup>

Embora a condução da instrução esteja a cargo do Ministério Público, foi criada a figura do juiz da instrução preliminar (*giudice per lê indagini preliminari*), encarregado de algumas medidas, especialmente cautelares.

A magistratura italiana é composta pela magistratura requerente (Ministério Público) e magistratura julgante (juízes).<sup>132</sup>

A Polícia é auxiliar do Ministério Público na instrução preliminar que dela pode “dispor diretamente”,<sup>133</sup> inclusive o Procurador-Geral da República é o chefe da “polícia judiciária”.

Tendo notícia de algum crime, a polícia comunica (sem demora e por

<sup>131</sup> FOLGADO, Antônio Nobre. Breves notas sobre o processo penal italiano. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, ano 4, n. 35, p. 36-38, outubro-novembro de 2000.

<sup>132</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, *et alli*. Op. cit. p. 430.

<sup>133</sup> Art. 327 (Código de Processo Penal italiano): *Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria*.

escrito) o Ministério Público, indicando as provas, as atividades realizadas e entregando a respectiva documentação (art. 347, Código de Processo Penal Italiano-CPPI).

Com base na notícia, o Ministério Público pode completar diretamente as diligências ou se valer da Polícia para efetuar as diligências necessárias (art. 370, 1, CPPI).

#### 2.4.12 México

No México, a instrução preliminar é efetuada pela Polícia, sob a direção do Ministério Público (art. 8º da Lei Orgânica da Procuradoria Geral da República e art. 3º do Código Federal de Processo Penal).

Assim, investigação e acusação estão a cargo do Ministério Público, com o auxílio da Polícia que a ele está subordinada.<sup>134</sup>

As características processuais que interessam diretamente à instrução preliminar são as seguintes: instrução preliminar escrita e secreta com publicidade restrita às partes; sumário dirigido pelo Ministério Público; ausência de separação entre acusação, defesa e julgamento; medidas cautelares decididas por um juiz.<sup>135</sup>

Como no Brasil, existem os Ministérios Públicos Federal (*Procuraduría General de la República*) e Estadual (*Procuraduría General de Justicia*).

Em caráter cautelar, a Procuradoria pode decretar a prisão do indiciado (art. 16, Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos) e conceder liberdade provisória (art. 20 da Constituição Mexicana).

#### 2.4.13 Paraguai

A legislação processual paraguaia sofreu recente alteração. O atual Código de Processo Penal entrou em vigor em março de 2000.<sup>136</sup>

A instrução preliminar é presidida pelo Ministério Público, auxiliado pela Polícia Nacional. A participação judicial restringe-se ao controle de legalidade e deliberação acerca de medidas cautelares.

Tendo notícia da ocorrência de algum ilícito, a Polícia paraguaia deve informar, em até 06 (seis) horas, o Ministério Público e o Judiciário (art. 296, Código de Processo Penal do Paraguai – CPPp)

As investigações são realizadas sob controle e direção do Ministério Público, “para reunir ou assegurar com urgência os elementos de convicção e evitar a fuga ou ocultação dos suspeitos” (art. 296, parágrafo 1º, CPPp).

O Ministério Público é livre para praticar todos os atos relacionados com a instrução preliminar que não necessitem de autorização judicial ou que estejam sob “reserva jurisdicional”.

Há um equilíbrio de atribuições entre o *Parquet* e o Judiciário, os fiscais (Ministério Público) não realizam atos propriamente jurisdicionais e os juízes não podem praticar atos de investigação, salvo algumas exceções expressas.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 85.

<sup>135</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 244-246.

<sup>136</sup> O Código de Processo Penal foi instituído pela Lei 1286, de julho de 1998, teve a sua *vacatio legis* prorrogada.

<sup>137</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 127.

#### 2.4.14 Peru

No Peru, a instrução preliminar é conduzida pelo Ministério Público, com o auxílio da Polícia.

Composto de três fases - investigação prévia, instrução e juízo - de modo que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a entes diferentes.<sup>138</sup>

As funções ministeriais peruanas são amplas e, como indica Valter Foletto Santin, “o seu domínio é total na ação penal, em atuação que começa com a formação da lei, passa pela prevenção do delito, atinge a investigação prévia e alcança a persecução penal em juízo e a reparação civil do dano”.

De fato, uma passada de olhos pela Constituição Peruana bem demonstra o papel do Ministério Público (art. 159), um organismo autônomo, com as seguintes funções: promover de ofício ou a pedido da parte a ação judicial em defesa da legalidade e dos interesses públicos tutelados pelo direito; velar pela independência dos órgãos jurisdicionais e pela correta administração da justiça; representar a sociedade nos processos judiciais; conduzir, desde o início, a investigação do delito; exercer a ação penal, de ofício ou por representação da vítima; exercer a iniciativa para a formação das leis; comunicar ao Congresso ou ao Presidente da República dos vazios ou defeitos da legislação.

---

<sup>138</sup> Idem, p. 108-109.

#### 2.4.15 Portugal

O Código de Processo Penal Português é considerado, por parte da doutrina, como um dos códigos mais modernos da atualidade.<sup>139</sup>

A instrução preliminar é conduzida pelo Ministério Público que, para o desenvolvimento das atividades investigatórias, conta com o auxílio da Polícia.<sup>140</sup>

A participação judicial restringe-se à autorização de medidas cautelares e presidência de eventual antecipação de provas, realizada sob o crivo do contraditório.

A figura do juiz instrutor no sistema lusitano é basicamente garantista, como atesta Aury Lopes Júnior:

Junto ao MP, intervém um juiz da instrução, com a necessária posição de garante, mas que também é chamado a praticar alguns atos específicos, que, por sua importância, entendeu o legislador português ser necessária a sua presença mais ativa. Por isso, classificamos a atuação do juiz em dois grupos – investigação e garantia -, mas destacamos que, apesar da aparente atividade instrutória do juiz, na verdade o protagonismo é do promotor e que não existe a figura do juiz-instrutor. Prevalece, claramente, a postura garantista.<sup>141 142</sup>

Assim como ocorre no Brasil e, diferentemente do que ocorre na maioria dos países europeus, o juiz que participa da instrução preliminar é o mesmo do julgamento, vale dizer, a participação na fase de instrução preliminar o torna preventivo.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 112.

<sup>140</sup> A literalidade do dispositivo do Código Lusitano não deixa qualquer dúvida:

“Art. 263 - 1. A direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal. 2. Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob a direta orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional”.

<sup>141</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. Op. cit., p. 236-237.

<sup>142</sup> No mesmo sentido: RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 162.

<sup>143</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 251.

A Polícia presta assistência ao Ministério Público na condução da instrução preliminar, agindo sob direta orientação do órgão ministerial e na sua dependência funcional (art. 263, Código de Processo Penal Português – CPPP).<sup>144</sup>

O Ministério Público pode, ainda, delegar a realização de algumas diligências investigatórias à Polícia (art. 270, CPPP).

Em Portugal o Ministério Público faz parte do Poder Judiciário, por expressa previsão constitucional, sendo os membros do Ministério Público denominados também de magistrados.<sup>145</sup>

Encerrada a instrução preliminar, ocorre, em juízo, uma nova fase de instrução que não se confunde com a antecessora, como explica Manuel Lopes Maia Gonçalves:

A instrução não é um novo inquérito, mas tão só um momento processual de comprovação.  
Trata-se de uma fase dotada de uma audiência rápida e informal, mas oral e contraditória, destinada a comprovar judicialmente a decisão do MP de acusar ou não acusar, e que portanto termina por um despacho de pronúncia ou de não pronúncia.<sup>146</sup>

#### 2.4.16 Uruguai

O processo penal uruguaio é dividido em duas etapas, a instrução (presumário e sumário) e o juízo (debate), podendo ser antecédida de uma instrução

---

<sup>144</sup> REMÉDIO, Alberto Esteves. Sobre o inquérito e o projecto de código de processo penal. *Revista do Ministério Público*, cadernos, n. 2, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa: editorial Minerva, p. 105-113, 1988.

<sup>145</sup> LOPES JÚNIOR, A. C. L. Op. cit., p. 236.

<sup>146</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal Português Anotado*. 10ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 542.



preliminar sob a presidência da Polícia.

O processo tem fortes traços inquisitivos.

A instrução é escrita e secreta. O presumário é, de certa forma, uma fase de averiguações, sem contraditório. O sumário é presidido por um juiz, não havendo divisão entre as funções de acusação, defesa e julgamento, a parte pode solicitar a produção de provas, que pode ser indeferida. As medidas cautelares são decididas pelo próprio juízo investigante.<sup>147</sup>

Como relata Valter Foletto Santin,<sup>148</sup> “há uma pressão doutrinária e de certas autoridades uruguaias, no sentido de imprimir maior contraditório ao sistema processual penal daquele país, com a incumbência instrutória preliminar ao Ministério Público”.

---

<sup>147</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 244-245.

<sup>148</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 97.

### 3 PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

#### 3.1 PERMISSIVO CONSTITUCIONAL E LEGAL

##### 3.1.1 Competência Instrutória Originária

A primeira consideração a ser realizada é no sentido que a “atribuição investigatória” do Ministério Público, na presidência da instrução preliminar, decorre diretamente da Constituição Federal, que é complementada pela legislação infraconstitucional.

A interpretação dos dispositivos pertinentes, no entanto, superam a mera literalidade dos textos normativos. Como assinalam Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens, “as funções institucionais acometidas ao Ministério Público não se esgotam na literalidade mesma do art. 129 da Constituição”.<sup>149</sup>

No âmbito constitucional o permissivo decorre da hermenêutica do art. 129 do texto magno, incisos VI e IX, combinados com os arts. 8º da Lei Complementar 75/93 e 26, “d”, da Lei 8.625/93.

A Constituição Federal estipula como missão (genérica) do Ministério Público brasileiro: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

---

<sup>149</sup> STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 06.

Em seguida, reza como funções institucionais:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;**
- VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.**  
(grifo nosso)

A Lei Complementar n.º 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União), responsável, entre outras, pelo estabelecimento das atribuições do Ministério Público (art. 128, § 5º, Constituição Federal), estipula:

Art. 8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

- I – notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;
- II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;
- III – requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;
- IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas;
- V – realizar inspeções e diligências investigatórias;**
- VI – ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade de domicílio;
- VII – expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;
- VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX – requisitar o auxílio de força policial.  
(grifo nosso)

Por fim, a Lei Federal 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), traz dispositivo semelhante:

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

I – (...)

c) promover inspeções e diligências investigatórias.

O que se percebe, da hermenêutica dos dispositivos colacionados, é a atribuição constitucional e infraconstitucional do Ministério Público na condução (presidência) da instrução preliminar.

Isso porque, conforme o texto constitucional, o Ministério Público é acometido de atribuições instrutórias “nos procedimentos administrativos de sua competência”, “na forma da lei complementar respectiva” (art. 129, VI, CF). Além do que, no exercício de suas funções, é facultado ao Ministério Público “efetuar diligências instrutórias” (art. 8º, V, LC/75 e art. 26, I, c, L 8.625/93).

Ora, o que é, formalmente, a instrução preliminar presidida pelo Ministério Público senão um procedimento administrativo de sua “competência”, *rectius*, atribuição?

Há muito está assente que a instrução preliminar é um procedimento administrativo, seja materializado em inquérito policial, seja em outro desenvolvido por autoridade competente.<sup>150</sup>

São as palavras de João Gualberto Garcez Ramos que, dentre outros atributos, acentua o caráter administrativo do inquérito policial:

---

<sup>150</sup> Sobre a natureza do inquérito policial vide: RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 258.

O inquérito policial é, também, medida *administrativa*, porque conduzida pela autoridade policial que – conforme indica o particípio *delegado* (de polícia) já transformado em substantivo – substitui-se ao Juiz na sua condução; sem poder jurisdicional, obviamente, mas com um poder discricionário substancialmente similar àquele.<sup>151</sup>

A Lei Complementar 75/93 é, formal e materialmente, uma lei complementar segundo o processo legislativo constitucional. Qualquer alegação de inconstitucionalidade beiraria a insanidade jurídica, isto pelo menos os críticos dos poderes investigatórios do Ministério Público não ousam cogitar.

Da mesma forma, o que são diligências investigatórias senão o exercício material das atividades consistentes da instrução preliminar, nos moldes vistos nas diversas definições apresentadas para ditas atividades?

Alguns chegam a mencionar que o permissivo constitucional investigatório restringe-se à esfera civil, no campo do inquérito civil.

É a opinião, por exemplo, de Antônio Evaristo de Moraes Filho<sup>152</sup> e Rogério Lauria Tucci, *in verbis*:

(...) o legislador brasileiro, tanto no plano constitucional, como no infraconstitucional, estabeleceu, destarte, gritante distinção entre as funções ministeriais no campo penal e as exercentes em sede extrapenal.

Realmente, regrou o inquérito civil e outros procedimentos correlatos, de modo a conferir ao Ministério Público a sua realização de forma inquisitiva, comandando a produção de provas e a colheita de todos os elementos de convicção indispensáveis à propositura da ação apropriada à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

E, de outra banda, definiu, repita-se, com igual clareza, e de maneira insofismável, as atribuições ministeriais na *persecutio criminis*, restritas, apenas, a: *a*) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, fundamentando, sempre e cumpridamente, a respectiva proposição; *b*) acompanhar a tramitação da *informatio delicti*, realizada pela autoridade policial; e, *c*) exercer o controle externo da atividade policial, na forma determinada em diploma legal pertinente.<sup>153</sup>

<sup>151</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 261.

<sup>152</sup> MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 19, 1997, p. 105.

<sup>153</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 77-78.

O argumento não prospera, pois como ensina Hugo Nigro Mazzilli:

(...) também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a *opinio delicti*, porque se destinados apenas à área civil bastaria o inquérito civil (inciso III) e o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera civil, atingindo também a área destinada a investigações criminais.<sup>154</sup>

O que fez a legislação infraconstitucional foi dar cabo ao mandamento constitucional no sentido de explicitar as funções ministeriais.

Além do mais, como interroga Valter Foletto Santin, “para que serviria o poder de expedir notificação e requisitar informes e documentos para a sua instrução se o Ministério Público não pudesse instaurar os procedimentos administrativos?”<sup>155</sup>

Vale não deslembrar, que cabe ao Ministério Público, por força do mesmo mandamento constitucional, o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, com a ressalva da pertinência à finalidade institucional e a vedação de representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX, CF).<sup>156</sup>

Como ensina o constitucionalista Clèmerson Merlin Clève:

Nem mesmo uma literal, histórica e restritiva das funções institucionais do Ministério Público poderia, sem quedar em erro grosseiro, afirmar que as atribuições prescritas no art. 129 da Constituição Federal são taxativas. Claro que a cláusula de abertura não é ilimitada, seja do *ponto de vista negativo* (há restrições quanto a representação judicial e consultoria jurídica a entidades públicas), seja do *ponto de vista positivo* (a função que não está expressa deve ser adequada à finalidade do Ministério Público).<sup>157</sup>

A compatibilidade é evidente.

<sup>154</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 121.

<sup>155</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 241.

<sup>156</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 460.

<sup>157</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Investigação criminal e Ministério Público. Jus navegandi*, Teresina, a. 8, n. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760>>. Acesso em 09 nov. 2005, p. 11-12.

Como se tem afirmado, a instrução preliminar não é um fim em si mesma senão um instrumento a serviço da cognição necessária à *opinio delicti*. “Tem clara natureza preparatória para o juízo de pertinência da ação penal.”<sup>158</sup>

Na lição de Aury Lopez Júnior, “trata-se de uma *instrumentalidade qualificada*, pois a instrução preliminar está a serviço do instrumento-processo”.<sup>159</sup>

O autor citado inclusive faz pertinente analogia à obra de CALAMANDREI<sup>160</sup>, no sentido de que se está diante de uma instrumentalidade eventual e qualificada *elevada ao quadrado*, por não ser um fim em si mesma, mas um instrumento a serviço do instrumento-processo.

Novamente na voz de Clèmerson Merlin Clève:

O atendimento do requisito de compatibilidade com a finalidade institucional transparece, então, já diante da primeira das funções do Ministério Público prevista pela Constituição, qual seja, a promoção da ação penal de iniciativa pública, com a qual estabelece clara vinculação.<sup>161</sup>

O dispositivo constitucional, de “fechamento hermenêutico”, permite uma interpretação analógica às funções ministeriais, dentro de uma compatibilidade funcional.

A compatibilidade teleológica é ainda explicitada por Lenio Streck e Luciano Feldens, embora antecipando alguns pontos doravante explorados:

(...) VI – Como conseqüência lógica dessa transformação paradigmática havida na teoria do Estado e do Direito, o Ministério Público, que tem sua raiz histórica predominantemente conectada ao combate dos crimes que colocam em risco os interesses das camadas dominantes da Sociedade (via de regra, a propriedade privada), recebe, inegavelmente, um novo delineamento jurídico-constitucional a partir de 1988. E não poderia ser diferente, na medida em que o próprio Poder Judiciário passa ostentar um

<sup>158</sup> Idem, p. 13.

<sup>159</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Op. cit., p. 46.

<sup>160</sup> CALAMANDREI, *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimento Cautelari*. Padova, CEDAM, 1936.

<sup>161</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 13.

relevo nunca dantes alcançado, o que pode ser constatado pelos perfis intervencionistas assumidos pelos Tribunais Constitucionais surgidos nas democracias contemporâneas a partir do segundo pós-guerra, a ponto, por exemplo, de o *Bundesverfassungsgericht* – no que viria a ser seguido por outras Cortes congêneres, como Tribunal Constitucional espanhol – *inquirar de inconstitucional uma lei do parlamento que discriminava, sob determinados pressupostos, o delito de aborto*. Principiava-se, assim, por estabelecer-se marcos delimitadores à liberdade de conformação do legislador (penal).

VII – Para esse desiderato – representado pelo compromisso das instituições de construir um Estado Social (que no Brasil foi um simulacro até então) – o poder constituinte brasileiro, na senda das preciosas lições dessa tradição inaugurada pelo (neo)constitucionalismo europeu, arquitetou, no plano institucional, um Ministério Público com garantias similares às do Poder Judiciário, alcançando, demais disso, a guarda dos interesses transindividuais da Sociedade e do próprio regime democrático. Conferiu-se-lhe, assim, as incumbências inscritas no art. 129 da Constituição, destacando-se, no particular, a de promoção da ação penal pública e a de controle da atividade policial, *o que adviria exatamente como consequência da virada paradigmática decorrente de um novo olhar sob o combate ao crime. Ou seja, se até então tínhamos um Ministério Público dependente do Poder Executivo, repassador de provas realizadas por uma polícia sem independência, era chegado o momento de controlar-se a atuação das polícias brasileiras.*<sup>162</sup>

Assim, a legitimidade para a presidência da instrução preliminar “decorre da nova ordem constitucional e nela deve ser compreendida”.<sup>163</sup> Ainda: “se das deliberações dos Constituintes não pode ser deduzida a proibição da ação ministerial no campo investigatório criminal, eis que tal ação decorre, naturalmente, da interpretação atualizada do texto constitucional vigente, com mais razão o mesmo ocorrerá quando em questão as deliberações do legislador ordinário.”<sup>164</sup>

As funções instrutórias, senão decorrências diretas do texto constitucional, decorrem dos dispositivos infraconstitucionais transcritos, e não há como negar a pertinência temático-institucional das diligências instrutórias à finalidade buscada pelo Ministério Público. Além disto, passam longe de se tratarem de representação judicial ou consultoria jurídica de entidade pública.

Novamente, no ensinamento de Clèmerson Merlin Clève:

<sup>162</sup> STRECK, Lenio; FELDENS, Luciano. Op. cit., p 05-06.

<sup>163</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 05.

<sup>164</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 05.



A legitimação do poder investigatório do Ministério Público tem, portanto, sede constitucional e, no plano infraconstitucional, autoridade própria de lei complementar. A Lei Complementar n. 75 de 1993 apenas conformou no plano infraconstitucional o que já podia ser deduzido a partir da leitura da Constituição. A cláusula de abertura opera um reforço na esfera de atribuições do Ministério Público, que fica potencializado com a ação do legislador complementar.<sup>165</sup>

### 3.1.2 Competência Instrutória Decorrente

A competência instrutória do Ministério Público na condução (presidência) da instrução preliminar decorre, portanto, da melhor hermenêutica dos textos legais, seja na ordem constitucional, seja na ordem do legislador ordinário e complementar.

Em que pese a atribuição direta (originária), outro argumento ainda pode ser utilizado no sentido positivo das atribuições ministeriais, vale dizer, um *juízo a fortiori*, que da mesma forma corrobora com o posicionamento esposado. Um argumento, portanto, de ordem indireta, ou seja, decorrente.

De fato, se ao Ministério Público a nova ordem constitucional atribui o mister de *dominus litis*, literalmente o “dono da ação penal”, *a fortiori*, também lhe atribuiu as condições necessárias para o exercício deste mister, isto é, a condução da instrução preliminar nos casos em que o exercício da ação penal, real ou potencialmente, possa estar limitado ou impedido.

Outra não é a lição de Valter Foleto Santin:

O constituinte concedeu a privatividade da ação penal ao Ministério Público (art. 129, I). A interpretação da ‘ação penal’ deve englobar a ação penal

---

<sup>165</sup> Idem, p. 12.

propriamente dita e as providências antecedentes para permitir o seu desencadeamento, os atos de investigação criminal.

**Se as investigações criminais forem insuficientes para embasar a denúncia penal, o encargo constitucional será inócuo.** É um grande contra-senso garantir privativamente o exercício da ação penal e impedir o desempenho de atos investigatórios. **A investigação prévia é acessória; a ação penal, principal. Quem pode o mais (promover a ação penal), pode o menos (fazer investigação criminal).**<sup>166 167</sup>  
(grifo nosso)

Não há monopólio (ou como querem alguns – exclusividade) na instrução preliminar, se cabe ao órgão policial proporcionar elementos de convicção ao Ministério Público, a este é facultado dar orientações investigativas ou participar diretamente delas “em função do interesse punitivo do Estado, pois quem pode o mais, pode o menos”.<sup>168 169</sup>

Existem circunstâncias, de diversas ordens que impedem ou dificultam a atuação da polícia, como será visto adiante, para as quais a atuação ministerial, cercada das prerrogativas e garantias constitucionais, desponta com maior eficiência, isto para além de qualquer esdrúxula análise de competição institucional que tem guiado alguns debates corporativos. Como exemplo destas situações poder-se-ia citar, com Hugo Nigro Mazzilli, os crimes, em tese, praticados por policiais (quicá Delegados de Polícia) ou praticados por “altas” autoridades. Em suma, nas hipóteses em que a polícia tenha dificuldades ou desinteresse em conduzir investigações.<sup>170</sup>

<sup>166</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 240.

<sup>167</sup> No mesmo sentido vide: FARIAS, Cristiano Chaves de. A investigação criminal direta pelo Ministério Público e a inexistência de impedimento/suspeição para o oferecimento da denúncia. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, v. 8, n. 10, p. 278, janeiro-dezembro 1999.

<sup>168</sup> CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Op. cit., p. 04.

<sup>169</sup> No mesmo sentido: LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, fascículo penal, São Paulo, v. 91, n. 795, p. 411-451, janeiro 2002.

<sup>170</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 144-145.

Outra não pode ser a interpretação das atribuições ministeriais sob pena de ferir de morte a missão constitucional atribuída e subordinar a atuação ministerial à “eficiência” (ou não) de outro órgão da república, no caso, a Polícia brasileira.

Cumpra não deslembrar que as requisições ministeriais não podem ser desatendidas pela autoridade policial. É ilógico conceber que o Ministério Público tenha poderes requisitórios, mas não possa *sponte propria* desencadear a atividade que entenda necessária ao desempenho de sua principal função no campo penal, o exercício da ação penal.

Com retórica interrogativa interessante, Sérgio Demoro Hamilton complementa a argumentação:

Por que o Ministério Público pode requisitar diligências à autoridade policial (que, obviamente, não podem ser desatendidas) e não dispõe do poder de, ele mesmo, realizá-las?

(...) Por que o Ministério Público pode requisitar diretamente provas diversas (documental, pericial, etc.) mas lhe seria vedada a colheita direta da prova oral?

Qual a diferença de essência que existe entre aqueles meios de prova, já que todos enumerados no Título da Prova (art. 155 a 250 do CPP)?

(...) De nada valeriam tais poderes, caso o Ministério Público não pudesse, *sponte sua*, promover de forma autônoma a investigação necessária quando a Polícia não se apresente capaz – não importa a razão – de obter dados indispensáveis para o exercício de dever afeto à Instituição.

(...) Na verdade, como de fácil compreensão, a Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a faculdade de requisitar e de notificar (art. 129, VI), defere-lhe, *ipso facto*, o poder de investigar, no qual aquelas atribuições se subsumem.<sup>171</sup>

Neste passo, o controle externo da atividade policial nem pode ser utilizado como contra-argumento, eis que o controle é externo e não alcança o conteúdo do inquérito policial de maneira direta, nem o juízo sobre a não-abertura de procedimentos instrutórios, o que limita, em muito, este tipo de controle.

<sup>171</sup> HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*. 2ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 212-215.

Somente seria possível a tese contra-argumentativa se houvesse um controle interno, de subordinação funcional, o que é inexistente no sistema nacional, ao contrário de muitos outros sistemas adotados mundo afora, como visto *supra*.

Em raciocínio semelhante, absolutamente aplicável à afamada Teoria dos Poderes Implícitos, de origem estadunidense, no sentido de que, se o constituinte originário concedeu ao Ministério Público o exercício privativo da ação penal, implicitamente também concedeu os meios necessários para a consecução de seus objetivos institucionais.

Ora, a instrução preliminar é o meio para a cognição necessária ao exercício da ação penal, privativa do Ministério Público. Cercear a possibilidade de condução direta seria, eventualmente, privar o Ministério Público do exercício da atribuição constitucional conferida, máxime diante de situações diversas de ineficiência, total ou parcial, do organismo policial, decorrentes de fatores de inúmeras ordens, como visto.

Como ensinam os Procuradores da República Aloísio Firmo Guimarães da Silva, Maria Emília Moraes de Araújo e Paulo Fernando Corrêa:

Importa consignar, outrossim, que a esse mesmo resultado se chegaria, ainda que não se considerasse explícita a autorização constitucional para a condução de investigações criminais diretamente pelo órgão do Ministério Público, invocando-se a Teoria dos Poderes Implícitos, cunhada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *MacCulloch vs. Maryland*, de aplicação corrente no direito constitucional pátrio, segundo a qual quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu objetivo, sob pena de ser frustrado o exercício do *munus* constitucional que lhe foi cometido.

Por conseguinte, se incumbe ao Ministério Público, privativamente, o exercício da ação penal de iniciativa pública, é forçoso concluir que estarão compreendidos entre seus poderes e prerrogativas institucionais o de produzir provas e investigar a ocorrência de indícios que justifiquem sua atuação na persecução penal preliminar, instaurando o procedimento administrativo pertinente (art. 129, VI, da Carta Política), devendo assim proceder sempre que a atuação da Polícia Judiciária possa revelar-se insuficiente à satisfação do interesse público consubstanciado na apuração da verdade real (p. ex., quando ocorrer falta de isenção para apurar determinada infração penal, haja vista o envolvimento de outros policiais),

ou, como assevera Hugo Nigro Mazzilli, a “*iniciativa investigatória do Ministério Público é de todo necessário, sobretudo nas hipóteses em que a polícia tenha dificuldades ou desinteresse em conduzir as investigações*”.

172 173

Visão interessante e com certa semelhança apresenta Márcio Antônio

Inacarato:

Temos para nós que “atribuições” são o gênero, a que pertencem quer os direitos, poderes e faculdades, quer os deveres e obrigações do Ministério Público no exercício de sua função acusatória no processo penal.

Já os “poderes” são justamente as faculdades, os direitos d que e deve dotar o Ministério Público para o bom e eficaz desempenho de sua missão.

“Meios”, finalmente, são os instrumentos que se colocam à disposição do Ministério Público para o exercício de seus poderes e atribuições.

(...)

Se o Ministério Público é realmente o “dominus litis” – o titular da ação penal – o órgão do “jus accusationis” e do “jus puniendi” do Estado, visando à final condenação dos culpados, com à unanimidade reconhecem os tratadistas, forçoso é de se concluir que lhe deveriam ser outorgados todos os

<sup>172</sup> SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da; ARAÚJO, Maria Emília Moraes de; CORRÊA, Paulo Fernando. Ainda e sempre a investigação criminal direta pelo Ministério Público. *Jus navegandi*, Teresina, a. 3, n. 31, mai. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1054>>. Acesso em: 09 nov. 2005, p. 03.

<sup>173</sup> No mesmo sentido:

RIBEIRO, Diego Diniz. A intervenção do Ministério Público na investigação criminal: a figura do promotor-investigador. *Boletim IBCCRIM*, v. 10, n. 121, dezembro 2002, p. 11. “Sendo assim, respaldando-se na *teoria dos poderes implícitos*, conclui-se que, se o constituinte atribui a uma determinada instituição uma atividade fim, também está ele, ainda que implicitamente, lhe outorgando a atividades meio, pois, do contrário, aquela atividade restaria prejudicada, não passando a disposição legal que a previu de uma determinação vazia e sem efetividade prática.”

BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública. Papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004: “Partindo da premissa de que entre dispositivos constitucionais não pode haver hierarquia, só resta concluir que têm de conviverem, harmonicamente, os art. 129 e 144 da Constituição (...) Se o Ministério Público é o único legitimado a exercer a ação penal de iniciativa pública e se este exercício lhe é obrigatório a partir do momento em que se reúnem no procedimento preparatório as condições da ação e os pressupostos processuais, por conseguinte, tem que poder colher os meios de que necessita para o desempenho de seu *munus* constitucional que, antes de um direito, é um dever que decorre das normas infraconstitucionais que regulam o exercício da ação de iniciativa pública. (...) o Ministério Público situa-se no processo penal como mero autor da ação, da mesma forma que um particular pode vir a ser autor de uma ação de natureza civil. Nunca se discutiu que este particular não possa recolher os elementos necessários ao ajuizamento de sua ação civil. (...) Estando a investigação ligada por indissolúvel vínculo de finalidade com o exercício da ação penal, esta também, por tabela, é acometida ao *Parquet*”. (...) Quem pode mandar fazer implicitamente pode fazer aquilo que pode mandar. Do contrário, sentido algum haveria em se poder mandar fazer aquilo que, por meios próprios, não se poderia alcançar.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 327: “Ora, se o Ministério Público é o único legitimado a exercer a ação penal pública (art. 129, inc. I, da CF), e se a atividade de Polícia Judiciária, concretizada no inquérito policial, é que irá aparelhar o Parquet para oferecer sua denúncia, é até mesmo intuitivo que o promotor de Justiça deva dispor de mecanismos técnico-jurídicos que permitam exercer plenamente a sua atribuição-fim, qual seja, instaurar a *persecutio criminis in iudicio*. Não tivesse expresso na Constituição e na legislação ordinária, de qualquer sorte tratar-se-ia dos chamados ‘poderes implícitos’.”

meios, atribuições e poderes necessários à consecução de seus objetivos.  
174

### 3.2 NOVA CRIMINALIDADE E RESPECTIVO MODELO PERSECUTÓRIO PENAL

O fenômeno “crime” tem sofrido algumas alterações contemporâneas. Seja em relação à visão de doutrinadores, especialmente no campo da chamada nova criminologia, seja em relação ao próprio fenômeno em si, com práticas criminosas bastante diferenciadas, sem precedentes históricos.

Desvendar os principais efeitos destas mudanças no aparelho persecutório estatal, sob a via da ampliação da atuação do Ministério Público, principalmente da condução direta da instrução preliminar, é o objetivo deste capítulo.

#### 3.2.1 O Novo Paradigma Criminológico (Criminologia Crítica)

Os estudos criminológicos têm sofrido profundas modificações na contemporaneidade, superando um (classista) paradigma etiológico para inserções

---

<sup>174</sup> INCARATO, Márcio Antônio. Função do Ministério Público na repressão ao crime atribuições, poderes e meios de atuação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 63, n. 462, p. 314, abril 1974.

sociológicas de maior envergadura.

Como uma das conseqüências principais decorre um “desvio de atenção” persecutória dos delitos tradicionalmente praticados por classes subalternas (basicamente delitos patrimoniais) para os “atos lesivos” praticados por classes economicamente privilegiadas (criminalidade econômica, política, eleitoral, ambiental, enfim, da “grande criminalidade organizada”).

Muitos poderiam ter sido os enfoques para o trato e apresentação da mudança paradigmática criminológica. Ao invés da simples reprodução dos autores consagrados, preferiu-se uma versão original, vale dizer, “a apresentação da nova criminologia, sob a via da ética da libertação”.

Embora apresentada de maneira breve, a união entre a criminologia crítica e filosofia (pura), demonstra contornos inquietantes, mas não de menor interesse.

Enrique Dussel, filósofo argentino, um dos corifeus da *transmodernidade*, lançou as bases da denominada “Ética da Libertação”,<sup>175</sup> partindo da realidade de globalização-exclusão no contemporâneo “sistema-mundo”.<sup>176</sup>

Desenvolvendo um viés teórico calcado em seis momentos tópicos, sintetiza

---

<sup>175</sup> O próprio autor intitula-se transmoderno: “Há uma segunda posição, a partir da periferia, que considera o processo da modernidade como a indicada “gestão” racional do sistema-mundo. Esta posição tenta recuperar o recuperável da modernidade, e negar a dominação e exclusão do sistema-mundo. É, então, um projeto de libertação da periferia negada desde a origem da modernidade. O problema não é a mera superação da razão instrumental (como para Habermas) ou da *razão do terror* dos pós-modernos, mas a superação do próprio sistema-mundo tal como foi desenvolvido até hoje durante 500 anos. O problema que se descobre é o esgotamento de um sistema civilizatório que chega a seu fim. A superação da razão cínica-gerencial (administrativa mundial) do capitalismo (como sistema econômico), do liberalismo (como sistema político), do eurocentrismo (como ideologia), do machismo (na erótica), do predomínio da raça branca (no racismo), da destruição da natureza (na ecologia), etc., supõe a libertação de diversos tipos de vítimas oprimidos e/ou excluídos. **É neste sentido que a ética da libertação se define como transmoderna (já que os pós-modernos são ainda eurocêntricos)**” (grifo nosso). DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 65.

<sup>176</sup> Sistema-mundo para Dussel constitui o sistema inter-regional em sua fase atual, mundial ou planetária, surgida quando a Europa, até então periférica, substitui o mundo muçulmano-turco e constitui o primeiro sistema-mundo propriamente dito, colocando a Ameríndia como sua primeira periferia, processo iniciado desde o século XV. Ele usa a expressão “centro” e “periferia” como os horizontes culturais de “mundos de vida” determinados por seu lugar dentro do sistema-mundo, sendo o centro constituído pelos países do Norte (Europa Ocidental, Estados Unidos e Japão), estando a China e Rússia em uma posição especial, sendo “o resto”, a periferia. Trecho baseado e extraído da Tese 1 da obra citada, p. 631.

o ato bom como aquele **verdadeiro, válido e factível**.<sup>177</sup>

Imerso em um dos momentos, precisamente ao tratar da nova factibilidade ética frente aos novos sujeitos históricos, Dussel aborda a questão da violência, e com ela toda uma gama de categorias, tal como a dicotomia legalidade e legitimidade de coação.<sup>178</sup>

Com a ciência penal e processual penal emerge a figura do operador do Direito e seu papel, talvez personalizado na figura do “perito”, na linguagem de Dussel, capaz de desempenhar importante função na “transformação” da realidade.<sup>179</sup>

A grande questão a ser enfrentada (quem sabe respondida, ou ao menos proposta) é saber: “Quando o Direito Penal torna-se pura violência e passa a “vitimizar” criminosos?” (O paradoxo “vítima-criminoso” é proposital). É aí que parece ter lugar a nova criminologia.

---

<sup>177</sup> Conforme apresentação da obra: “Na primeira parte (Dussel) aborda uma crítica às morais formais (Kant, Rawls, Apel, Habermas) a partir de um princípio material ou de conteúdo com pretensão de universalidade: o dever de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana em comunidade. O princípio da factibilidade ética, por sua vez, permite que o cumprimento do ato, instituição ou sistema de eticidade possa ter a pretensão de bondade. Na segunda parte – dada a impossibilidade de que o referido ato, instituição ou sistema de eticidade “bons” possam ter pretensão de perfeição acabada – descobrem-se os que “sofrem” em sua corporalidade vulnerável a impossibilidade de viver, o fato de serem excluídos. Trata-se das vítimas, no dizer de Marx, Horkheimer, Benjamim, Nietzsche, Freud ou Lévinas. A partir das vítimas começa propriamente o discurso da ética da libertação, em seu nível negativo material (devem poder viver), no nível do princípio discursivo crítico (devem poder participar da argumentação), culminando tudo no princípio crítico negativo de factibilidade: o princípio-libertação, que inspira as transformações com pretensão de justiça. DUSSEL, Enrique. Op. cit.

<sup>178</sup> Idem, p. 544-558.

<sup>179</sup> A expressão “transformação” tem uma conotação toda especial em Dussel. Criticando Rosa de Luxemburgo que contrapõe reforma social e revolução, entendendo como reformista aquele que, pretendendo cumprir com os princípios revolucionários, caiu na ‘adaptabilidade do capitalismo’ (p. 536), Dussel acrescenta uma terceira via, a transformação, conceito onde a noção de revolução estaria contido, senão vejamos *in verbis* (p. 538/539): “Mas para a Ética da Libertação, de modo diferente da de Luxemburgo, a ação ética contrária à práxis funcional (a que se cumpre em sistema sem contradição) ou reformista (a que tem má consciência e que explica criticamente as razões de sua ação conformista) não é a ‘revolução’ mas a ‘transformação’. Isto é de grande importância estratégica (e até tática) porque, se a ética da libertação tentasse justificar a bondade do ato humano só a partir da ‘revolução’, exclusivamente, teria destruído a possibilidade de uma ética crítica (ou de libertação) da vida cotidiana. (...) Só a transformação crítica de um sistema de eticidade completo (uma cultura, um sistema econômico, um estado, uma nação, etc.) leva o nome de ‘revolução’. Transformar é mudar o rumo de uma intenção, o conteúdo de uma norma: modificar uma ação ou instituição possíveis, e até um sistema de eticidade completo, em vista dos critérios e princípios éticos ...”.



Como visto em apertada síntese, o agir ético pode ser qualificado como “**bom**” se for, ao mesmo tempo, **verdadeiro, válido e factível**, isto é, deve atender, simultânea e respectivamente, os critérios e princípios material, formal e de factibilidade.

Assim, dentro de qualquer sistema de eticidade (onde certamente podem ser incluídos as instituições persecutório-penais), o comportamento (a atitude, a obra, o ato) deve realizar um componente material que, de maneira ampla, possa buscar (ou preservar) a produção, reprodução ou desenvolvimento da vida humana.

Ao mesmo tempo deve satisfazer um componente formal, ou de validade, a partir do reconhecimento recíproco de igualdade entre todos os participantes afetados, que por isso devem participar simetricamente das discussões argumentativas, livres de qualquer outra coação que não a do argumento.

Por fim, o ato deve satisfazer o componente da factibilidade, considerando calculadamente, com racionalidade instrumental (meio-fim), as condições empíricas, tecnológicas, econômicas, jurídicas, etc., isto é, o ato não precisa ser “perfeitamente bom”, o que seria impossível, mas “aproximadamente bom”, dentro de um marco de possibilidade prática.

Paralela à eticidade, a categoria “violência” sempre preocupou os estudiosos dos “paradigmas *societatis*” e, à cavaleiro, dos operadores do Direito. Em corte não menos arbitrário, senão necessário, a “violência” remonta a noção de autoridade desenvolvida por Hanna Arendt (partindo da filosofia grega)<sup>180</sup> contraposta à noção de *enforceability* do pensamento de Jacques Derrida.<sup>181</sup> A abordagem estaria ainda mais incompleta sem menção a Marx, para quem, a violência é a “parteira da

---

<sup>180</sup> ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: editora Perspectiva, 2002.

<sup>181</sup> DERRIDA, Jaques. *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*. Cardoso Law Review. v. 11. july/aug. 1990. numbers 5-6. p. 920-1045.

história”.<sup>182</sup> De fato, em “O Capital”, Marx defende que “a violência é a parteira de toda velha sociedade prenhe de uma nova”.<sup>183</sup>

Na interpretação de Hanna Arendt, significa que as forças ocultas do desenvolvimento da produtividade humana, na medida em que dependem da ação humana livre e consciente, somente vêm à luz através de guerras e revoluções.

Continuando com a empresa de Marx, à luz de Hannah Arendt, no âmbito interno, a violência, ou antes, a posse dos meios de violência, é o instrumento da classe dominante por meio do qual ela oprime e explora, e toda a esfera da ação política é caracterizada pelo uso da violência.<sup>184</sup>

Hannah Arendt concorda que as guerras e revoluções determinaram a fisionomia do século XX, mas, por coerência aos seus argumentos, restringe à violência fora do campo político, e mais, em um campo antipolítico.<sup>185</sup>

Para ela, a violência é um “equivalente funcional da autoridade”, assim como um “salto de sapato feminino pode ser equiparado e definido como martelo”, quando utilizado para enfiar pregos na parede. “Se a violência preenche a mesma função que a autoridade – a saber, faz com que as pessoas obedeçam –, então violência é autoridade”.<sup>186</sup>

Na verdade, como explica, a noção de autoridade implica na “obediência” com exclusão de qualquer meio externo de coerção. “Onde a força é usada, a

---

<sup>182</sup> MARX, Karl. *O capital: crítica da economia capitalista*. Rio de Janeiro: editora civilização brasileira.

<sup>183</sup> Idem.

<sup>184</sup> ARENDT, Hannah. Op. cit., p. 49.

<sup>185</sup> ARENDT, Hannah. On revolution, Penguin Books, Londres. *apud* DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 544: “Uma teoria da guerra ou uma teoria da revolução pode somente ser justificação da violência, porém o que é glorificação ou justificação da violência enquanto tal, já não é política mas antipolítica”.

<sup>186</sup> ARENDT, Hannah. Op. cit., p. 140.

autoridade em si mesma fracassou”.<sup>187</sup>

Jacques Derrida, embora apresente concepção própria, ao opor direito e justiça enfatiza que o direito é dotado de *enforceability*,<sup>188</sup> ou seja, possibilidade de ser aplicado pela força autorizada, uma força que não é somente força física, exterior, mas também como força interior, sutilmente discursiva ou hermenêutica.

Dussel tem uma visão um pouco diferenciada, que, conforme o ponto de vista, concilia as concepções apresentadas. Para ele, a violência se restringe à coação exercida de maneira ilegítima.

Ele reconhece que toda a instituição ou sistema deve dispor de mecanismos que permitam “canalizar” os que não estiverem dispostos a cumprir os acordos validamente aceitos.<sup>189</sup>

Essa coação, a qual inclui todo o aparato persecutório penal, não pode ser denominada violência, **enquanto permanecer legítima.**

---

<sup>187</sup> A autoridade, além da violência, é também incompatível com a persuasão já que nesta se pressupõe igualdade e processo de argumentação, mecanismos incompatíveis com a obediência inspirada na autoridade. Em suas palavras (p. 129 da obra citada): “Visto que a autoridade sempre exige obediência, ela é comumente confundida como alguma forma de poder ou violência. Contudo, a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção; onde a força é utilizada, a autoridade em si mesmo fracassou. A autoridade, por outro lado, é incompatível com a persuasão, a qual pressupõe igualdade e opera mediante um processo de argumentação. Onde se utilizam argumentos, a autoridade é colocada em suspenso. Contra a ordem igualitária da persuasão ergue-se a ordem autoritária, que é sempre hierárquica. Se a autoridade deve ser definida de alguma forma, deve sê-lo, então, tanto em contraposição à coerção pela força como à persuasão através de argumentos.”

<sup>188</sup> DERRIDA, Jaques. Op. Cit. p. 924.

<sup>189</sup> É com base nesta necessidade que Dussel apresenta uma contradição performativa do anarquismo “O anarquista argumenta: se todos os membros de uma comunidade fossem eticamente perfeitos, não seria necessária nenhuma instituição... Toda a instituição (à luz do sistema perfeito) pode ser interpretada sempre e inevitavelmente como uma mediação disciplinar, repressora ou perversa (diz o anarquista)... Mas empiricamente, tenta-se realizar na existência concreta um modelo impossível ... isto leva o utopista a cair em perigosos irrealismos, num voluntarismo ético, na falta de consideração das condições reais de factibilidade.” (p. 273) “Se todos os membros de uma instituição forem perfeitos, eticamente, como sonha o anarquista, nenhuma instituição seria necessária e por isso seriam perversas já desde a sua origem. Neste caso, a coação jamais poderia ser legítima; e coação e legitimidade se oporiam por definição. Mas empiricamente, e dada a impossibilidade de pressupor uma tal perfeição, a vida humana seria impossível, porque qualquer membro injusto poderia oprimir pela força os restantes, inocentes e indefesos, e poderia facilmente instaurar a tirania de sua vontade sem enquadramento institucional possível. O anarquista cai numa contradição performativa ao pretender evitar a coação da instituição possibilitando uma pior coação sem possível defesa, nem participação dos membros inocentes violentados. Quem poderia limitar, opor-se ou desarmar o membro injusto que usasse a força contra a comunidade?” DUSSEL, Enrique. Op. cit., p. 545-546.

O conflito começa a emergir quando determinados sujeitos sócio-históricos, mais ou menos abrangentes (movimentos ecológicos, anti *neoliberalistas*, de classe profissional, da marginalidade econômica, do gênero feminino, da raça não-branca, etc.) passam a sofrer a incidência de efeitos perversos deste mesmo sistema institucional (tornam-se vítimas na expressão de Marx). Para eles, ou melhor, contra eles, a coação, embora continue sendo legal (já que parte do sistema hegemônico), deixa de ser legítima, ou seja, torna-se pura “manifestação de violência”.

Para um pequeno grupo “dominante”, a coação continua sendo, simultaneamente, legal e legítima. Para as “vítimas”, permanece legal, mas perde sua legitimidade.

Nos moldes “gramscinianos”, esta violência, relativa por natureza, se manifesta crescentemente em uma crise de hegemonia.

A ética da libertação vai se manifestar quando a ordem dominante (Weber) ou hegemônica (Gramsci) se torna ilegítima. Todavia, não ilegítima para uma “superestrutura” (Marx), mas ilegítima para “vítimas” que, por definição, são aqueles que sofrem reflexos perversos (negativos) do sistema.

Para as vítimas, as quais podem assumir feições sócio-históricas das mais variadas, qualquer coação será pura violência, isto é, uso ilegítimo da força.

A grande questão que, finalmente, salta aos olhos e à mente, é o local em que se situa o aparato persecutório penal nesta problemática, ou melhor, quando o uso do Direito Penal, *a fortiori*, dos aparelhos estatais de persecução, tornam-se pura manifestação de violência, dando azo a interessante paradoxo: quando o Direito Penal criminaliza vítimas, quando o Direito Penal torna-se manifestação de pura violência a ponto de criminalizar comportamentos que partem mais de “vítimas” do que de “delinqüentes”.

O paradoxo demonstra, acima de tudo, que a criminalidade está imersa em uma problemática, e um estado de coisas, muito maior do que as meras soluções apresentadas pela estrita dogmática penal.

Antes de se adentrar na questão propriamente dita, mister se faz a manipulação dos conceitos (operacionais) que foram apresentados adrede.

Como se pode verificar *prima facie*, a atividade persecutório penal do Estado é incompatível com a noção de autoridade. Sendo a autoridade a obediência que exclui a coação e a persuasão, excluído está o aparato persecutório, pois fundado na coação com vistas à execução das devidas “penas”.<sup>190</sup>

As vítimas do sistema, lembrando, aqueles que sofrem os efeitos perversos das decisões tomadas, são afetadas na produção, reprodução e desenvolvimento de suas vidas. Em outras palavras, o sistema persecutório penal acaba por afetar a vida humana em seu momento material, atingindo suas corporalidades vulneráveis, impossibilitando a vida (*lato sensu*) pelo fato de serem excluídos.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> Mister uma precisão conceitual, a noção de lei penal há de ser a mais abrangente possível, nos moldes propostos, entre outros, pelos professores E. Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar e Nilo Batista. Um conceito de lei penal que abranja: a) as leis penais manifestas (código penal, leis penais especiais, disposições penais em leis não penais); b) as leis penais latentes que, com qualquer função manifesta não-punitiva (assistencial, tutelar, pedagógica, sanitária, etc.) habilitem o exercício de um poder punitivo; c) as leis restantes com função punitiva eventual são leis penais eventuais (ou eventualmente penais): aparecem quando o exercício do poder estatal ou não-estatal, habilitado por leis que não têm funções punitivas manifestas nem latentes, eventualmente (em alguns casos) pode ser exercido como poder punitivo, segundo o uso que delas façam as respectivas agências ou seus operadores (o exercício do poder psiquiátrico, do poder assistencial concernente a velhos, doentes ou crianças, do poder médico em tratamento dolorosos mutiladores, do poder disciplinar quando institucionaliza ou inabilita etc.), é paradigmático, a este respeito, o caso da prisão preventiva, considerado com razão como pena antecipada (e erosão processual da pena). ZAFFARONI, E. Raúl. BATISTA, Nilo, e outros. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003 (Registre-se, por oportuno, apenas minha opinião pessoal que ousa discordar dos autores para excluir da modalidade lei penal eventual, a totalidade dos casos de prisão preventiva, enquadrando-a como norma penal eventual, somente em circunstâncias de desvio dos fixos e rígidos pressupostos constitucionais e processuais penais, quando sim, o uso imoderado a qualificaria como verdadeira norma penal).

<sup>191</sup> Note-se que a noção de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana, em Dussel, é uma noção ampla, conforme se pode extrair de sua Tese 11, na página 636 da obra citada: “Então não distinguiremos, no texto entre uma mera sobrevivência ou reprodução material física (comer, beber, ter saúde) e um desenvolvimento cultural, científico, estético, místico e ético. Nesta Ética da libertação, as palavras 'produção, reprodução e desenvolvimento' da vida humana do sujeito ético 'sempre' significam não só o vegetativo ou o animal, mas também o 'superior' das funções mentais e o desenvolvimento da vida e da cultura humana. Indicam um critério material a priori ou anterior a toda ordem ontológica e cultural vigente. Neste último caso, a posteriori, desempenha também a função de critério material crítico do juízo ético, do enunciado descritivo ou de fato, ou da própria ordem cultural ou sistema de eticidade dados como totalidade”.

As “vítimas”, da mesma forma, acabam sendo afetadas com base no momento formal, pois não participaram faticamente da discussão argumentativa. Os “acordos” ignoram suas qualidades de vítimas.

Aliás, a criminalização secundária, com supedâneo em desvios proporcionados pelo lado negativo da imprensa de massa (dentre outros fatores), acaba incutindo uma espécie de “auto flagelação da população marginalizada”, os quais, ideologicamente manipulados, acabam concordando, de maneira geral, com a necessidade imperiosa da ampliação de controles estatais (leia-se ampliação do “Estado de Polícia”) de combate à criminalidade, numa titânica luta contra o “crime organizado”, na verdade, uma invenção necessária, ou pelo menos, um discurso desviante oportuno.<sup>192</sup>

No que tange à factibilidade, parece ser bastante possível, nos diversos níveis (inclusive jurídico), a exclusão da criminalidade em relação a certas (restritas) pessoas e circunstâncias que as tornam mais vítimas que criminosos.

De fato, existem circunstâncias em que o Direito Penal transforma-se em pura violência, pois acaba afetando em seu momento material (na produção, reprodução e desenvolvimento da vida) pessoas que, sem acesso ao processo argumentativo, acabam tendo suas condutas analisadas à luz de princípios e de um sistema puramente persecutório. Na vala dos criminosos, acabam sendo “impulsionadas” verdadeiras vítimas, excluídos, vulneráveis, ou qualquer outro perverso emblema com que possam ser taxados. Como gados, são marcados e queimados às brasas dos “antecedentes criminais”.

No outro extremo, práticas verdadeiramente danosas acabam excluídas do

---

<sup>192</sup> Sobre o tema: CIRINO DOS SANTOS. Juarez. *Crime organizado* in palestra proferida no 1º Forum Latino-Americano de Política Criminal, promovido pelo IBCCRIM, de 14 a 17 de maio de 2002. Riberão Preto, atualmente disponível na internet: [cirino.com.br](http://cirino.com.br)

alcance persecutório penal.

Mas quando o Direito Penal torna-se pura violência? Como descobrir o elemento divisor entre o criminoso e a vítima? Quando o aparato policial e persecutório penal (*strictu sensu*) permanece legítimo, já que necessário à manutenção de uma instituição ou sistema? Ou quando ultrapassa esta fronteira para tornar-se violência?

Não existem respostas seguras. A fronteira (como elemento que simultaneamente une e separa), situa-se em uma zona cinzenta já conhecida e sempre enevoada.

O Direito Penal pode ser muito mais que um arquipélago de ilicitudes em um mar de licitudes, mas um importante instrumento em prol de uma ética de libertação.

É aí que surge o papel da nova criminologia com as propostas apresentadas por seus corifeus.

O papel do perito na transformação da realidade é muito bem traduzido para o campo da sociologia jurídico-penal de Alessandro Baratta, embora sem esta intenção imediata e fundado basicamente no materialismo marxista:

A natureza dialética da mediação entre teoria e práxis, que caracteriza este modelo de ciência social, é a medida do caráter racional do seu compromisso cognoscitivo e prático. A mediação é dialética quando o interesse pela transformação da realidade guia a ciência na construção das próprias hipóteses e dos próprios instrumentos conceituais e, por outro lado, a reconstrução científica da realidade guia a práxis transformadora, desenvolvendo a consciência das contradições materiais e do movimento objetivo da realidade, como consciência dos grupos sociais materialmente interessados na transformação da realidade e na resolução positiva das suas contradições e, portanto, historicamente portadores deste movimento de transformação. Isto significa que, em uma ciência dialeticamente comprometida no movimento de transformação da realidade, o ponto de partida, o interesse prático por este movimento, e o ponto de chegada, a práxis transformadora, estão situados não só na *mente* dos operadores científicos, mas principalmente nos grupos sociais portadores do interesse e da força necessária para a transformação emancipadora. [...]

Na atual fase do desenvolvimento da sociedade capitalista, o *interesse* das classes subalternas é o *ponto de vista* a partir do qual se coloca uma teoria social comprometida, não na conservação, mas na transformação positiva, ou seja, emancipadora, da realidade social. O interesse das classes

subalternas e a força que elas são capazes de desenvolver são, de fato, o momento dinâmico material do movimento da realidade.<sup>193</sup>

Em boa hora, a comunidade jurídico-penal parece estar cada vez mais atenta para esta realidade, em especial com o advento do chamado **paradigma da reação social**, ou do “etiquetamento”, ou ainda *labeling approach*, em substituição ao paradigma etiológico. Hoje o centro da discussão no âmbito da sociologia criminal.

Na precisa síntese zetética de Alessandro Baratta<sup>194</sup>, os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?” Ao contrário, os autores que se inspiram no *labeling approach*, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?”

A mudança de enfoque é realmente paradigmática, pois desloca a atenção da criminalidade para os processos de criminalização.

Evado de princípio ético, também a definição que Zaffaroni e Nilo Batista – fugindo da mesmice contida nos manuais tradicionais – dão ao Direito Penal e à função da pena. Para estes autores, o Direito Penal é o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito.<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ed. Rio de Janeiro: Renvan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 157-158.

<sup>194</sup> Idem, p. 88.

<sup>195</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 40.



A idéia fica melhor explicitada com o conceito agnóstico e negativo de pena. Pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor; mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes.<sup>196</sup>

Dentro do agir ético, sem sombra de dúvidas, encontra-se a atitude corajosa de, *sem esquecer da criminalidade tradicional*, voltar os aparelhos persecutórios à criminalidade efetivamente responsável por danosidade social relevante, esta sim, uma “macrocriminalidade organizada”, mormente ao se tratar de crimes de devastação ecológica, de poderio econômico, crimes políticos, transnacionais, *et alii*.

Nesta atitude, assume relevo o aparelhamento estatal no combate ao novo tipo de criminalidade que, na verdade, é mais um novo tipo de ver o crime, ou de criminalizar (processo de criminalização) que não se restringe à persecução da pequena criminalidade (as vezes compostas de vítimas e criminosos – de acordo com o paradoxo visto), mas voltada, também e principalmente a “criminosos de colarinhos brancos”. Repita-se, sem descurar da criminalidade de menor potencial, que também carrega o mister da persecução.

Na mudança estrutural, por uma série de razões a todo tempo debatidas, há de ser assegurado o papel ativo de um dos personagens principais da nova política criminal, a agente privativo da ação penal público, o Ministério Público (brasileiro).

---

<sup>196</sup> O conceito é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtida por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto a sua função, pois confessa não conhecê-la. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 100. O fato de não dispor, a pena de função conhecida não implica que ela não exista, mas sim que falta ao poder punitivo legitimidade, impõe-se, portanto, sua redução. No direito penal consegue-se isso com uma limitação redutora dos pronunciamentos que permitem a passagem de poder punitivo em termos de tempo mensurável; no direito da execução penal, obtém-se algo semelhante limitando os fatos concretos de sofrimento nos quais se traduz o exercício real do poder punitivo sobre a pessoa criminalizada. (*Idem*, p. 300). Uma teoria agnóstica ou negativa do poder punitivo rompe a alternativa entre os ideólogos do melhoramento e os do depósito, porque não impõe a tarefa impossível pretendida pelos primeiros nem se compraz com a deterioração como os segundos: reconhece a realidade operativa do poder punitivo (seleção pela vulnerabilidade) e propõe, como parte de um esforço jurídico generalizado para sua redução e contenção, a minimização do efeito deteriorante no processo de sofrimento da pena e, se possível, a oferta de uma oportunidade de redução do nível de vulnerabilidade (*Idem*, p. 301).

A mudança de enfoque, para além de ética, não caracteriza um “ato violento” (nos moldes vistos), mas uma perspectiva persecutória verdadeira, válida e factível. Verdadeira porque a “macro-criminalidade (já imersa na nova visão criminológica) é a que realmente causa danos coletivos na convivência social; válida pois, para além de legal é legítima, especialmente se desencadeada pelo Ministério Público, órgão democrático incumbindo constitucionalmente para ser o intermediário entre a sociedade e os poderes instituídos; factível, aliás, os órgãos ministeriais têm atuado sobremaneira na inversão criminológica.

Inversão criminológica que, paradoxalmente, é resultado do processo econômico de globalização.

Nas palavras de Antônio Henrique Graciano Suxberger:

A globalização – fenômeno de natureza econômica, compreendido precipuamente a partir da década de 70 do século XX com as duas quedas do petróleo e a transformação radical do sistema financeiro delas advinda, que acabou por alterar o próprio modelo econômico do capitalismo – apresenta duas grandes notas distintivas: a aceleração do processo tecnológico e o vultoso aumento da circulação das mercadorias e capitais. Por conseqüência, observa-se a pronta necessidade de maior rapidez dos processos decisórios. É nesse quadro que surge o distanciamento entre o chamado tempo do Direito (por natureza, diferido) e o tempo real (marcado pela necessária simultaneidade). O campo decisório, portanto, desloca-se do campo político para o campo econômico. [...]  
O modelo globalizador produziu novo tipo de criminalidade – aqui sim vale a expressão criminalidade organizada.<sup>197</sup>

Lembre-se, por fim, que não se trata de abandonar a “persecução penal tradicional”, senão priorizar a atividade contra a criminalidade de “danosidade exponenciada”, como pondera Lenio Streck e Luciano Feldens.

(...) deve o Estado, paralelamente à atividade que tradicionalmente vem desempenhar em face de condutas que atentam diretamente contra a vida e

---

<sup>197</sup> SUXBERBER, Antônio Henrique Graciano. O papel do Ministério Público no crime organizado. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 11, vlume 22, p. 36-37, jul./dez 2003.

a dignidade humana, *priorizar o combate aos delitos que colocam em xeque os objetivos da República*, inscrevendo-se nesse rol, dentre outros, os crimes de sonegação fiscal, a corrupção, a lavagem de dinheiro e os delitos contra o meio ambiente. [...]

Mudou o Direito Penal. *Parece óbvio, portanto, que o Ministério Público, nesse contexto político normativo, não pode mais ser visualizado do alto – e do longe – da tradição penal-processual que se estabeleceu no Brasil nas últimas seis décadas, a partir de um imaginário liberal-individualista-normativista forjado no Código Penal de 1940 e no Código de Processo Penal de 1941*. Trata-se, em síntese, de compreender o problema sob um olhar pós-iluminista, afastando velhas dicotomias que serodiamente separam Estado e Sociedade, como se o indivíduo fosse um débil a ser protegido contra a maldade do *Leviatã*.<sup>198</sup>

Tocante à mudança na política de atuação ministerial, estar-se-ia adentrando já no próximo item.

### 3.2.2 Crise nos Sistemas Persecutório-Penais, Passagem do “Estado Policesco” à Ampliação das Atribuições Instrutórias Ministeriais

O sistema persecutório penal está em crise, isto é fato.<sup>199</sup>

Como sintetiza Kédyna Cristiane Almeida Silva:

No que concerne à Administração da Justiça criminal, o problema principal que se formula consiste na ineficácia do sistema para alcançar os fins sociais que se propõe, e que vão desde a prevenção geral, por meio da proteção dos bens juridicamente tutelados, até a prevenção especial, que se inspira nos ideais de (re)integração e (re)socialização dos autores de condutas delitivas. Sem sombra de dúvidas, tanto o Direito Penal como o Processo Penal passam por uma manifesta crise de legitimidade social. O modo segundo o qual estão estruturados, por um lado, não atende à

<sup>198</sup> STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 05 e 08.

<sup>199</sup> Nas palavras de Mireille Delmas-Marty: “De um lado, el Derecho Penal intervencionista y expansionista es puesto em tela de juicio em el doble plano de la legitimidad y de la eficacia, es decir, tanto em el plano moral de la adhesión a los valores y a los intereses impuestos por la norma com em el plano operativo de su ejecución. Si se entiende por crisis el ‘momento de una infernedad caracterizada por un cambio súbito y generalmente decisivo para bien o para mal’, la reivindicación del derecho a la diferencia y el nothing works son expresivos, en este momento, del estado de crisis de la justicia penal. A este respecto una solución negociada de los conflictos parece una *solución más fácilmente aceptada que un arreglo impuesto*.” DELMAS-MARTY, Mireille. El proceso penal en Europa: perspectivas. *Revista del Poder Judicial*, n. 37, 2ª época, p. 79-91, marzo 1995.

demanda social, que exige políticas públicas mais severas no tocante à atuação do Estado no combate ao recrudescimento da criminalidade urbana e, particularmente, da criminalidade organizada.<sup>200</sup>

Mais à frente, uma passagem que interessa de maneira mais intensa: “por outro lado, é preciso ressaltar que os problemas evidenciados no âmbito da Administração da Justiça criminal extrapolam os limites que concernem ao plano processual, e que **se refere fundamentalmente à ineficiência dos procedimentos**”<sup>201</sup> (grifo nosso).

Não que a presidência da instrução preliminar a cargo do Ministério Público resolva todos os problemas da criminalidade. A propósito, nem se defende, aqui, a ampla possibilidade instrutória do Ministério Público, senão nos casos em que o exercício da ação penal encontre barreiras.

Acontece que, diante dos novos perfis da criminalidade, diante do novo paradigma criminológico, soa como arcaica uma persecução penal baseada em uma instrução penal conduzida total e exclusivamente pela Polícia.

É uma manutenção imatura do “Estado Policesco” que sempre predominou nos sistemas de repressão penal, notadamente quando cingidos em uma ideologia de preeminência econômica, como visto no item anterior. Nas palavras de Lenio Streck e Luciano Feldens,<sup>202</sup> “a proteção da propriedade privada figurava como o ponto central do Direito Penal, fazendo com que a clientela da justiça criminal se fizesse tradicionalmente representada pela classe baixa, circunstância essa, aliás, que perdura até os dias atuais.”

Como no panorama traçado por Jeffrey Robinson:

---

<sup>200</sup> SILVA, Kédyna Cristiane Almeida. As políticas criminais contemporâneas: ênfase nas reformas dos sistemas processuais europeus. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, V. 02, n. 08, p. 101, jul./set. 2003.

<sup>201</sup> Idem, p. 102.

<sup>202</sup> STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Ob. cit., p. 33, 2005.

(...) enquanto vivemos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos transnacionais.<sup>203</sup>

A complexidade criminosa exige uma complexidade organizacional no combate aos criminosos, incompatível com o sistema “meramente” policial. Na oportuna comparação de Sérgio Habib:

(...)o crime evoluiu, organizou-se, estatizou-se, profissionalizou-se, é dizer, transformou-se, assumindo novas modalidades, entrelaçando-se, mais das vezes, numa emaranhada rede de corrupção e de tráfico de influências de tal sorte que a sua apuração já não pode mais ser feita à base da antiga lupa, senão que por intermédio de lentes possantes e de alta tecnologia, nem sempre acessíveis à investigação tradicional.<sup>204</sup>

A criminalidade violenta é paulatinamente sobrepujada pela “astúcia, pelo enleio, pelo ardil, pela fraude e pelo artifício, as ruas cedem espaços a infovias, fazendo do computador e da tecnologia instrumentos do crime, tal como o revólver o é”.<sup>205</sup>

Ou ainda, como observa Arthur Pinto de Lemos Júnior:

O modelo de investigação criminal tradicional não tem alcançado o objetivo almejado. A situação de uma equipe de dois ou três investigadores de polícias saírem às ruas em busca de informações sobre o delito, ou a pernicioso utilização dos gansos (informantes constantes da polícia), é, sem dúvida alguma, útil para o esclarecimento de delitos sem qualquer complexidade, tais como alguns assaltos, homicídios, furtos, etc. No entanto, quando um crime de roubo resulta de uma das atividades de uma organização criminosa, se se pretende punir os verdadeiros autores do delito, há que se buscar outras alternativas para o trabalho de investigação criminal.<sup>206</sup>

<sup>203</sup> ROBINSON, Jeffrey. *A Globalização do crime*. Tradução de Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro: Ediouro, p. 19, 2001.

<sup>204</sup> HABIB, Sérgio. O poder investigatório do Ministério Público. *Consulex*: revista jurídica, v. 7, n. 159, p. 14,

<sup>205</sup> FELDENS, Luciano. Sigilo bancário e Ministério Público: da necessária coabitação entre as Leis Complementares 105/01 e 75/03. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 5, n. 56, p. 12, dezembro 2002.

<sup>206</sup> LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. Op. cit., p. 412.

Isso ganha maior relevância se considerado novo perfil constitucional do Ministério Público, com o advento da Constituição de 1988. Como no paradoxo apontado por Lenio Streck e Luciano Feldens:

Paradoxalmente, a grande transformação no papel do Ministério Público no paradigma do Estado Democrático de Direito verifica-se naquilo que foi a razão de seu surgimento. Com efeito, atuando como membrana do Poder Executivo, e servindo-lhe orgânica e politicamente, não é desarrazoado afirmar-se que no plano da persecução penal a Instituição do Ministério Público, em seu nascedouro, postou-se ao desempenho de uma função preponderantemente conectada à proteção dos interesses econômicos das camadas dominantes da Sociedade. Para tanto, basta-nos examinar sua trajetória institucional em *terra brasillis*, onde, até 1988, não passava de um apêndice do Poder Executivo, propulsor de um Direito Penal de cunho liberal-individualista.<sup>207</sup>

Como foi observado, isso não significa que a presidência da instrução preliminar a cargo do Ministério Público resolva, em um passe de mágica, todos os problemas da “verdadeira criminalidade globalizada e organizada”.

Evidente que não!

Acontece, porém, que por mais paradoxal que pareça, a complexidade na persecução penal, ainda exige uma unidade, que só pode ser alcançada pelo *dominus litis*.

Em outras palavras, a complexidade criminógena, exige uma maior especialização na detecção e combate para instrumentalização dos aparelhos persecutórios penais.

Como tem ocorrido em diversas áreas de conhecimento, a especialização, muitas vezes, provoca detrimento inversamente proporcional na unidade.

É neste sentido que a instituição Ministério Público, renasce como a **unidade necessária da persecução penal**, em épocas de especialização

---

<sup>207</sup> STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 19.

“criminógena”.

Isso se dá, *primus*, pela própria missão constitucional do Ministério Público para onde convergem todas as instruções preliminares. Ora, a instrução preliminar tem por escopo principal fundamentar a cognição do agente ministerial natural para a causa penal. *Secundus*, as garantias e prerrogativas investidas ao *Parquet* e seus membros, permitem uma maior “blindagem” contra interesses obscuros, o que, por uma série de fatores, não é tão evidente nos órgãos policiais.

Vide por exemplo, as principais prerrogativas apontadas por Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo:<sup>208</sup> vitaliciedade (art. 128, parágrafo 5º, a, CF); inamovibilidade (art. 128, parágrafo 5º, b, CF), irredutibilidade de vencimentos (subsídios, art. 128, parágrafo 5º, c, CF); independência funcional e o foro por prerrogativa de função; além das garantias política dos membros do Ministério Público, como a isonomia dos vencimentos, vedações, promoção e aposentadoria.

A “polícia brasileira” não apresenta a mesma “blindagem institucional”, importante fato na “cultura da impunidade tupiniquim”, malgrado esforços de muitos policiais audaciosos.

Defendendo uma atribuição mais ampla e prospectiva, no sentido da totalidade da instrução preliminar a cargo do Ministério Público, assim escreve Aury Celso Lima Lopes Júnior:

Atribuir ao Ministério Público o comando da instrução preliminar é a melhor solução para o processo penal brasileiro, principalmente se levarmos em conta que o MP no Brasil é independente, gozando das mesmas garantias da Magistratura. Possui poderes tanto no plano constitucional (art. 129 da CB), como também no orgânico (especialmente nos arts. 7º e 8º da Lei 75/93 e art. 26 da Lei 8625/93), para participar da investigação ou realizar seu próprio procedimento administrativo processual.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup>DAL POZZO, Antônio Araldo Ferra. Democratização da Justiça – atuação do Ministério Público. *Justitia*, n. 127, p. 42-49.

Não se pode esquecer, ainda, a tendência mundial do fortalecimento das funções do Ministério Público, na forma referida acima ao tratarmos do Direito Comparado.

Conforme noticia Edinaldo de Holanda Borges,<sup>210</sup> em setembro de 1991, realizou-se, na Universidade de Roma - Itália, um Congresso Internacional para a elaboração de um Código Modelo de Processo Penal para a América Latina, contando com a presença, dentre outros de Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Antônio Scarance Fernandes e Carlos Eduardo Vasconcelos.

No art. 68 do referido estatuto, consta que ao Ministério Público é confiado o exercício da “perseguição penal”, com a presidência da instrução preliminar, podendo praticar, por si, ou determinar sua prática por funcionários públicos, qualquer classe de diligências (art. 261).

No referido código há ainda a previsão de subordinação funcional da Polícia ao Ministério Público.

Vale não deslembrar, de forma complementar, a eficiência atual de alguns instrumentos instrutórios diversos do inquérito policial.

No âmbito federal é o caso, por exemplo, dos procedimentos administrativos levados a efeito pela Receita Federal, Banco Central, IBAMA e COAF, apenas para citar os casos mais comuns.

Ora, o que são as ações fiscais realizadas pela Receita Federal, consubstanciadas nas ditas “Representações Fiscais para Fins Penais” senão a materialização de uma “instrução preliminar”? Para que precisaria da instauração de um inquérito policial se o Ministério Público, em algumas circunstâncias,

---

<sup>209</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso. Op. cit., p. 64.

<sup>210</sup> BORGES, Edinaldo de Holanda. O sistema processual acusatório e o juizado de instrução. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 02, n. 06, p. 53-54, jan./mar. 2003.



principalmente envolvendo conglomerado empresarial de forte poder econômico, puder valer-se da atuação fiscal que poderá carrear elementos probatório em relação aos “crimes fiscais”, com idêntica ou maior eficiência?

O mesmo diga-se em relação aos crimes ambientais. Quem melhor que os servidores habituados com o trato das questões ambientais para carrearem os elementos preparatórios da ação penal? Para que a necessidade de uma “intermediação da polícia por intermédio do Inquérito Policial”?

Os crimes contra o sistema financeiro e de “lavagem de dinheiro” então, envolvendo complexas quebras de sigilos bancários e não menos complexas análises documentais, prescindem da instauração de Inquérito Policial. Via de regra, as atuações administrativas do Banco Central e COAF atingem ótimos resultados. Ninguém pode negar que a atuação destes órgãos caracteriza uma instrução preliminar.

Não que o trabalho da Polícia seja ineficiente, porém tudo isto leva a confirmar que o Ministério Público, como destinatário da instrução preliminar e diante de circunstâncias especiais diversas, é a Unidade necessária para o exercício da ação penal, podendo administrar situações que demandem coleta de elementos probatórios, ordinariamente pelos órgãos policiais, extraordinariamente por outras entidades administrativas ou, ainda, por ele próprio. Quem melhor que o Ministério Público para, fundamentadamente, decidir sobre estas situações? Afinal, é ele o destinatário dos elementos colhidos.

Indicando as dificuldades dos órgãos policiais no combate de crimes contra o sistema financeiro, “lavagem de dinheiro”, entre outros, vale mencionar as oportunas palavras de Raquel Branquinho P. Mamede Nascimento:

O crime organizado ou mesmo aquele praticado de forma isolada, mas que tenha correlação com evasão de divisas, sonegação fiscal, gestão fraudulenta ou temerária de instituições financeiras, dentre outros, são praticados sob as mais elaboradas formas, contando com o auxílio intelectual de especialistas em informática, economia, contabilidade, etc., o que torna extremamente difícil aos órgãos estatais encarregados da investigação a sua elucidação.

No âmbito federal, apenas em final dessa última década a Polícia Federal estruturou um setor próprio para investigação desses crimes – DCOIE/Divisão de Combate ao Crime Organizado e Inquéritos Especiais, sendo imprescindível ressaltar que tal Divisão ainda conta com as mais diversas dificuldades operacionais e estruturais, notadamente no que concerne ao suporte técnico especializado. Basta dizer que em todo o país, o Departamento de Polícia Federal conta com menos de dez peritos efetivamente capacitados a desenvolverem análises mais elaboradas na área de informática, não obstante efetiva demanda de aprimoramento desse setor, pois qualquer investigação de crimes de colarinho branco depende do efetivo apoio técnico apropriado.<sup>211</sup>

Nesse aspecto, o projeto de lei que altera o Código de Processo Penal, no tocante à instrução preliminar, faz alusão expressa no sentido de que, “tratando-se de infração penal praticada contra o Sistema Financeiro Nacional, a ordem tributária ou econômica, os elementos de informação serão remetidos pela autoridade administrativa diretamente ao Ministério Público para as providências cabíveis” (art. 26 do Projeto de Lei).

Não se pode concordar, em hipótese alguma, com as (infelizes) palavras de Alexandre Abrahão Dias Teixeira,<sup>212</sup> no sentido de que “parece óbvio que só o delegado de polícia e seus agentes é que tem a habilidade profissional para promover a investigação, já que foram treinados e preparados durante toda uma vida para este tipo de trabalho”. A afirmação soa absurda. Não se trata de habilidade individual em relação a algumas questões específicas. Nem delegado, nem promotor

---

<sup>211</sup> NASCIMENTO, Raquel Branquinho P. Mamede. Aspectos investigativos dos crimes contra o sistema financeiro nacional, de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 4, n. 42, p. 22-23, outubro 2001.

<sup>212</sup> TEIXEIRA, Alexandre Abrahão Dias. A investigação criminal e o Ministério Público. *Jus navegandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2292>>. Acesso em: 09 nov. 2005. P. 02. Vide também do mesmo autor: As questões relativas ao inquérito e a sua exata visão no direito brasileiro antes e após a CF/88. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ*, v. 5, n. 19, p. 190-196, 2002.

estão bem preparados individualmente, trata-se, em verdade, de questões estruturais e institucionais.

Estas dificuldades estruturais na instrução preliminar a cargo da Polícia, foram (cientificamente) expostas por Aury Celso Lima Lopes Júnior sob a rubrica “argumentos contrários”:

É um sistema arcaico e totalmente superado, cuja ineficiência é patente. Excepcionalmente, em países como a Inglaterra, atendendo às especiais características sociais, políticas e de estrutura judicial, esse sistema pode ser considerado como satisfatório. Obviamente não é o caso do Brasil. [...]

Como argumentos contrários, entre muitos outros, apontamos:

a) A polícia é o símbolo mais visível do sistema formal de controle da criminalidade, e, em regra, representa a *first-line enforcer* da norma penal. Por isso, dispõe de uma *discricionariedade de fato* para selecionar as condutas a serem perseguidas. Esse espaço de atuação está muitas vezes na zona cinza, no sutil limite entre o lícito e o ilícito. Em definitivo, não se deve atribuir à polícia ainda mais poderes (como a titularidade da instrução), mas sim exercer um maior controle por parte dos juízes, tribunais e membros do MP. A polícia deve ser um órgão auxiliar e não o titular da instrução preliminar, pois quanto maior é o controle *real* dos Tribunais e do MP sobre a atividade policial, menor é essa discricionariedade, e o inverso também é verdadeiro.

b) A eficácia da atuação policial está associada a *grupos diferenciais*, isto é, mostra-se mais ativa quando atua contra determinados escalões da sociedade (obviamente os inferiores) e distribui impunidade em relação à classe mais elevada. Também a subcultura policial possui seus próprios modelos preconcebidos: estereótipo de criminosos potenciais e prováveis; vítimas com maior ou menor verossimilitude; delitos que “podem” ou não ser esclarecidos, etc. O tratamento do imputado é diferenciado, e conforme ele se encaixe ou não no perfil prefixado, o tratamento policial será mais brando e negligente ou mais rigoroso. Essa última situação é constantemente noticiada, em que a polícia, frente ao “perfil do autor ideal” daquela modalidade de delito, atua com excessivo rigor e inclusive age ilícitamente, para alcançar todos os meios de incriminação (muitas vezes inexistentes). Assim são cometidas as maiores barbáries, refletindo-se nas elevadas *cifras da injustiça* da atuação policial.

c) A polícia está muita mais suscetível de contaminação política (especialmente os mandos e desmandos de quem ocupa o governo) e de sofrer a pressão dos meios de comunicação. Isso leva a dois graves inconvenientes: a possibilidade de ser usada como instrumento de perseguição política e as graves injustiças que comete no afã de resolver rapidamente os caos com maior repercussão nos meios de comunicação.

d) O baixo nível cultural e econômico de seus agentes faz com que a polícia seja um órgão facilmente pressionável pela imprensa, por políticos e pelas camadas mais elevadas da sociedade. Também é responsável pelo embrutecimento da polícia e o completo desprezo dos direitos fundamentais do suspeito, que de antemão já é considerado com culpado pela subcultura

policial. Por fim, a credibilidade de sua atuação é constantemente colocada em dúvida pelas denúncias de corrupção e de abuso de autoridade.<sup>213</sup>

### 3.2.3 Crítica à Noção de Crime Organizado

Antes de continuar a exposição, é preciso apresentar um esboço crítico acerca de uma figura muitas vezes utilizada sem maior rigor conceitual: trata-se do famigerado “crime organizado”.

Não é recente a teorização acerca da necessidade da existência de inimigo, ou de inimigos, nas justificações utilizadas pelo discurso político, até mesmo como aparato ideológico para a manutenção hegemônica institucional. Os exemplos são abundantes.

O “discurso desviante” provoca duas conseqüências principais, a saber: a manipulação ideológica da opinião pública e a legitimação de mecanismos ampliadores poder punitivo do Estado.

Com a hegemonia de determinada instituição (*lato sensu*), de modo que o campo político é o cenário por excelência da hegemonia ideológica, naturalmente são criados mecanismos protetivos para a sua manutenção.<sup>214</sup>

Sem dúvida, o discurso do combate aos inimigos, a mascarar dificuldades conjunturais, constitui um dos principais instrumentos para a manutenção de

---

<sup>213</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso. Op. cit., p. 48. Cumpre saliente que o autor apresenta algumas vantagens ao sistema de instrução preliminar presidida pela Polícia. Esta observação é oportuna, pois, muitos autores têm utilizado as palavras de Aury Lopes Júnior apresentando os pontos positivos da investigação pela polícia e pontos negativos da instrução pelo MP, levando o leitor a entender que o referido autor seja contrário à instrução preliminar presidida pelo MP. Ora, quer nos parecer que uma atitude como esta é, para além da estratégia retórica, no mínimo, antiética.

<sup>214</sup> BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Tradução de Floriano de Souza Fernandes, 19ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

ideologias políticas. É uma constante histórica, para não dizer natural necessidade de matiz antropológica.

Até mesmo na Bíblia é possível encontrar exemplos marcantes. Jesus Cristo e, com ele, toda a doutrina cristã, representou imponente inimigo à cultura (hegemônica) romana, a ponto de “justificar” a crucificação pública. A falta de mecanismos coerentes para a defesa do despotismo “cesariano” ficou impressa no combate ao inimigo que podia ser vencido (ao menos materialmente; ao menos naquela época).

Da mesma forma, com a hegemonia ocidental cristã, o desvio praticado por sacerdotes da Igreja Católica era transferido para outro inimigo externo, desta feita, o herege.

No campo macro político, David Dyzenhaus, na sua leitura de Carl Schmitt acerca do liberalismo, já explicitava que, para este, o destino do liberalismo dependia da intensidade do pluralismo; algumas sociedades poderiam aceitar o liberalismo como um tipo de superestrutura política porque, de fato, elas têm populações mais ou menos substancialmente homogêneas; ou pode ser o caso em que uma sociedade pluralística pode desviar as atenções das políticas internas enquanto têm, ou podem, criar um inimigo externo, um perigo que atraia a maior parte da energia política daquela sociedade. Com respeito a esta segunda opção, ele poderia pensar que não é coincidência que os desafios internos à legitimidade de ordens particulares liberais democráticas aumentaram quando a Guerra Fria terminou, uma vez que o grande inimigo externo desapareceu, logo, os inimigos

internos tiveram espaço político para se lançarem.<sup>215</sup>

Também encontramos exemplos na realidade "tupiniquin". Os inconfidentes foram os inimigos de uma relação colonial que não mais se sustentava. As sangrentas ditaduras militares sul-americanas encaravam os comunistas como os "inimigos da vez". O argumento da força precedente à força do argumento!

E, assim, poder-se-ia dispensar páginas e páginas exemplificativas: o holocausto como fruto do inimigo hebreu do nacional socialismo, o terrorismo muçulmano como inimigo fundamentalista da "guerra contra o terrorismo", com todo o paradoxo que a expressão desperta, *et alii*. Sempre, porém, "sob o véu do inimigo", reside uma impotência em enfrentar e, razoavelmente, sustentar determinadas dificuldades estruturais. Representa, muito mais, um desvio de atenção de força política.

No discurso político (eleitoral) brasileiro, tornou-se "local comum" as considerações acerca dos famigerados inimigos da sociedade brasileira. Inimigos para todos os gostos e todas as crenças, em mediações mais ou menos abrangentes: o FMI (Banco Mundial, etc.), a *neocolonização* americana, o crime organizado, a corrupção nos organismos governamentais, as lutas sociais no campo, o analfabetismo, a fome (zero), a arbitrariedade policial, a taxa de juros, o *spread* bancário, dentre outros.

---

<sup>215</sup> *In verbis*: " But generally, Schmitt thought that the question of liberalism's fate depends on the depth of pluralism. It may be the case that some societies can afford liberalism as a kind of political superstructure because they in fact have a more or less substantively homogeneous population. Or it may be the case that a pluralistic society can displace attention from internal politics so long as it has or can manufacture an external enemy the threat of which attracts most of that society's political energy. In respect of this second option, he would have thought that it is no coincidence that the internal challenges to the legitimacy of particular liberal democratic orders heightened when the Cold War ended. Once the great enemy without has disappeared, the enemies within have the political space to make their pitch." (DYZENHAUS, David. *Legality and legitimacy*. Carl Schmitt, Hans Kelsen ad Hermann Heller in Weimar. Oxford:Oxford University Press, 1997)

Na análise presentemente desenvolvida, merece destaque um inimigo que está na “moda” dos meios de comunicação: o crime organizado (um excelente “trampolim político” para qualquer Ministro da Justiça).

O discurso do crime organizado não é exclusividade brasileira, mas uma tendência mundial.

Com esse estranho fenômeno, lembra João Gualberto Garcez Ramos:

Os países centrais vivem seus dramas como todo mundo. Ao invés de fazê-lo apenas localmente, discutem-nos em um foro da mídia internacional, que trata a notícia como um produto a ser moldado e vendido aos interessados. Frequentemente, porque o drama vende bem, moldam o problema com pitadas de histeria. Veja-se o que ocorre hoje com as drogas, o crime organizado e o terrorismo. Essa histeria, embora não tenha a ver com todo o mundo, acaba por ser multi-exportada e consumida pelos países periféricos.<sup>216</sup>

Especificamente sobre o crime organizado, observa o citado autor:

Um dos maneirismos mais constantes dos atuais protagonistas, intencionais ou não, do chamado ‘terrorismo penal’, tem sido a identificação, em todas as investigações policiais, de ao menos uma organização criminosa. Não sei se para valorizar o trabalho investigatório – como se para tanto fosse indispensável dar-lhe contornos ‘agathachristianos’ – não sei se por precipitação, mas tem sido muito frequente que nossos ‘Herules Poirots’ trombem com o crime organizado a cada esquina. Conforme essa nova forma de ver as coisas, o planeta está tomado de organizações criminosas. E organizações que se formam para explorar os mais diversos filões do mundo cão. E não importa se a atividade ilícita seja lucrativa ou não; por lá sempre se encontra uma organização criminosa a explorar os lucros da atividade ou a arruinar-se com ela.<sup>217</sup>

Tanto aqui, quanto alhures, não se sabe realmente o conteúdo desta categoria tão comum no discurso político. Como menciona Eugênio Raúl Zaffaroni,

<sup>216</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. *A histeria que mata*. Disponível <[http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/histeria\\_que\\_mata.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/histeria_que_mata.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2005.

<sup>217</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. *Lavagem de dinheiro e os advogados*. Disponível em <[http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/lavagem\\_provocacoes.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/lavagem_provocacoes.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2005.

referindo-se ao crime organizado, trata-se de uma “categoria frustrada, um rótulo sem utilidade científica, carente de conteúdo jurídico penal ou criminológico”.<sup>218</sup>

Os dois grandes expoentes do discurso acerca do crime organizado foram os Estados Unidos e a Itália.

Nos Estados Unidos, a noção de crime organizado nasce para estigmatizar a atuação “criminosa” de grupos étnicos, reflexo da “parmediana” visão americana acerca do “outro”.

Referindo-se ao discurso americano, assenta Juarez Cirino dos Santos:

Apesar do caráter mitológico, da ausência de conteúdo científico e da inutilidade jurídico-penal, o conceito americano de organized crime parece realizar funções políticas específicas, de incontestável utilidade prática: legitima a repressão interna de minorias étnicas nos Estados Unidos e, de quebra, justifica restrições externas à soberania de nações independentes, como mostra a recente política de intervenção americana na Colômbia, por exemplo, com o objetivo de impor diretrizes locais de política criminal que, de fato e na verdade, são formuladas para resolver problemas sociais internos do povo americano, determinados pela irracionalidade da política criminal oficial anti-drogas do governo daquele país.<sup>219</sup>

O crime organizado italiano, materializado na “máfia”, também oferece possibilidades analíticas semelhantes – o discurso do crime organizado como inimigo para encobrir bastidores simulados. Porém, por amor à brevidade e para não fugir dos objetivos propostos, fica apenas o registro do caso americano.

E no Brasil?

No discurso da mídia e da política nacional, o Brasil é excelente “hospedeiro” na relação parasitária imposta pelo crime organizado, marcado principalmente pelas desigualdades sociais e pela administração pública corrompida e burocratizada (por isso ineficiente).

---

<sup>218</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit.

<sup>219</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Crime organizado* in Palestra proferida no 1º Forum Latino-Americano de Política Criminal, promovido pelo IBCCRIM, de 14 a 17 de maio de 2002, Ribeirão Preto, SP.



A lavagem de dinheiro e o tráfico de drogas constituiriam o cotidiano de heróis (no sentido mitológico) pertencentes a organizações “altamente” organizadas como o PCC e o Comando Vermelho. Nem George Lucas teria tanta criatividade!

Mas o que estaria atrás do véu? Juarez Cirino desvela:

A experiência mostra que a resposta penal contra o crime organizado se situa no plano simbólico, como espécie de satisfação retórica à opinião pública mediante estigmatização oficial do crime organizado – na verdade, um discurso político de evidente utilidade: exclui ou reduz discussões sobre o modelo econômico neoliberal dominante nas sociedades contemporâneas e oculta as responsabilidades do capital financeiro internacional e das elites conservadoras dos países do Terceiro Mundo na criação de condições adequadas à expansão da criminalidade em geral e, eventualmente, de organizações locais de tipo mafioso. Na verdade, como assinala ALBRECHT, o conceito de crime organizado funciona como discursos encobridores da incapacidade política de reformas democráticas dos governos locais: a incompetência política em face de problemas comunitários estruturais de emprego, habitação, escolarização, saúde etc. seria compensada pela demonstração de competência administrativa na luta contra o crime organizado.<sup>220</sup>

Nota-se, portanto, embora não claramente, o desvio de finalidade das forças políticas, contra um inimigo que não é tão forte como aparenta.

Feitas estas considerações, fica evidente, portanto, que ao se referir a crime organizado, não se está referindo ao empírico e político uso que se faz do termo, mas à “verdadeira macrocriminalidade organizada”, na expressão que se utilizou acima, aquela responsável pelos verdadeiros danos sociais, enfronhada parasitariamente na estrutura estatal, corrompendo-a, utilizando da influência econômica e política para intervenções criminosas, mormente para a chamada “lavagem de dinheiro”, etc.

Esta sim, a ser combatida por modernos meios persecutórios, do qual há de ser incluir, ativamente, a atuação do *dominus litis* já na fase da instrução preliminar.

---

<sup>220</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit.

### 3.3 MINISTÉRIO PÚBLICO/POLÍCIA (JUDICIÁRIA) – DISTRIBUIÇÃO DA COMPETÊNCIA INSTRUTÓRIA

#### 3.3.1 Interpretação do Artigo 144 da Constituição Federal

A primeira questão levantada, relativa à distribuição de competências instrutórias entre o Ministério Público e a Polícia, diz respeito à correta hermenêutica do art. 144 da Constituição Federal.<sup>221</sup>

Uma interpretação rápida e literal (por isso mesmo equivocada) do dispositivo constitucional poderia conduzir a uma conclusão no sentido de que, na esfera federal, somente à Polícia Federal caberia a condução de instrução preliminar por meio dos respectivos inquéritos policiais.

Afinal, segundo a literalidade do texto, “à polícia federal incumbe exercer, **com exclusividade**, as funções de polícia judiciária da União”.

---

<sup>221</sup>Vale a pena a transcrição dos dispositivos pertinentes:

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;

(*omissis*)

IV – polícias civis;

§. 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira destina-se a:

I – apurar as infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme segundo dispuser a lei;

(*omissis*)

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

(*omissis*)

§. 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.

Porém, ao tratar da função de “apuração de infrações criminais”, o constituinte em nenhum momento fala em “exclusividade”.

Na verdade, o que fez o constituinte originário foi distinguir duas atividades: a apuração de infrações penais e o exercício da polícia judiciária (da União).

Os diversos constitucionalistas, quase à unanimidade, concordam que o constituinte não está adstrito a um rigor lingüístico, mormente de natureza jurídica. Como explica Clèmerson Merlin Clève, ao tratar da interpretação do citado dispositivo:

É fato que o sistema é textualmente formulado por legisladores e não por exímios técnicos em relação jurídica, razão porque não é de se estranhar que exceções a prescrições constitucionais apresentem-se em catálogos ou lugares normativos distintos, demandando sensibilidade e atenção ao intérprete. Neste passo, não é prudente afirmar que o sentido de determinada disposição isolada é absoluto, ainda que nela sejam utilizados termos delicados como “sempre”, “nunca”, “privativo”, “exclusivo”, etc. (*sic*)<sup>222</sup>

Infelizmente, a má técnica redacional em desconformidade com a precisão técnica dos conceitos não tem sido a tônica do legislador constituinte originário ou derivado.

É neste sentido que o constituinte parece ter distinguido os dois conceitos, até então tratados como sinônimos, ao menos pelos operadores do Direito: “onde a lei distingue, não cabe ao intérprete confundir!”<sup>223</sup>

De fato, doutrinariamente (Direito Administrativo) a instituição polícia é dividida em polícia administrativa, de segurança e judiciária. A polícia administrativa

---

<sup>222</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 10-11.

<sup>223</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Investigação criminal: Direito Comparado dá razão ao Ministério Público. *Revista Consultor Jurídico*, 01 set. 2005. Disponível em <<http://conjur.estadão.com.br/static/text/37554?display>>. Acesso em 05 de outubro de 2005. p. 4.

tem por objeto as limitações impostas a bens jurídicos individuais, destinada ao êxito da administração. A polícia de segurança é responsável pelo policiamento ostensivo. A polícia judiciária teria como tarefa a investigação criminal.<sup>224</sup>

Note-se que nem o exercício da ação penal é exclusivo. Embora a ação penal pública seja exercida privativamente pelo Ministério Público, o próprio constituinte previu a possibilidade da chamada “ação penal privada subsidiária”. Se nem o exercício da ação penal é exclusivo, não haveria razão para um exclusivo exercício da atividade preparatória dela, vale dizer, a condução de instruções preliminares.<sup>225</sup>

Assim, a exclusividade do texto constitucional opera em relação à atuação das funções de polícia judiciária (federal) e não para a apuração de infrações criminais, uma vez que a expressão apenas está inscrita na descrição da referida função, referente, portanto, tão somente ao inciso IV (isto, mesmo que literalmente).

Ao tratar das atribuições da Polícia Civil, que no sistema brasileiro divide as atribuições policiais judiciárias com a Polícia Federal, o constituinte não empregou a expressão “exclusividade”, tudo indicando que a “exclusividade” da Polícia Federal relaciona-se ao órgão policial judiciária equivalente-estadual, vale dizer, a Polícia Civil, e não em relação à apuração das infrações criminais.<sup>226</sup>

Interpretação diversa, no sentido que a apuração de infrações penais no âmbito federal, está sob a exclusiva atribuição da Polícia Federal, faria ruir, inclusive,

---

<sup>224</sup> Cf. TORNAGHI, Hélio. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho F. Editor, 1953. p. 256.

<sup>225</sup> Conforme preceitua Valter Foletto Santin (embora discordemos da graduação de importância entre o exercício da ação penal e a condução da instrução preliminar): “Se não há ‘privatividade’ ou ‘exclusividade’ no exercício de poder de maior relevância, a ação penal, inerente à soberania estatal, não é razoável que haja no poder estatal de menor relevância, a investigação criminal, especialmente porque a fase de investigação é facultativa para o exercício da ação penal e acesso ao Judiciário se a acusação possuir elementos suficientes da autoria e materialidade do crime para embasar a denúncia penal (arts. 19, parágrafo 5º e 40, do CPP). A Constituição Federal não condiciona o exercício da ação penal à realização de investigação policial. SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 61.

<sup>226</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Op. cit., p. 04.

todos os outros elementos de apuração de infrações penais, alguns até em sede constitucional, como é o caso, v. g., das Comissões Parlamentares de Inquérito, ou seja, fugiria de qualquer interpretação razoável do texto constitucional.

Como disse Wagner Gonçalves<sup>227</sup>, interpretação diversa “criaria uma ‘reserva de mercado’ e condição de procedibilidade da ação penal [sic], em benefício à impunidade”.

A atividade de polícia judiciária, doutrinariamente definida como atividade de apuração de infrações penais assume outros contornos. Mas, então, o que seria polícia judiciária para uma correta interpretação constitucional?

Não há outra interpretação além de considerar a atividade de polícia judiciária como a atividade desempenhada pelas Polícias como apoio (policial) das atividades desenvolvidas *in forum*, i. e., da atuação do poder judiciário (e do Ministério Público) na prática forense criminal, decorrentes, direta ou indiretamente, do exercício das atividades desenvolvidas nos respectivos processos penais. São exemplos destas atividades: escolta e guarda de presos em audiências, segurança das autoridades em eventuais diligências externas, apoio em diligências que inspirem maiores cuidados em termos de segurança dignatária, entre inúmeros outros exemplos.

Como ensina Marcellus Polastri Lima:

(...) as funções de polícia judiciária não se refletem necessariamente na apuração de crimes, cabendo também auxiliar a justiça criminal, fornecer informações necessárias à instrução e julgamentos de processos, realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público e cumprir mandados de prisão, na forma do art. 13 do CPP.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> GONÇALVES, Wagner. Reforma do Código de Processo Penal: anotações sobre investigação criminal. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 3, n. 30, p. 28, outubro 2000.

<sup>228</sup> LIMA, Marcellus Polastri. O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise da recente decisão do STF. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 12, n. 46, p. 375, jan./fev. 2004.

Neste sentido, ao nível federal, a atuação de apoio da Polícia Judiciária é exclusividade da Polícia Federal e não pode ser desempenhada pelas forças policiais de outras esferas de governo.

É este o mandamento constitucional contida na norma epigrafada.

Esta é a exegese empregada por Clèmerson Merlin Clève:

Não é outra a conclusão decorrente da interpretação do dispositivo constitucional senão a de que a exclusividade conferida à polícia federal se dá apenas em relação a outros órgãos policiais, e não em prejuízo dos demais mecanismos de apuração de infrações penais.<sup>229 230</sup>

E, ratificando a fuga de meras interpretações literais, complementa:

Frise-se que não se pretende aqui restringir a interpretação constitucional à técnica gramatical, olvidando os métodos mais festejados de otimização dos preceitos superiores. Assim, nem mesmo a regra da exclusividade da polícia federal deve ser entendida de forma absoluta.<sup>231</sup>

No mesmo sentido vide, *v. g.*, a lição de Luiz Alberto David de Araújo e Vidal

Serrano Nunes Júnior:

Merece destacada observação, porém, a dicção do inciso IV do parágrafo 1º do art. 144 da Lei Maior, onde se atribui à polícia federal 'exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União'. É que, por força do dispositivo em apreço, a polícia federal ficou impedida de celebrar convênios com outras entidades policiais para o cumprimento de suas funções de polícia judiciária.

Assim, quando o Ministério Público, por si, não lograr instrumentalizar-se para a persecução penal, só poderá fazê-lo através da polícia federal, posto que nenhum órgão policial poderá desempenhar funções de polícia judiciária da União.<sup>232</sup>

Fernando da Costa Tourinho Filho traz ainda outro ponto de vista, sempre no sentido da não exclusividade:

---

<sup>229</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 9.

<sup>230</sup> No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 92-93.

<sup>231</sup> Idem, ibidem.

<sup>232</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; Nunes Júnior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 346, 2002. Com a ressalva do entendimento pessoal do subscritor no sentido que a diferenciação não impõe uma proibição ao Ministério Público Federal de, eventualmente, contar com o apoio de forças (policiais) estaduais, especialmente as Polícias Militares dos Estados.

O preceito constitucional quis, apenas e tão-somente, dizer o que compete à Polícia Civil. O que o preceito constitucional quis, também, foi excluir aqueles delegados que não eram de carreira, muito comum nos Estados do Norte e Nordeste, Cabos e Sargentos da PM, normalmente exerciam as funções de Delegado de Polícia. Agora não. A função de investigar o fato típico não mais poderá ser por eles exercida. Se, por acaso, a Constituição dissesse que tal competência passaria a ser *privativa* da polícia, o entendimento seria outro.<sup>233</sup>

O citado autor talvez somente tenha se equivocado em enfatizar a região geográfica onde a (estranha) prática “policial” é comum (Norte e Nordeste). Aqui mesmo no Paraná a prática era muito habitual até recente data, e o que é pior, as funções não eram exercidas por policiais militares (sargentos, cabos, soldados, etc.), e sim por pessoas absolutamente alheias a qualquer serviço policial, muitas vezes sem remuneração oficial (sabe-se muito bem qual era a fonte de renda), bastando ser “apadrinhado” do político local.

Nesse contexto, surge com pertinente coerência a classificação apresentada por Valter Foletto Santin, diferenciando “polícia de investigação” e “polícia judiciária”.<sup>234</sup>

Para o referido autor, pelo novo perfil constitucional, as funções policiais podem ser denominadas “polícia de segurança pública”, que compreendem as atividades policiais de prevenção, repressão, investigação, vigilância de fronteiras e polícia judiciária.

Fugindo da chamada “doutrina tradicional”, que englobaria os dois conceitos, o novo regramento constitucional passa a distinguir as funções de investigação criminal (polícia de investigação) e as funções de cooperação e auxílio do Judiciário e do Ministério Público (polícia judiciária).

De fato, conforme visto ao tratar da nomenclatura da instrução preliminar, o

---

<sup>233</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 176.

<sup>234</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 54-56.

termo polícia judiciária não tem mais adequação atual, provindo de um tempo em que a Polícia Judiciária abrangia a atividade policial propriamente dita, bem como as atividades hoje exercidas pelo Ministério Público e pelo Judiciário.<sup>235</sup>

### 3.3.2 Situação Jurídica do Inquérito Policial, da Dispensabilidade à (Não) Exclusividade

Existem duas máximas (praticamente) indiscutíveis no sistema persecutório pátrio: o inquérito policial é dispensável, todavia a polícia é indispensável.

Não há dúvidas que qualquer organização social necessita de alguma entidade incumbida de funções “policiais”.

Mais proximamente, a instrução preliminar, por envolver a reconstituição de fatos delituosos, necessita, via de regra, de todo um aparato policial. Para além de uma crítica criminológica, embora em alguns crimes seja rara a necessidade de *manus militaris*, como ocorrem nos chamados crimes de colarinho branco, muitas vezes a criminalidade está vinculada à “possibilidade real de violência (física)”, sendo necessária uma atividade estatal policial na condução da instrução ou auxílio “policial judiciário”.

Nas palavras de Paula Bajer Fernandes Martins da Costa:

O mergulho do MP nas atividades de investigação acarreta à instituição problemas não previstos ou imaginados. Quando necessário o uso da força física, ou qualquer outro constrangimento na atividade de investigação – busca domiciliar – por exemplo -, a instituição precisará, necessariamente, da autoridade policial e do Juiz. Há atividades tipicamente policiais e muitas

---

<sup>235</sup> MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 198.



vezes imprescindíveis à apuração do crime e da autoria, que não constam das atribuições de MP. Seus membros não foram e não são preparados para elas, não se submetem a provas físicas para ingressar na carreira, não recebem aulas para utilização de armas de fogo. O MP tem poder de requisição, previsto na Constituição e nas leis. Pode investigar, até mesmo em função da titularidade da ação penal de iniciativa pública. Mas precisa da Polícia quando necessário abandonar a compreensão intelectual do delito, para alcançar o corpo de delito verificado na realidade.<sup>236</sup>

Aliás, a relação (jurídica) entre Polícia e Ministério Público é de mútua necessidade. Nas palavras de Antônio Padova Marchi Júnior e Caroline Scofield Amaral,<sup>237</sup> “a atuação conjunta do Ministério Público e da Polícia Judiciária é fundamental ... O Ministério Público precisa da atividade policial porque tem limitações de ordem funcional, técnica e de infra-estrutura. A Polícia Judiciária, por sua vez, não raramente precisa escudar-se na autonomia administrativa e funcional do Ministério Público para melhor desenvolver suas atividades de investigação.”

Por outro lado, conforme dito a pouco, o inquérito policial, na sistemática nacional, é uma peça dispensável à propositura da ação penal.

Embora não haja previsão expressa neste sentido, a dispensabilidade do inquérito policial pode ser extraída da exegese dos artigos: 4<sup>o</sup><sup>238</sup>, 12<sup>239</sup>, 28<sup>240</sup>, 39 (§ 5<sup>o</sup>)<sup>241</sup> e 46 (§ 1<sup>o</sup>)<sup>242</sup>, todos do Código de Processo Penal.

<sup>236</sup> COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a posição da polícia judiciária na estrutura do Direito Processual Penal brasileiro da atualidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 7, n. 26, p. 217-218, abr./jun. 1999.

<sup>237</sup> MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; AMARAL, Caroline Scofield. (Re)pensando a atribuição investigatória do Ministério Público: argumentos de ordem constitucional e limites funcionais. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, n. 46, ano III, p. 03-05, maio 2004.

<sup>238</sup> Art. 4<sup>o</sup>. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

<sup>239</sup> Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

<sup>240</sup> Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação 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.

<sup>241</sup> Art. 39.(...) Parágrafo 5<sup>o</sup>. O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 (quinze) dias.

A questão já está pacificada, doutrinária e jurisprudencialmente.

De fato, quando o Código de Processo Penal não exclui outras autoridades da condução de instrução preliminar; quando menciona o acompanhamento do inquérito na denúncia, como uma possibilidade; quando faz menção ao inquérito “ou” peça informativa; quando trata da “dispensa” do inquérito em crimes de ação penal pública condicionada à representação; quando menciona o prazo para oferecimento da denúncia na hipótese de haver a “dispensa” do inquérito policial. Em todas estas hipóteses está reiterando que, na sistemática pátria, o inquérito policial, para além de principal instrumento condutor da instrução preliminar processual penal, é dispensável.

Ora, sendo dispensável a instrução preliminar através do inquérito policial, e contando o Ministério Público com atribuições privativas de promoção da ação penal, e ainda, sendo a ação penal na sistemática nacional cercada pelo princípio da obrigatoriedade, parece óbvio (lógico e razoável) que o Ministério Público possa conduzir diretamente a instrução preliminar, máxime quando o próprio exercício (obrigatório) da ação penal, por circunstâncias diversas, sofrer qualquer influência que dificulte o “desvelamento” da verdade.

A propósito, muitos são os instrumentos instrutórios prévios diversos do inquérito policial, acerca dos quais pouquíssima ou nenhuma voz ousa discordar de sua legitimidade.

São verdadeiras instruções preliminares que, no mais das vezes apresentam como principal objetivo a apuração de delitos, outros que normalmente trazem à baila elementos probatórios de natureza criminal, embora apresentem finalidade imediata extra-penal. São as instruções preliminares extra-policiais.

---

<sup>242</sup> Art. 46 (...) parágrafo 1º. Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação.

São exemplos da primeira hipótese, instruções preliminares (extra-policiais) imediatas ou instruções preliminares (extra-policiais) propriamente ditas:

- Procedimentos policiais das casas legislativas;<sup>243</sup>
- Investigações de delitos praticados por magistrados;<sup>244</sup>
- Investigações de delitos praticados por membros do Ministério Público;<sup>245</sup>
- Inquérito Policial Militar;<sup>246</sup>
- Investigações praticadas pelo indiciado ou acusado;<sup>247</sup>
- Investigações procedidas por particulares;<sup>248</sup>
- Instrução preliminar envolvendo ato infracional;<sup>249</sup>

Ao lado dos anteriores, encontram-se procedimentos que, embora não tenham por roupagem primeira a figura da instrução prévia, por não buscarem a investigação de fatos delituosos, podem apresentar (e normalmente apresentam) elementos de cunho probatório penal. São as instruções preliminares (extra-policiais) mediatas:

- Jornalismo investigativo;<sup>250</sup>

<sup>243</sup> Vide, v.g., o artigo 269 do Regulamento Interno da Câmara dos Deputados.

<sup>244</sup> Art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

<sup>245</sup> Art. 18 da Lei Complementar n. 75/93.

<sup>246</sup> Código de Processo Penal Militar.

<sup>247</sup> Decorrência direta dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, mesmo que mitigada na fase da instrução preliminar.

<sup>248</sup> Com as limitações decorrentes da ausência de *múnus* público e portanto, ausência dos atributos coercitivos dos servidores e atos públicos.

<sup>249</sup> Vide art. 201, VII do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>250</sup> Em épocas de liberdade de imprensa, possível apresentar as palavras de Valter Foletto Santin:

“A própria característica do trabalho e comportamento normal do repórter, curioso e insatisfeito com os informes recebidos, ajuda na descoberta dos fatos... a grande agilidade de locomoção dos jornalistas e amplo acesso às informações locais, nacionais ou internacionais, tornam o trabalho investigatório muito mais célere e eficiente, desvendando rapidamente os fatos... A atuação da imprensa na descoberta de irregularidades do setor público é mundial, com inúmeros exemplos de efeitos positivos do trabalho. SANTIN, Valter Foletto. Ob. cit., p. 176-179.

- Inquérito civil (especialmente para apuração de ato de improbidade);
- Processos administrativos disciplinares;
- Autuações de funcionários sanitários, florestais, ambientais, fiscais e administrativos de maneira geral;

Isso apenas para citar alguns exemplos.

É evidente que não é necessário chegar ao extremo proposto por José Barcelo de Souza, no sentido de que “todo mundo pode investigar”,<sup>251</sup> porém, respeitadas as garantias e prerrogativas constitucionais e legais pertinentes, inúmeras instruções preliminares “extrapoliciais” são desencadeadas quotidianamente, sem maiores questionamentos doutrinários ou jurisprudenciais.

Estranho o fato de quando o *dominus litis* passa a desempenhar a presidência de instrução preliminar com vistas ao exercício da ação penal, sua missão constitucional, surjam inúmeras “vozes revoltas” no mundo jurídico.

Mais estranho ainda se observado um fato interessante. Bem analisados os fundamentos do impedimento do Ministério Público, nota-se um certo esvaziamento da proibição.

Pelo art. 47 do *Codex* Processual Penal, o Ministério Público, se julgar necessário maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los diretamente da autoridade.

Ora, pode pedir, oficialmente, informações à autoridade policial, mas não pode colher o seu depoimento (interrogatório)?

---

<sup>251</sup> SOUZA, José Barcelos de. Op. cit., p. 363.

Vide ainda do mesmo autor: Notas sobre o projeto referente ao inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 10, n. 38, p. 257-270, abr./jun. 2002.

Como questiona Sérgio Demoro Hamilton, qual a diferença que existe entre estes meios de prova?<sup>252</sup>

Um equívoco terminológico precisa ser sanado.

É que o inquérito policial e as diligências investigatórias caracterizam duas categorias distintas.

O inquérito policial continua sendo instrumento da Polícia para materializar a instrução preliminar policial. Esta atribuição, condução de inquéritos policiais, é privativa.

O Ministério Público não tem atribuição para condução de inquéritos policiais. A uma, se o Ministério Público os conduzisse não mais poderiam ser qualificados de “policiais”. A duas, não cabe ao Ministério Público sobrepujar a mera orientação e requisição de diligências e presidir o inquérito policial. O que se defende é que não há vedação ao Ministério Público de conduzir pessoalmente instruções preliminares (extrapoliciais), sem qualquer intuito de substituição às autoridades policiais, mas para a garantia do exercício privativo da ação penal.<sup>253</sup>

O equívoco de alguns, portanto, não está em afirmar que o Ministério Público não tem atribuições para condução de inquérito policial, mas que não tem atribuições para realizar, por intermédio de procedimentos próprios, “diligências investigatórias”,<sup>254</sup> *rectius*, presidir uma instrução preliminar própria e autônoma.

---

<sup>252</sup> HAMILTON, Sérgio Demoro. A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal. *Revista do Ministério Público/Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 6, p. 230, jul./dez. 1997.

<sup>253</sup> STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 79.

<sup>254</sup> LIMA, Marcellus Polastri. O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise da recente decisão do STF. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 12, n. 46, p. 383, jan./fev. 2004.

### 3.3.3 Análise Princiológica-Constitucional

Antes de tudo, considerar as funções instrutórias do Ministério Público ao lado da missão desenvolvida pela Polícia de investigação, significa atender ao mandamento constitucional da eficiência na Administração Pública.

Veja-se, por exemplo, a análise pontual de Paulo Gustavo Guedes Fontes, que remonta inclusive o tema das instruções extra-policiais visto a pouco:

Deve-se ter em mente que a Lei n. 8429/92 autorizou o Ministério Público a conduzir inquéritos civis para apurar atos de improbidade administrativa. Existem milhares deles espalhados pelo país, no Ministério Público Federal e estaduais, em que se apuram atos de corrupção, dispensa indevida de licitações, superfaturamento, etc., questões complexas do ponto de vista jurídico para as quais a Polícia nem sempre está preparada. Ao fim dessas investigações, o membro do Ministério Público dispõe de elementos suficientes para a propositura de ações civis por atos de improbidade administrativa. Pois bem, se as provas obtidas no inquérito civil indicarem também a prática de crime, devem ser consideradas imprestáveis para fins penais? Estará o procurador ou promotor proibido de ajuizar as ações penais cabíveis pelo fato de ter realizado as apurações? **Estaremos diante de um absurdo jurídico e prático, com afronta, inclusive, ao princípio constitucional da eficiência, que deve pautar todas as esferas estatais.**  
255

(grifo é nosso)

Outro princípio que nunca pode ser esquecido, embora muitas vezes o seja, é o da “universalização da investigação criminal”.

Afinal, a segurança pública não é direito e dever de todos?

Monopólio investigativo é característica ligada a Estados tirânicos, ditatoriais, circunstância incompatível com o Estado Democrático (de Direito).

Nas palavras de Valter Foletto Santin:

A polícia não é o único ente estatal autorizado a proceder à investigação criminal; não há exclusividade. O princípio é da universalização da investigação, em consonância com a democracia participativa, a maior

---

<sup>255</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. O poder investigatório do Ministério Público. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 2, n. 8, p. 135, jul./set. 2003.

transparência dos atos administrativos, a ampliação dos órgãos habilitados a investigar e a facilitação e ampliação de acesso ao Judiciário, princípios decorrentes do sistema constitucional atual. O reconhecimento do monopólio investigatório da polícia não se coaduna com o sistema constitucional vigente, que prevê o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º, Constituição Federal), o exercício da ação penal e o poder de investigar do Ministério Público (art. 129, I, III e VI, CF), o direito do povo de participar dos serviços de segurança pública (art. 144, *caput*, CF), função na qual a investigação criminal se inclui (art. 144, § 1º, I e § 4º, CF), o acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF) e o princípio da igualdade (art. 5º, *caput* e I, CF).<sup>256</sup>

Ou ainda, em outra passagem, conclui o autor:

Portanto, o Ministério Público tem o direito de efetuar investigações criminais autônomas, seja por ampliação da privatividade da ação penal, pelo princípio da universalização das investigações ou do acesso à Justiça ou direito humano da pessoa ser cientificada e julgada em tempo razoável (arts. 7º e 8º, da Convenção Interamericana de Direitos humanos, Pacto de San José), ou até por força do princípio do poder implícito, tudo em consonância com o ordenamento constitucional, o Estado Democrático de Direito, os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.<sup>257</sup>

O princípio também é implicitamente adotado por René Ariel Dotti, ao mencionar que a apuração dos crimes não é monopólio da polícia, “o delegado investiga; o agente investiga; o advogado investiga; o perito investiga. Por que não o Ministério Público?”<sup>258</sup>

Voltando ao princípio da eficiência administrativa, não se deve olvidar que a instrução preliminar presidida pelo Ministério Público e a conseqüente imediação com os elementos probatórios colhidos, é que melhor atende aos anseios de uma ação penal cognitivamente qualificada.

O princípio da imediatidade é a via pela qual Clauss Roxin defende a instrução preliminar a cargo do Ministério Público. Para o professor alemão, segundo o princípio da imediatidade que domina o processo penal, assim como o juiz

<sup>256</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 60.

<sup>257</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>258</sup> DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 08.

depende da instrução contraditória que dirige para proferir uma decisão, o Ministério Público depende, para formação do juízo de propositura, da coleta direta dos elementos de sua convicção, não sendo aceitável que não dirija a coleta desses elementos.<sup>259</sup>

Destarte, a participação ativa do Ministério Público na instrução preliminar, com a condução direta da fase preparatória, por vezes, acarreta, acima de tudo, melhoria da qualidade da futura ação penal e, conseqüentemente, desemboca na maior eficiência no desempenho do *munus* público constitucionalmente atribuído ao *Parquet*.

Dentre os co-partícipes e condutores da instrução preliminar, universal por natureza, o Ministério Público de maneira imediata e a sociedade mediatamente são os principais interessados, até porque atende ao princípio constitucional da eficiência, outrora implícito, hoje expresso no texto magno.

### 3.4 OUTROS CONTRA-ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS

Após apresentar os principais argumentos pelos quais se defende a atribuição instrutória do Ministério Público, a fim de dar maior consistência sistemática e coerência à exposição, mostra-se necessária a apresentação de “contra-argumentos” ao que se tem sustentado para defender o posicionamento contrário à “instrução probatória ministerial”.

---

<sup>259</sup> ROXIN, Clauss. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC, p. 40. Apud: BORGES, Edinaldo de Holanda. O sistema processual acusatório e o juizado de instrução. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v 02, n. 06, p. 47-56, jan./mar. 2003.



Obviamente muitos dos posicionamentos contrários já foram rebatidos no desenvolvimento do texto. É o que ocorre, por exemplo, com a principal argumentação utilizada, isto é, a falta de atribuições (constitucional e legal) ao Ministério Público e a (pseudo) exclusividade da instrução preliminar a cargo da Polícia (Judiciária).

Porém, restam ainda alguns que precisam ser mencionados e, conseqüentemente, rebatidos.

Este item tem por escopo, desta maneira, fechar sistemicamente a argumentação para “combater” teses que não foram diretamente afrontadas *supra*, para depois, antes ainda da conclusão, apresentar algumas argumentações discordantes, ou seja, argumentos apresentados correntemente, os quais, muito embora favoráveis às atribuições ministeriais, não parecem adequadas ou padecem de algum equívoco doutrinário, conforme será exposto no item subsequente.

#### 3.4.1 Distâncias Geográficas

Um dos mais frágeis argumentos utilizados para contrariar os poderes instrutórios do Ministério Público diz respeito às distâncias geográficas dos territórios nacionais. Como diz o poeta, um país-continental.

Outrora mais recorrente, parece que aos poucos tem sido abandonado, até mesmo pelos mais fervorosos partidários da tese contrária às atribuições investigatórias ministeriais.

A primeira menção aparece no item IV da exposição de motivos do Código de Processo Penal, onde, ao rebater a instauração do sistema do juizado de instrução, o Ministro Francisco Campos assim ponderou:

Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente. O preconizado juízo de instrução, que importaria em limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro de seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis.

As informações apresentadas são coerentes, contudo, totalmente descabido apresentá-las como argumentação contrária aos poderes instrutórios do Ministério Público.

Realmente, as distâncias geográficas nacionais dificultam a ingerência estatal em diversos campos, incluem-se as questões relativas à segurança pública.

Apenas para citar um exemplo particular. Em julho de 2004, a fim de combater as contemporâneas formas de escravidão ainda persistentes em solo pátrio, este subscritor participou diretamente de uma força tarefa, que contou com auxílio de diversos órgãos, como Força Aérea Brasileira, Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho e Polícia Federal, para detectar e tomar as devidas medidas em relação à possível prática delituosa desta natureza na região conhecida por “Irirí”, ou “Terra do Meio”, na parte central do Estado do Pará (onde alguns meses mais tarde ocorreu o homicídio da “irmã Dorothy Stang”).

Pois bem, para se chegar ao local, onde foram libertados 84 (oitenta e quatro) trabalhadores reduzidos à condição de escravo, foi preciso um deslocamento

aéreo de 2h (duas horas), partindo do município de Marabá/PA, com “escala” em São Félix do Xingu, parte em avião, parte em helicóptero.

De fato, o acesso ao local foi muito difícil, exigindo, inclusive, desembarque à altura em plena Selva Amazônica. Porém, partindo do exemplo tópico, algumas ponderações podem ser feitas.<sup>260</sup>

*Primus*, a tecnologia de transportes tem reduzido progressivamente as distâncias geográficas. O que poderia ser considerado de difícil acesso na década de 40, evidentemente não pode mais ser assim considerado nos dias atuais;

*Secundus*, a dificuldade do acesso aos locais de ocorrência criminosa são circunstâncias extraordinárias e as dificuldades que seriam enfrentadas pelo Ministério Público podem muito bem significar dificuldades de acesso também dos órgãos policiais. Ao contrário do que muitos pensam, não existem sedes de órgãos policiais investigatórios (Federal e civis) em todos os municípios brasileiros.

*Tertius*, defender os poderes instrutórios do Ministério Público não significa que toda a instrução ficaria a cargo do órgão ministerial, mas, como se tem dito, somente aquelas situações em que houver, por motivos diversos, perigo real ou potencial ao futuro e eventual exercício da ação penal, esta sim, atribuição privativa do Ministério Público. Além disso, como se tem sustentado, “missões policiais” devem ficar reservadas à polícia, o Ministério Público não é preparado para ações táticas, contudo, é justamente para auxílios como este que a Polícia torna-se imprescindível na estrutura persecutória penal.

---

<sup>260</sup> Antes porém um pequeno comentário. Para formação da opinião seria possível valer-se de relatórios confeccionados pelas demais autoridades presente, em especial na descrição das condições caracterizadoras do ilícito. Ao contrário, preferiu-se presenciar as circunstâncias para constatar a situação degradante vivida pelos “trabalhadores escravizados”. Ao invés de ler no relatório que a sensação térmica da região girava em torno de 50° C, que a comida era precária, que o acesso era difícil, que as condições eram, enfim, sub-humanas, preferiu-se constatar pessoalmente a situação. O procedimento seria inválido por isso? Ou pelo contrário, a opinião teria maior robustez?

Cumprе salientar, por oportuno, que a estrutura policial para cobertura de um espaço territorial abrangente é um fator que corrobora para a imprescindibilidade dos mecanismos policiais em auxílio às instruções preliminares desenvolvidas e só vem a confirmar o posicionamento favorável à “investigação ministerial”.

É um ponto positivo à instrução preliminar desenvolvida pela Polícia que, excepcional como tal, não tem o condão de inibir a iniciativa ministerial.

Neste sentido, Aury Lopes Júnior, defensor dos poderes instrutórios a cargo do Ministério Público, chega a apresentar como vantagem da instrução realizada pela Polícia “a abrangente presença e atuação policial, que lhe permite atuar em qualquer rincão do país, dos grandes centros urbanos aos povoados mais isolados”.<sup>261</sup>

Segundo o autor, este teria sido o principal motivo utilizado pelos legisladores do Código de Processo Penal, para a manutenção do inquérito policial, pois a realidade brasileira exigiria do juiz de instrução “vários dias de viagem”.<sup>262</sup>

Por óbvio, outra é a “realidade brasileira” se comparado ao Brasil de 1940.

### 3.4.2 A Falibilidade do Método Histórico de Interpretação

Um dos fortes argumentos contrários à “competência instrutória” do Ministério Público tem sido a argumentação histórica.

O Ministro Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, no voto que foi utilizado para apresentação histórica da controvérsia (vide introdução *supra*),

---

<sup>261</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Op. cit., p. 49.

<sup>262</sup> Iddem, *ibidem*.

procura demonstrar, segundo ele, várias circunstâncias em que o “processo da instrução presidido pelo Ministério Público” [sic] teria sido debatido e negado ao órgão ministerial, em sedes constitucional, legislativa e jurisprudencial.

O método histórico não é infalível e se torna frágil diante dos demais métodos de interpretação.

Como bem critica Friedrich Müller, “as regras de interpretação não podem ser isoladas como métodos autônomos por si”.<sup>263</sup>

Além disso, não existe método interpretativo que possa ser considerado mais ou menos adequado, como ensina outro Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau:

Quando interpretamos, o fazemos sem que exista norma a respeito de como interpretar as normas. Quer dizer, não existem aquelas que seriam meta-normas ou meta-regras. Temos inúmeros métodos, ao desfrute de cada um. Interpretar gramaticalmente? Analiticamente? Finalisticamente? Isso quer dizer pouco, pois as regras metodológicas de interpretação só teriam real significação se efetivamente definissem em que situações o intérprete deve usar este ou aquele método de interpretar. Mas acontece que essas normas nada dizem a respeito disso; não existem essas regras.<sup>264</sup>

Existe ainda outra circunstância que faz ruir o método histórico utilizado isoladamente. É a lição de Lenio Streck e Luciano Feldens ao tratar da “legitimidade da função investigatória do Ministério Público”, em confronto com a decisão contrária do Supremo Tribunal Federal:

Além dessa problemática relacionada à fragilidade de todo e qualquer método ou cânone utilizado para interpretar, *outra razão de ordem hermenêutica nos impele a discordar da decisão do Pretório Excelso*. Trata-se da velha discussão acerca da dicotomia texto-norma. Expliquemos, pois: historicamente, a doutrina e a jurisprudência têm passado a idéia de que o texto “carrega” consigo e exato sentido da norma, assim como se na vigência do texto já estivesse contida a validade da norma. *Isto significa cair*

<sup>263</sup> MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, p. 68-69, 1999.

<sup>264</sup> GRAU, Eros Roberto. A jurisprudência dos interesses e a interpretação do Direito. In João Maurício Adeodato (org.). *Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Universitária, 1996, p. 79.

*em uma espécie de fetichismo da lei. De há muito que FRIEDRICH MÜLLER desvelou essa questão, deixando assentado que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto, e que a norma não está contida no texto.*<sup>265</sup>

No mesmo sentido Clèmerson Merlin Clève<sup>266</sup> e Humberto Ávila<sup>267</sup>, respectivamente: “O texto é universo sobre o qual se debruça o operador jurídico. A norma, não se confundindo com o texto, é o resultado da operação hermenêutica”. “A interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto.”

Assim a norma é sempre produto da interpretação de um texto, não está contida nele, isto é, o mesmo texto legal pode “produzir” normas distintas.

Independente da situação precedente, o novo papel desempenhado pelo Ministério Público, aliado ao quadro da problemática “criminógena” atual<sup>268</sup>, ausente de uma política criminal efetiva, “exige” uma interpretação constitucional favorável à competência instrutória do *Parquet*.

Como revela Clèmerson Mèrlin Clève, “a legitimidade das diligências investigatórias do Ministério Público decorre da nova ordem constitucional e nela deva ser compreendida”.<sup>269</sup> Em outra passagem, “se das deliberações dos Constituintes não pode ser deduzida a proibição da ação ministerial no campo investigatório criminal, eis que tal ação decorre, naturalmente, da interpretação atualizada do texto constitucional vigente”.<sup>270</sup>

<sup>265</sup> STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 66.

<sup>266</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 02.

<sup>267</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23.

<sup>268</sup> Vide *supra*.

<sup>269</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 05.

<sup>270</sup> Idem, *ibidem*.

O método meramente histórico “fossiliza o Direito” em uma fusão texto-norma e provoca decisões distorcidas da realidade vivida.

É o método que mais pode levar a equívocos.<sup>271</sup>

Voltando à lição de Lenio Streck e Luciano Feldens.

Portanto, perde força hermenêutica qualquer interpretação que busque no desenvolvimento histórico da formação de determinado instituto a construção de uma *mens legislatoris* ou *mens legis*. Tal procedimento, de índole marcadamente historicista, mostra-se antitético com o que contemporaneamente se entende por hermenêutica. Quer-se dizer, o *historicismo esbarra nos câmbios de paradigma*; no caso do Direito, esse câmbio é evidenciado pelo advento de uma nova Constituição.

A validade do “método histórico”, nos termos em que está colocado, poderia levar o processo hermenêutico à produção de decisões absolutamente desconectadas da realidade.<sup>272</sup>

Por fim, e agora focando somente as palavras exaradas pelo Ministro Nelson Jobim, há de se considerar que em seu voto foram suprimidos os precedentes jurisprudenciais favoráveis à “investigação criminal” do Ministério Público.<sup>273</sup>

Alguns dos quais, inclusive, do próprio Supremo Tribunal Federal, e o que é pior, alguns emitidos pelo próprio Ministro Nelson Jobim, a exemplo do precedente que segue:

Habeas corpus. Processo penal. Sentença de pronúncia. Prova colhida pelo Ministério Público.

Incorre excesso de linguagem na sentença de pronúncia que apenas demonstra a existência de indícios claros e suficientes de autoria e motiva sucintamente a ocorrência de qualificadora do homicídio e remete ao Tribunal do Júri a do Júri a solução da questão.

**Legalidade da prova colhida pelo Ministério Público. Art. 26 da Lei 8.625/93. Ordem denegada.**<sup>274</sup>

(grifo é nosso)

<sup>271</sup> LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p. 373.

<sup>272</sup> STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 69-70.

<sup>273</sup> Vide, por exemplo, a jurisprudência colacionada por Lenio Streck e Luciano Feldens na obra citada, p. 72.

<sup>274</sup> STF -HC 77.371-3-SP, Segunda Turma, Relator Min. Nelson Jobim, j. 1.09.1998, DJ 23.10.98, p. 04.

Na época o Ministro relator, ao tratar do depoimento tomado diretamente pelo Ministério Público, fundamentou o voto alegando que “a Lei Orgânica do Ministério Público faculta a seus membros a prática de atos administrativos de caráter preparatório tendentes a embasar a denúncia.”

Ou seja, ou Sua Excelência mudou de idéia (o que seria salutar, só que poderia/deveria ser expresso neste sentido), ou mudou de assessor/estagiário, ou ainda, mudou de computador!

### 3.4.3 Uso Pirotécnico e Seletivo

Voz recorrente nos “críticos-críticos” do Ministério Público e, especialmente, tocante aos poderes instrutórios, diz respeito ao que pode ser chamado “uso pirotécnico e seletivo” da instrução preliminar.

A crítica é parcialmente correta.

De fato, infelizmente alguns membros do Ministério Público têm abusado dos poderes instrutórios, seja no campo da instrução preliminar processual penal, seja no campo instrutório civil, principalmente através de inquéritos civis por atos de improbidade.

No início do texto foi possível tecer uma análise crítica acerca do incorreto reflexo que o mau uso da - e pela - “imprensa” pode proporcionar em termos de garantias do indiciado.

Oportunas as palavras de Paulo Queiroz:



Carta a um jovem Promotor de Justiça

Caro Promotor: em resposta às indagações que me fizeste, segue o que penso a propósito.

Bem sabes que, dentre as relevantes funções que agora exerces, está a de acusar, tarefa das mais graves e difíceis, por certo. Pois bem, quando acusares – e tu o farás muitas vezes, pois o teu dever o exige – não esqueças nunca que sob o rótulo de “acusado”, “réu”, “criminoso” etc. há sempre um homem, nem pior nem melhor do que ti; lembra que nosso crime em relação aos criminosos consiste em tratá-los como patifes (Nietzsche). Evita incorrer nessa censura! Acusa, pois, dignamente, justamente, humanamente!

Lembra que, entre os teus deveres, não está o de acusar implacavelmente, excessivamente, irresponsavelmente. Se seguires a Constituição, como é teu dever, e não simplesmente a tua vontade, atenta bem que a tua função maior reside na defesa da ordem jurídica e do regime democrático (CF, art. 127), e não da desordem jurídica, nem da tirania. E defendê-la significa, entre outras coisas, fazer a defesa intransigente dos direitos e garantias do acusado, inclusive; advogá-lo é guardar a própria Constituição, é defender a liberdade e o direito de todos, culpados e inocentes, criminosos e não criminosos.

Por isso, sempre que te convenceres da inocência do réu, não vacila em pugnar por sua pronta absolvição, ainda que tudo conspire contra isso; faz o mesmo sempre que a prova dos autos ensejar fundada dúvida sobre a culpa do acusado, pois, como sabes, é preferível absolver um culpado a condenar um inocente. **Ousa, portanto, defender as garantias do réu, ainda que te acusem de mau-acusador, ainda que isso te custe a ascensão na carreira ou a amizade de teus pares.** Assim, sempre que o teu dever o reclamar, não hesita em impetrar habeas corpus, em recorrer em favor do condenado, em endossar as razões do réu, e jamais te aproveita da eventual deficiência técnica do teu (suposto) oponente: luta, antes, pela Justiça! Lembra, enfim, que és Promotor de Justiça, e não de injustiça!

E quando te persuadires da correção do caminho a trilhar, segue sempre a tua verdade, a tua consciência, não cede à pressão da imprensa, nem de estranhos, nem de teus pares; sê fiel a ti mesmo, pois quem é fiel a si mesmo não trai a ninguém (Shakespeare), porque não cria falsas expectativas nem ilusões.

Trata a todos com respeito, com urbanidade; sê altivo com os poderosos e compreensivo com os humildes; lembra que quem se faz subserviente e se arrasta como verme não pode reclamar de ser pisoteado (Kant).

**Evita o espetáculo, pois não és artista de circo nem parte de uma peça teatral; sê sereno, sê discreto, sê prudente, pois não te é dado entregares a tais veleidades;**

Estuda, e estuda permanentemente, pois não te é lícito o acomodamento; não esqueças que toda discussão tecnológica encobre uma discussão ideológica; lê, pois, e aplica as leis criticamente; não olvidas que teu compromisso fundamental é com o Direito e a Justiça e não só com a Lei;

Não te julgues melhor do que os advogados, servidores, policiais, juízes e partes, nem melhor do que teus pares;

Não colocas a tua carreira acima de teus deveres éticos nem constitucionais;

Vigia a ti mesmo, continuamente, mesmo porque onde houver uso de poder haverá sempre a possibilidade do abuso, para mais ou para menos; antes de denunciar o argueiro que se oculta sob olhos dos outros, atenta bem para a trave que te impede de te ver a ti mesmo e a teus erros; lembra que as convicções são talvez inimigas mais perigosas da verdade que as mentiras, e que a dependência patológica da sua óptica faz do convicto um fanático (Nietzsche);

Não te esqueças de que, por mais relevantes que sejam as tuas funções, es servidor público, nem mais, nem menos, por isso sê diligente, sê probo, sê forte, sê justo!  
Cordialmente,  
Paulo Queiroz  
(Procurador Regional da República)<sup>275</sup>  
(grifo é nosso)

Os casos isolados são excepcionais e não pode macular a atividade ministerial. Se na realidade “tupiniquim” atividades desviantes fossem sinônimo de falibilidade, não haveria sequer atividade estatal.

Além disso, na instrução preliminar a cargo exclusivo da Polícia também é possível observar (talvez em maior grau) o mesmo uso pirotécnico da imprensa e seletivo de casos especiais.

Basta citar como exemplo o fato de muitas operações, mesmo como processo de origem crivado de segredo de justiça, são acompanhados “ao vivo” por veículos de comunicação de massa.

Quanto ao uso seletivo, basta lembrar que na realidade nacional dificilmente os prazos de inquérito policial são cumpridos. Assim, o uso seletivo é utilizado na agilização de alguns procedimentos em detrimentos de outros “de menor impacto”.

Em suma, a crítica é desfocada na medida em que se trata de uma circunstância excepcional e cabível tanto a instrução preliminar a cargo do Ministério Público quanto a cargo da Polícia.

---

<sup>275</sup> Carta confeccionada pelo Procurador Regional da República Paulo Queiroz, disponibilizada na Rede interna de Procuradores da República.

### 3.4.4 A Questão da Imparcialidade

Durante muito tempo alegou-se que a condução da instrução preliminar direta pelo Ministério Público poderia afetar a imparcialidade do órgão ministerial na cognição relativa à formação da *opinio*.

Neste sentido o professor Luiz Alberto Machado:<sup>276</sup> “basta o Ministério Público ter *participado* (não feito, dirigido) as investigações, para que fique impedido de atuar no processo crime. Isso porque, em sendo autor, as investigações restariam imprestáveis, por inconstitucionalidade; e seriam irrecuperáveis, frutos que seriam da árvore envenenada (*poisonous tree*).”

A crítica também aparece na obra da Rogério Lauria Tucci:

Ademais – e como, embora noutra angulação, igualmente, pontua -, a “acusação formal, clara e fiel à prova, é garantia de defesa, em Juízo, do acusado. Espera-se, então, do acusador público, imparcialidade. Tanto que se permite arguir-lhe a suspeição, impedimento, ou incompatibilidade com determinada causa penal. É o que se encontra na lei do processo. Dirigir a investigação e a instrução preparatória, no sistema vigorante, pode comprometer a imparcialidade. Desponta o risco da procura orientada de provas, para alicerçar certo propósito, antes estabelecido; com abandono, até, do que interessa ao envolvido. Imparcialidade viciada desatende à Justiça.”<sup>277 278</sup>

A argumentação, no entanto, não merece acolhida.

Como leciona Hugo Nigro Mazzili:

(...) inexistente impedimento para que o promotor que investigou os fatos ou oficiou no inquérito policial possa ajuizar a conseqüente ação penal ou nela

<sup>276</sup>MACHADO, Luiz Alberto. Op. cit., p. 45-59.

<sup>277</sup>TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 41.

<sup>278</sup>No mesmo sentido: COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público. *Revista de Direito Administrativo aplicado*, n. 2, Curitiba, p. 447-451, 1994; FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os “procedimentos investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 37, p. 241, 2002; VIEIRA, Luiz Guilherme. O Ministério Público e a investigação criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46, p. 307 e ss, 2004; FERREIRA, Orlando Miranda. Inquérito policial e o Ato Normativo 314 – PGJ/CPJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 45, p. 257, 2003.

oficiar: é pacífico o entendimento segundo o qual a atuação do Ministério Público, na fase do inquérito policial, tem justificativa na sua própria missão de titular da ação penal, sem que se configure usurpação da função policial ou venha a ser impedimento a que ofereça a denúncia.<sup>279</sup>

A questão tomou os tribunais até que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula de número 234, *in verbis*: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Na atualidade a questão tem retornado à baila e volta a ser utilizada por alguns dos partidários da posição contrária aos poderes instrutórios do Ministério Público.

Contudo, parte de uma premissa equivocada, qual seja, a situação jurídica do Ministério Público na relação jurídica processual.

A posição do Ministério Público na relação jurídico-processual é uma posição *sui generis*, como já ensinava Carnelutti:

Il pubblico ministero, certamente, è una parte, al confronto Del giudice; ma una parte *sui generis*; se si dicesse impropria, questo sarebbe forse l'aggettivo piú adeguato. L'improprietà esta in questo Che la parte subisce il provvedimento Del giudice, il quale dispone intorno al suo interesse; ma il pubblico ministero no è ponto um interessato. Più di una volta, a propósito Del confronto tra parte e giudice, io ho ricordato, parafrasandola, uma frase famosa: partes nascuntur, iudices fiunt. Ora, il pubblico ministero è una parte artificiale, non una parte naturale.<sup>280</sup>

Ou ainda, na lição de Frederico Marques:

Não há que se falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação: existiria, aí, um *bis in idem* de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório, deve o promotor atuar como parte, pois se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado.

<sup>279</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 166.

<sup>280</sup> .CARNELUTTI, Francesco. *Principi del Processo Penale*. Napoli: Morano Editore, 1960, p. 42.

Em segundo lugar, o que caracteriza o conceito de parte não é a parcialidade ou imparcialidade, e sim a titularidade de direitos próprios em relação ao conteúdo do processo e a contraposição à função de dirimir o conflito de interesse e julgar.<sup>281</sup>

É claro que ao membro do Ministério Público não cabe uma acusação destemperada e desmedida no sentido que cabe ao Ministério Público buscar a aplicação da lei penal a qualquer custo.

Na lição de Paulo Gustavo Guedes Fontes:

(...) a imparcialidade que se exige do membro do Ministério Público é aquela de cunho pessoal (*impessoal*) proibindo que o acusador seja parente do juiz ou das partes, seu amigo íntimo ou inimigo capital, etc.; do ponto de vista funcional, a imparcialidade é incompatível com a função do acusador público.<sup>282</sup>

Tudo isto (e) leva o *Parquet* a uma situação toda especial que não passou despercebida aos olhos de René Ariel Dotti, citando Piero Clamandrei, ao prefaciar a obra de Cândido Furtado Maia Neto:

Em todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, deveria ser tão parcial como um advogado, e como guarda inflexível da lei deveria ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor a sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.<sup>283</sup>

Nas oportunas palavras de Paulo Rangel, “diferente do que muitos pensam, ou até mesmo diferente do que muitos membros do Ministério Público fazem, a persecução penal exercida pelo órgão ministerial é feita muito mais em nome dos

---

<sup>281</sup> MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 51.

<sup>282</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Op. cit., p. 02.

<sup>283</sup> MAIA NETO, Cândido Furtado. *O promotor de justiça e os Direitos Humanos*: acusação com racionalidade. Curitiba: Juruá, 2000.

direitos e garantias fundamentais da pessoa humana do que em prol da obtenção, simples, do resultado favorável da pretensão acusatória.<sup>284</sup>

Vale lembrar, ademais, que nas causas de nulidade enumeradas pelo art. 564 do CPP, não há a previsão de impedimento ou suspeição do membro do Ministério Público, “o que, por mais um motivo, afasta a possibilidade da arguição de nulidade processual” a participação, *a fortiori*, condução da instrução preliminar.<sup>285</sup>

### 3.4.5 O Outro Lado da Imparcialidade

A questão da possível imparcialidade do Ministério Público, por vezes recebe outra crítica que é antagônica ao item anterior, ou seja, a constatação da parcialidade ministerial.

Alguns críticos partem da premissa que o Ministério Público, por ser parte, isto é, devida a parcialidade, não pode presidir a instrução preliminar, pois tenderia a realizar uma “investigação tendenciosa”.

É a posição, por exemplo, de Marco Antônio Azkoul:

Quando a Polícia Judiciária apura uma infração penal, objetivando a busca da verdade real, dirigida ou presidida por delegados de Polícia, o faz com imparcialidade ... não podendo haver interferência do Ministério Público mais do que inadmissível e ilegal ela será suspeita, principalmente se igual oportunidade não for dada à defesa. [...] Uma das partes não poderá ter privilégio de ‘orientar’ a prova sem a participação da outra.<sup>286</sup>

---

<sup>284</sup>RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 64.

<sup>285</sup>LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. Op. cit., p. 441.

<sup>286</sup>AZKOUL, Marco Antônio. *A polícia e sua função constitucional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1998.

Outros chegam a falar que o Ministério Público, acumulando as funções de investigar e acusar, transformar-se-ia em um super-poder, com plena desigualdade entre as partes.<sup>287</sup>

A crítica também não tem cabimento.

Preliminarmente, enquanto não for instaurada a ação penal, i. e., na fase na instrução preliminar, procedimento de cunho “predominantemente” inquisitorial, não há o que se falar em “parte”, no sentido jurídico-processual do termo.

Como visto no item anterior, a parcialidade ministerial decorre apenas do fato de ser “parte acusatória” da relação jurídico-processual, não se trata de uma parcialidade funcional.

Além disso, não há qualquer elemento plausível (científico) que aponte para uma maior isenção do órgão policial. Pelo contrário, muitas práticas policiais demonstram que as autoridades policiais tendem a justificar (juridicamente) os atos praticados na instrução preliminar, fator de maior “tendência desvirtuante” do que a alegada parcialidade do agente ministerial.

Oportuna, novamente, as palavras de Paulo Gustavo Guedes Fontes:

A fragilidade do ... argumento reside no fato de creditar à Polícia, em detrimento do Ministério Público, real possibilidade de realizar uma investigação imparcial. Tanto quanto o Ministério Público, os membros da Polícia são funcional e psicologicamente comprometidos com a persecução penal. Pela forma prática como intervêm no sistema, protagonizando a luta por vezes de vida ou morte contra a criminalidade e exercendo a força física legal, no dizer de Weber, os policiais estariam até menos inclinados a reconhecer e respeitar os direitos dos investigados.<sup>288</sup>

---

<sup>287</sup> GRANZOTTO, Cláudio Geoffroy. Investigação direta pelo Ministério Público: não consonância com a sistemática do Processo Penal Constitucional. *Jus navegandi*, Teresina, a. 9, n. 843, 24 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7466>>. Acesso em: 09 nov. 2005, p. 06.

<sup>288</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Op. cit., p. 03.

Ambos, Ministério Público e Polícia são “interessados” na apuração dos fatos.

Como adverte Clèmerson Merlin Clève,<sup>289</sup> ao mencionar a crítica sob exame, “a concepção de imparcialidade merece cuidados e deve afastar posições ingênuas a respeito da natureza humana.”

As autoridades policiais, vale lembrar, não detém as mesmas garantias e prerrogativas ministeriais, o que os “vulnerabiliza” a eventuais pressões políticas. “Quando o constituinte conferiu ao membro do Parquet independência funcional similar à dos juizes, não foi apenas para que possa *acusar* livre de pressão, mas também para que possa *deixar de acusar*, se razão jurídica não houver.”<sup>290</sup>

#### 3.4.6 A Alegada Separação entre as Funções de Investigação e Julgamento

Um ponto recorrente nas vozes contrárias aos poderes instrutórios do Ministério Público, diz respeito a um alegado princípio da separação entre as funções estatais de investigação, acusação e julgamento.

O princípio tem origem do Direito Francês, o qual, baseado no sistema do juizado de instrução apresenta contornos totalmente diversos do nacional.

A separação foi insculpida inicialmente no *C'ode d'Instruction Criminelle* de 1908, pelo qual “quem acusa não instrui e quem instrui não julga”.

---

<sup>289</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 18.

<sup>290</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Op. cit., p. 03.



Alguns tentaram, artificialmente, transportar esta noção ao sistema pátrio, substituindo a função desempenhada pelo juiz de instrução, pela Polícia Judiciária. A analogia não é possível.

Nos países sujeitos ao juizado de instrução, normalmente o Ministério Público não “investiga” pois ela fica a cargo do juiz responsável, para o qual dispõe de amplos poderes, podendo decretar prisões, expedir mandados, etc.

No Brasil, nem a Polícia, nem o Ministério Público detêm tais poderes instrutórios, sempre necessitando de prévia autorização judicial, pois tais poderes estão adstritos à chamada “reserva jurisdicional”, daí ser incabível a analogia realizada.

Nos países de juizado de instrução, não há qualquer impedimento ou barreira entre as funções acusatória e investigativa, tanto é que normalmente nestes países a Polícia age sob a direção e coordenação do Ministério Público, como visto ao tratarmos do Direito Comparado.

Desta forma, não há relação entre a separação das funções de acusação, instrução e julgamento dos juzados de instrução, com a acusação, *investigação* e julgamento, do sistema pátrio.

Acompanhando o mesmo raciocínio, assim conclui Clèmerson Merlin Clève:

O debate constituinte do qual não resultou, entre nós, a adoção do sistema do juizado de instrução não determinante para solução da questão da constitucionalidade da atuação do Ministério Público envolvendo a realização de certas diligências em investigação criminal. *Primeiro*, pela ressalva da interpretação constitucional adequada; *segundo* porque mesmo que tivesse sido adotado tal modelo, não se impediria a controvérsia instaurada, que está cingida ao binômio acusação/investigação, e não ao binômio acusação/instrução.<sup>291</sup>

---

<sup>291</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 13.

### 3.4.7 Falta de Controle

Outro argumento bastante utilizado seria a falta de controle das atividades ministeriais, transformando-o em uma instituição fiscalizadora, mas não sujeita à fiscalização, podendo realizar a instrução preliminar a cavaleiro de qualquer direito ou garantia constitucional, principalmente no tocante ao prazo de instrução.

Vide, por exemplo, Paulo Sérgio Leite Fernandes:

O grande problema da extravagante potencialização do Ministério Público ... é o quase endeusamento da instituição, dando-se-lhe estrutura perigosamente afastada do princípio que exige, até no mais simples comportamento do ser humano em sociedade, a existência de um ser, um alguém, uma coletividade, um poder qualquer, a lhe cinturar a atividade, censurando-a externamente. A censura é, certamente, inclusive no plano psiquiátrico, fenômeno inafastável da consciência. A ausência de censura conduz à perda dos marcos delimitadores de comportamento adequado. Transportado isso para o âmbito da instituição, verifica-se que suas lideranças, nos idos da época em que se desenvolviam os debates sobre a Constituição de 1988, montaram gigantesca estrutura no Congresso, obtendo resultado que transformou o Ministério Público em Corporação ferreamente fechada a investidas externas, de forma a impedir, com certeza absoluta, qualquer tentativa de se lhe ultrapassar as muralhas.<sup>292</sup>

Alguns chegam a mencionar, inclusive, que formar-se-ia uma “ditadura ministerial”<sup>293</sup> ou a formação de uma instituição super poderosa.<sup>294</sup>

O argumento também não merece guarida.

Como todo e qualquer ato estatal, as atividades do Ministério Público estão sujeitas à eventual apreciação judicial.

Além disso, pelo nosso sistema, as medidas que importem sacrifício de direitos, somente podem ser deferidas mediante prévio consentimento judicial. É o

---

<sup>292</sup> FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Reforma do Código de Processo Penal: breve análise de anteprojetos remetidos ao Congresso. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 31, n. 72, p. 81-82, jan./jun. 2001.

<sup>293</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 84.

<sup>294</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 3ed., São Paulo: RT, 2004, p. 74.

que se verifica nos casos de buscas e apreensões domiciliares, prisões (preventiva e temporária), monitoramentos telefônicos, quebras de sigilo de dados íntimos (fiscal, telefônico e bancário), etc.

Até mesmo a formação da *opinio* está sujeita à esfera judicial, afinal, cabe ao Judiciário o juízo de recebimento ou não da peça acusatória.

Agora, em relação prazo do procedimento, a tese merece ser parcialmente acolhida, mas com certas ressalvas.

De fato, alguns membros do Ministério Público têm abusado do poder instrutório e, por vezes, instruções preliminares são instauradas e instruídas por prazos prolongados, mantendo suspensa *ad perpetuam* a “Espada de Dâmocles”, em flagrante descompasso com as garantias constitucionais.

Porém, para estes casos (excepcionais), continua a disposição dos interessados a via judicial para a apreciação da razoabilidade do lapso temporal transcorrido, através do qual, eventualmente os prazos (legais) do Inquérito Policial poderão ser utilizados como parâmetro analógico.

Por outro lado, a prática cotidiana demonstra que os prazos dos inquéritos policiais raramente são respeitados. Os constantes pedidos de dilação têm sido a regra, provocando a mesma situação que se pretende atacar, i. e., o exagerado transcurso de tempo, sem que qualquer voz atacasse o poder instrutório da autoridade policial por conta disso.

Por fim, vale lembrar que no âmbito correccional dos diversos Ministérios Públicos estaduais e do Ministério Público Federal, foram “baixadas” medidas administrativas para a regulamentação das atividades instrutórias, nos quais a preocupação com o prazo procedimental tem sido a tônica.

Em épocas em que se começava a discutir o controle externo do Judiciário e Ministério Público, Sérgio Demoro Hamilton apresentou interessantes conclusões:

É de indagar-se: e a Polícia fica sujeita a que controle?

O Ministério Público, quando oferece a denúncia, submete-a ao exame do judiciário, que pode rejeitá-la (art. 43 do CPP). Quando requer o arquivamento, cabe ao juiz, como controlador do princípio da obrigatoriedade da ação penal, examinar se o caso comporta a providência alvitrada pelo *Parquet* (art. 28 do CPP). Mesmo nos casos de atribuição originária, o Procurador-Geral de Justiça não dispõe de poderes absolutos, já que sua decisão de arquivamento das peças de informação fica sujeita a recurso do legítimo interessado para o Colégio de Procuradores de Justiça (art. 12, XI, da Lei 8.625, de 12/02/93, LONMP).

Que dizer da chamada ação privada subsidiária da pública, consagrada no art. 29 do CPP, e que, na atualidade, integra o elenco dos direitos individuais da Constituição Federal (art. 5º, LIX). É outra modalidade de controle externo a que está sujeito o Ministério Público, quando, não importa o motivo, o órgão do *Parquet* não promove, no prazo legal, a ação pública a que está obrigado. Em tal hipótese, o particular legitimado para agir pode promover a ação penal, suprindo, assim a inércia do órgão de atuação do Ministério Público.

A presença do assistente do Ministério Público (art. 268 a 273 do CPP) surge como outra modalidade de controle externo do *Parquet*, notadamente quando apela na hipótese contemplada no art. 598 do CPP. Ali permite-se o recurso do ofendido ou de qualquer das pessoas enumeradas no art. 31 da lei processual penal, ainda que nenhuma delas tenha promovido a sua habilitação como assistente no decurso da ação penal.<sup>295</sup>

Hoje, em épocas de Conselho Nacional do Ministério Público o controle (externo) fica ainda mais evidente.

Outra forma explícita de controle dos atos ministeriais é bem lembrada pelo ex-Procurador Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles. Trata-se do princípio (constitucional) do promotor natural:

(...) bem assentado ficou **a relevância** do trabalho investigatório do Ministério Público, seja em que instância processual for.

A afirmação do princípio do **Promotor Natural** é o escudo protetivo deste mister, por sua vez refletindo ... , o Princípio Constitucional da **Independência Funcional**.

Assim, porque constitucionalmente dotado de independência funcional – que **não** deve traduzir, nem estimular o trabalho **solitário, ilhado, possessivo** do membro do Ministério Público em **infrutífera contemplação egocêntrica** – o membro do Ministério Público tem a plena garantia de ser,

<sup>295</sup> HAMILTON, Sérgio Demoro. Op. cit., p. 239.

por sua consciência e ciência, **aquele que se legitima a definir**; segundo **prévios e impessoais critérios de distribuição**, o que lhe é posto.<sup>296</sup>

Tudo leva a concluir, portanto, pela insuficiência do argumento falta de controle, principalmente pelos meios legais já disponíveis para a proteção de interesses eventualmente lesados e pela preocupação dos órgãos ministeriais no “controle” de excepcionais abusos.

#### 3.4.8 Formação de uma Polícia Paralela

Alguns críticos da competência instrutória do Ministério Público afirmam que a instrução prévia a cargo do Ministério Público acarretaria a formação de uma “Polícia Paralela”; que ao invés de um maior garantismo na instrução preliminar, a intromissão ministerial estaria “policializando” o Ministério Público.

De fato, a intervenção ministerial na atividade investigatória deve ser feita com cautela. Como se tem constantemente dito, o membro do Ministério Público não tem formação policial, não podendo perder de vista esta limitação.

É para isso que a atividade policial continua imprescindível como eventual apoio à instrução preliminar desenvolvida no âmbito do Ministério Público.

A instrução ministerial é supletiva e não substitutiva do inquérito policial, cabível, como dito, nos casos em que o exercício (obrigatório) da ação penal esteja, real ou potencialmente, ameaçado por razões diversas.

---

<sup>296</sup> FONTELES, Cláudio Lemos. A divulgação do procedimento investigatório: Alcance Criminal? *Boletim dos Procuradores da República*, v. 4, n. 43, p. 7, nov. 2001. Vide ainda, do mesmo autor: Reflexões em torno do Princípio do Promotor Natural. *Revista da Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ano 2, n. 4, p. 88 e ss, jul./dez. 1994.

O Ministério Público não pretende substituir a Polícia, pelo contrário, depende dela para sua atuação, o que se busca na realidade é apenas a garantia do pleno exercício da atuação constitucionalmente estipulada.

A alegada (e infelizmente verificada) competição institucional tem que ser substituída pela idéia de “cooperação institucional”.

Há um claro distanciamento entre Polícia e Ministério Público, em detrimento dos objetivos comuns. Como diagnostica René Ariel Dotti:

(...) os sistema adotado em nosso País deixa muito a desejar quanto à eficiência e agilidade das investigações. E o maior obstáculo para alcançar estes objetivos decorre da falta de maior integração não somente das categorias funcionais da Polícia Judiciária e do Ministério Público como também de seus integrantes. Observa-se, lamentavelmente e em muitas circunstâncias, a existência de um *processo de rejeição* que parece ser genético.<sup>297</sup>

Ou como prognostica Ela Wiecko Volkmer de Castilho: “Polícia Judiciária e MP não devem disputar o poder de investigar, mas estabelecer uma conduta articulada a fim de apurar de modo eficaz as infrações penais, principalmente aquelas que causam maior dano à sociedade”.<sup>298</sup>

#### 3.4.9 Necessidade de Emenda Constitucional e Falta de Previsão Legal

Alguns alegam que a instrução prévia a cargo do Ministério Público dependeria de uma Emenda Constitucional, e que em razão disso não haveria

---

<sup>297</sup> DOTTI, René Ariel. *Ministério Público, Direito e Sociedade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986, p. 135-136.

<sup>298</sup> CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Op. cit., p. 05.

previsão legal para a presidência direta de instrução preliminar.

Na primeira hipótese, argumenta Rogério Lauria Tucci, o qual, após apresentar as funções constitucionalmente atribuídas ao Ministério Público e à “Polícia de investigação”, conclui pela falta de atribuição constitucional instrutória ao Ministério Público e conseqüente necessidade de Emenda Constitucional que atribuísse tal tarefa.<sup>299</sup>

Em outro trecho, respaldando-se na “distribuição das funções estatais”, conclui:

Em suma, os referenciados regramentos constitucionais determinam, destacadamente, os campos de atuação de cada uma dessas instituições estatais atuantes na *persecutio criminis*, distinguindo entre a atividade investigatória, atribuída à Polícia Judiciária, e a dela provocatória e supervisora, concedida ao Ministério Público.<sup>300</sup>

Quanto a falta de previsão legal, além do já citado Rogério Lauria Tucci,<sup>301</sup> há as ponderações de Antônio Scarance Fernandes:

O avanço do Ministério Público em direção à investigação representa caminho que está em consonância com a tendência mundial de atribuir ao Ministério Público, como sucede em Portugal e Itália, a atividade de supervisão da investigação policial. Entre nós, contudo, depende-se ainda de previsões específicas no ordenamento jurídico positivo, evitando-se incertezas a respeito dos poderes do promotor durante a investigação.<sup>302</sup>

No mesmo sentido as obras de Antônio Evaristo de Moraes Filho<sup>303</sup> e Guilherme de Souza Nucci.<sup>304</sup>

---

<sup>299</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 74-76.

<sup>300</sup> Idem, p. 30.

<sup>301</sup> Idem, p. 31-33.

<sup>302</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 3ed., São Paulo: RT, 2002, p. 254-255.

<sup>303</sup> MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. Op. cit., p. 105.

<sup>304</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 73-74.

Considerando, contudo, que no transcorrer do texto tem-se apresentado entendimento contrário, diga-se antagônico, no sentido de permissão constitucional e legal para a presidência de instruções preliminares diretamente pelo Ministério Público, despiciendo maiores considerações cabendo, tão somente, o registro destas obras que encerram entendimento contrário, para além das outras que estão sendo enumeradas no corpo de texto.

### 3.5 PSEUDO-ARGUMENTOS

Como dito anteriormente, com o objetivo de dar um contorno sistêmico à exposição, mister apresentar os argumentos que, malgrado favoráveis à autorização para a instrução preliminar a cargo do Ministério Público, não merecem guarida por padecerem de algum equívoco em seus pressupostos, por isso pseudo-argumentos.

A linha traçado, agora, fecha-se em um círculo (sistemático). Após a apresentação da posição favorável aos “poderes instrutórios” do Ministério Público e, após rebater os argumentos discordantes, eis que é chegada a ora de contrariar alguns posicionamentos os quais, conquanto favoráveis à posição ativa do Ministério Público, contrapõem-se aos fundamentos exarados, e, portanto, merecem algumas considerações.

O primeiro é o de que a maior participação do Ministério Público na instrução preliminar proporcionaria uma maior celeridade nas investigações.

É o posicionamento defendido, entre outros, por Valter Foletto Santin:



A celeridade é um princípio processual buscado incessantemente pelas normas jurídicas modernas, para permitir o rápido acesso ao Judiciário e o conseqüente fornecimento da prestação jurisdicional.

Em regra, as investigações policiais são demoradas e ultrapassam constantemente o prazo legal de 30 dias para a sua conclusão, com inúmeros e sucessivos pedidos de prazo. A rapidez no desfecho das investigações ocorre nos casos de prisão em flagrante, dada a exigüidade temporal para a conclusão dos trabalhos (10 dias).

A demora na elucidação dos fatos dificulta a atividade do Ministério Público de movimentação da ação penal.

A celeridade da atividade poderá ser alcançada pela aproximação do Ministério Público aos trabalhos de investigação criminal, possibilitando a rápida atividade de oferecimento de denúncia e o início da ação penal, com a conseqüente possibilidade de rapidez e eficiência na prestação jurisdicional.<sup>305</sup>

Não há dúvida que a celeridade processual é um valor a ser buscado sem interrupções.

Também não há dúvida que, via de regra, os prazos para conclusão dos inquéritos policiais são extrapolados através de incessantes pedidos de prorrogação.

Contudo, não há nenhuma base empírica para afirmar que a instrução preliminar a cargo do Ministério Público mudaria este panorama.

A morosidade jurisdicional, *a fortiori*, das instruções preliminares, decorre muito mais por dificuldades estruturais do que pela sujeição ativa da atividade. As dificuldades no quadro de pessoal, tanto do Ministério Público como do Judiciário e da Polícia, parece ser endêmica na atividade administrativa nacional.

Como se tem defendido, a atuação ministerial, para além de não prescindir dos mecanismos policiais, há de ser encetada em circunstâncias especiais, quando o exercício da ação penal estiver, por alguma circunstância real ou potencial, afetado.

No sistema atual, não há qualquer proibição da aproximação do Ministério Público na instrução encetada pela Polícia, muito pelo contrário, é uma situação até

---

<sup>305</sup> SANTIN, Valter Foletto. Op. cit., p. 260.

exortada pelos diversos órgãos ministeriais, além do mais, é até possível a designação especial do Procurador-Geral para este acompanhamento.

Pelo exposto, não há como concordar que a instrução preliminar presidida pelo Ministério Público, por si só, contribuiria significativamente para a celeridade das investigações. Ao que tudo indica, a celeridade é proporcionada por fatores outros, sobre os quais não releva a sujeição passiva.

Outro argumento recorrente é no sentido que a instrução preliminar sob a responsabilidade exclusiva da Polícia a transforma em *dominus litis*.

Neste sentido, entre outros, Guilherme Soares Barbosa e Ela Wiecko Volkmer de Castilho, respectivamente:

(...) se for compreendido que o Ministério Público é um órgão estático, mero observador e repassador das informações repassadas pela polícia, e considerando ainda o princípio da obrigatoriedade, ter-se-á uma verdadeira ditadura da polícia. Esta terá o poder indireto e incontrolável em matéria de arquivamento, pois colhe a prova que bem entender e o *Parquet* é obrigado, com base nesta prova, a oferecer denúncia ou promover o arquivamento.[...] O Ministério Público e o Poder Judiciário tomam conhecimento do que a polícia quer e como ela quer.<sup>306</sup>

(...) o monopólio da polícia relativamente à investigação e coleta de provas e indícios criminais. Na prática é a transformação da Polícia em *dominus litis*. Sim, porque de nada serve ao MP ter o monopólio da ação penal pública, se quem decide o quê, como e quando deve ser objeto de ação penal é a Polícia.<sup>307</sup>

O monopólio policial da instrução preliminar não chega a tanto.

O sistema atual já permite uma atuação ministerial bastante efetiva na instrução a cargo da Polícia. Os poderes requisitórios do Ministério Público, mesmo que realizados *a posteriori*, já impedem a dita ditadura da Polícia, afinal, mais cedo

---

<sup>306</sup> BARBOSA, Guilherme Soares. O Ministério Público na investigação criminal. *Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 11, p. 137, jan./jul. 2000.

<sup>307</sup> CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Op. cit., p. 03.

ou mais tarde, o Ministério Público acaba tendo contato com os elementos probatórios colhidos.

Agora, tema interessante diz respeito à “não abertura de inquérito policial”. Neste ponto parece salutar que o “controle externo da atividade policial” tenha nesta conduta (omissiva) um dos principais eixos de atuação.

De fato, o chamado controle externo da atividade policial tem como fonte observatória a não abertura de procedimentos instrutórios, esta sim, atividade que merece apertado controle do Ministério Público.

Assim, os mecanismos existentes já dão conta e proíbem a “transformação da Polícia em *dominus litis*”. Além do mais, o que se defende não é a transferência da instrução preliminar da Polícia ao Ministério Público, mas a atividade supletiva ministerial em casos de ameaça ao exercício da ação penal, nos casos justificáveis para tal.

O mesmo raciocínio ainda serve para outro argumento, por vezes utilizado e que merece correção, vale dizer, que a atuação ministerial proporcionaria a prevenção e correção de falhas no trabalho policial.

Não há nenhuma base para afirmar que a instrução preliminar a cargo do Ministério Público seria de melhor qualidade do que o desenvolvido pela polícia, qualquer afirmação neste sentido soaria corporativista.

A única certeza é que a instrução preliminar atenderia melhor aos anseios daquele que exerce a ação penal, pois que diretamente realizada pelo Ministério Público. É por isso, essencialmente, que a atividade ministerial na condução de instrução preliminar, para a qual conta com a permissão legal e constitucional, pode realizar atividade preliminar supletiva.

São duas instituições que vivem situações próprias e diferenciadas, cada uma delas sujeita a mecanismos legais de controle.

O controle externo, por si só, já permite a suscitada melhoria do serviço policial, não havendo relação direta com a presidência da instrução preliminar, ao menos necessariamente.

Outro elemento argumentativo que merece ser rebatido diz respeito aos desvios funcionais da Polícia.

Como suscita Arthur Pinto de Lemos Júnior:

Os agentes policiais são muito mais acessíveis à corrupção, não só pelo menor nível cultural, nomeadamente os carcereiros e investigadores de polícia, como também pelo baixo salário existente.

(...)

Outrossim, como é cediço, a atuação de organizações criminosas compreende a corrupção de funcionários públicos e, com muita ênfase, a de policiais civis e militares. De acordo com os estudos feitos pelo sociólogo.

(...)

Se é certa a existência de policiais no meio criminoso organizado, não há dúvidas também que esse quadro real coloca em risco a segurança pública e os serviços de relevância pública, exigindo por parte do Ministério Público providências sempre urgentes e rigorosas, notadamente pela inércia institucional do Poder Judiciário, que na grande maioria das vezes limita-se a colher informação do crime e enviá-lo ao Setor da Corregedoria da polícia civil ou militar.<sup>308</sup>

A corrupção é um sério problema nas organizações policiais, isto é fato.

Se fosse possível graduar a corrupção no serviço público, seria possível afirmar que a corrupção policial é a mais torpe e danosa, pois alimenta e é alimentada por toda uma rede criminosa.

Revoltante tomar conhecimento que, por vezes, parte da contabilidade de organizações criminosas são “estatisticamente” moldadas para separar o percentual “normalmente” utilizado para “subornos”, especialmente no tocante ao tráfico ilícito de entorpecentes.

---

<sup>308</sup> LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto, Op. cit., p. 432.

Mas aqui cabe a mesma contra-argumentação. Não há relação direta e necessária entre a instrução preliminar a cargo do Ministério Público e a diminuição da corrupção policial.

Segundo o entendimento esposado, a mera notícia de algo semelhante já motivaria, por si só, a presidência de uma instrução preliminar a cargo do Ministério Público, pois neste caso, real ou potencialmente, o exercício da ação penal estaria ameaçado.

O argumento parte de duas premissas equivocadas que precisam de uma vez por todas ser banidas da “ideologia extra-policial nacional”.

A primeira é que o Ministério Público é incorruptível. Que é menos suscetível a corrupção não há dúvida, mas que não seria suscetível ao torpe ato, não se pode afirmar categoricamente.

O segundo é no sentido de que os órgãos corregedores policiais são omissos.

Aproveitando da experiência profissional deste autor, após mais uma década de serviço policial, muitos dos quais em trabalho de corregedoria, e após atentas observações e incursões no serviço fiscalizatório interno das diversas organizações policiais, pode-se afirmar, categoricamente, o contrário. O combate à corrupção parece ser também uma grande preocupação interna dos organismos policiais.

Dar voz de prisão a um “colega policial” nunca foi uma experiência agradável, mas é um ato que, feliz ou infelizmente, não é tão incomum na vida administrativa policial dos profissionais sérios que via de regra compõem tanto o quadro policial quanto os quadros do Ministério Público. A experiência profissional em ambas instituições permite uma posição analítica privilegiada.

Na mesma esteira, após o exercício da magistratura castrense, é possível afirmar que, no caso dos policiais militares, a persecução penal militar chega a ser sobejamente mais rigorosa que a persecução penal comum.

Não há razão nem espaço para conjecturas corporativas, de lado a lado, que precisam estar distante de qualquer discurso sincero no âmbito científico.

#### 4. CONCLUSÃO

A questão dos poderes investigatórios do Ministério Público tem demonstrado uma intensa mobilização nos diversos setores nacionais, jurídicos ou não. Imprensa, meio acadêmico, prática forense criminal, órgãos governamentais e não-governamentais, nacionais e estrangeiros, enfim, toda uma séria de instituições envoltas na problemática questão.

As corporações interessadas utilizam-se de meios diversos para fazer prevalecer os entendimentos pertinentes. Como em um duelo medieval, Ministério Público e Polícia (à cavaleiro alguns setores da Ordem dos Advogados do Brasil) travam aberta “batalha” por poder instrutório.

As discussões corporativas, parciais por natureza, devem ficar alheias a qualquer texto de cunho científico. Mais uma vez a experiência profissional deste signatário, que pôde acompanhar, de perto, ambas as instituições nacionais, permite uma posição privilegiada, talvez mais próxima a uma isenção de *animus*.

Quanto às questões corporativas, urge uma definição clara da problemática, seja em termos legislativos, seja em termos jurisprudenciais.

Na doutrina e jurisprudência parece prevalecer a possibilidade investigatória do *Parquet*.

O Supremo Tribunal Federal está prestes a decidir um caso emblemático que poderá vincular todo o Judiciário nacional. Atualmente o quadro está “favorável” ao Ministério Público em painel de 3X2. Como em uma partida de futebol, muitos parecem ser os “expectadores a espera do apito final, torcendo a cada gol, diga-se, a cada voto de um Ministro”.

Malgrado o exposto, não há dúvida que a legislação constitucional e infraconstitucional confere poderes instrutórios ao Ministério Público.

Além da competência plena direta, não haveria logicidade em conferir ao *Parquet* a atribuição privativa da ação penal pública sem dotá-lo dos meios necessários para o seu exercício.

Em casos onde o exercício da ação penal pública esteja ou possa estar afetada, não há sombra de dúvidas que o Ministério Público está dotado de competências instrutórias.

O amor ao Estado Democrático de Direito não permite outra conclusão.

Circunstâncias diversas existem que podem afetar eventual e futura ação penal. Pense-se, por exemplo, na apuração de delitos envolvendo agentes policiais, quiçá Delegados de Polícia, ou envolvendo altas e “influentes” autoridades da administração pública, mormente no campo estritamente político. Qualquer lógica ecoaria no comprometimento, ao menos potencial, da instrução policial exclusiva.

A blindagem institucional atribuída ao Ministério Público, o que não ocorreu (ainda) com os órgãos policiais, permite uma atuação com presumível isenção.

Se a história legislativa nacional não favorece os poderes instrutórios, o Direito Comparado Contemporâneo, diferentemente, mostra o contrário.

Mundo afora, a instituição Ministério Público tem se fortalecido e apresentando importantes resultados.

No Brasil, passos importantes foram dados, especialmente na esfera de tutela coletiva (civil).

Resta uma verdadeira estrutura persecutória penal, onde, aliás, a instituição Ministério Público historicamente se fortaleceu, a começar pela real definição de seus poderes instrutórios prévios, mesmo que de maneira supletiva.



Não carece uma subordinação hierárquica da Polícia ao Ministério Público, senão uma subordinação diretiva, afinal, toda a atuação policial visa, mediatamente, fornecer os elementos de convicção ao agente ministerial natural da causa penal, nada mais óbvio que possa guiar, ou efetuar pessoalmente, as diligências.

O combate à “nova” criminalidade, assim como o novo paradigma criminológico, são absolutamente compatíveis com um Ministério Público forte e atuante na instrução preliminar e definitiva.

A realidade brasileira é farta em exemplos práticos de ótimos resultados da atuação ministerial nesta fase pré-processual.

A quem interessaria um Ministério Público passivo, mero intermediário entre a Polícia e o Judiciário, senão aos agentes favorecidos pela impunidade?

O tema ainda está aberto, afora algumas manifestações corporativas, suspeitas por natureza, existem argumentações coerentes em diversos planos.

Não se pode aceitar as palavras de Rogério Lauria Tucci no sentido de que as manifestações favoráveis ao *Parquet* são realizadas tão somente por integrantes da carreira.

Ora, existem membros do Ministério Público favoráveis e alguns contra os poderes investigatórios, assim como ocorre entre os diversos operadores do Direito, nas diversas classes.

Apenas para citar dois exemplos de peso entre advogados, René Ariel Dotti e Clèmerson Merlin Clève foram intensamente citados nesta obra como fervorosos defensores dos poderes investigatórios. O professor Clèmerson, inclusive, segundo consta, atuará como *amicus curiae* na ação constitucional interposta.

Destarte, a discussão não é só corporativa, mas séria e coerentemente debatida pelos diversos setores nacionais, sobrepujando o círculo jurídico.

Assim, em conclusão, o Ministério Público tem competência para presidir sua própria instrução preliminar (processual penal) nos casos em que, efetiva ou potencialmente, o exercício da ação penal esteja ameaçado.

## 5 REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; Nunes Júnior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Solange. Motivo do crime: propina. *Época*, n. 290, p. 44-46, 08 dez. 2003.

AZIZ FILHO. Estouro na banca. *Isto é*, n. 1614, p. 39-40, 06 set. 2000.

AZKOUL, Marco Antônio. *A polícia e sua função constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998.

BANDARRA, Leonardo Azeredo. Investigação pelo Ministério Público. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 1331, Caderno Direito e Justiça, p. 03, out. 1999.

\_\_\_\_\_. Investigação pelo Ministério Público. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 14680, Caderno Direito e Justiça, p. 01, jul 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos, 3 ed., Rio de Janeiro: Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARBOSA, Guilherme Soares. O Ministério Público na investigação criminal. *Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 11, p. 129-140, jan./jul. 2000.

BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública. Papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2 ed., 2003.

BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 19 ed., 2000.

BICUDO, Hélio Pereira. A investigação criminal. *Revista da Universidade Católica de Campinas*. V. 15, n. 34, p. 37-53, dez. 1971.

BORGES, Edinaldo de Holanda. O sistema processual acusatório e o juizado de instrução. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v 02, n. 06, p. 47-56, jan./mar. 2003.

CALAMANDREI, *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provedimento Cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

\_\_\_\_\_. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CARELI, Gabriela. Gravação perigosa. *Isto é*, n. 1605, p. 32-33, 05 jul. 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. México:Episa, 1997.

\_\_\_\_\_. *Principi del Processo Penale*. Napoli: Morano Editore, 1960.

CARVALHO, Paulo Pinto. Uma incursão do Ministério Público à luz do direito comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética. *Ministério Público, Direito e Sociedade*. Porto Alegre:Fabris, p. 82-89, 1986.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Investigação criminal pelo Ministério Público. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 01, n. 11, p. 03-05, mar. 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2 ed. São Paulo:RT, 1995.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Crime organizado* In Palestra proferida no 1º Fórum Latino-Americano de Política Criminal, promovido pelo IBCCRIM, de 14 a 17 de maio de 2002, Ribeiro Preto, SP.

COLOMER, Juan-Luis Gomez. *El Proceso Penal Aleman – introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, p. 72-74, 1985.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a posição da polícia judiciária na estrutura do Direito Processual Penal brasileiro da atualidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 7, n. 26, p. 213-220, abr./jun. 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público. *Revista de Direito Administrativo aplicado*, n. 2, Curitiba, p. 447-451, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Investigação criminal e Ministério Público. *Jus navegandi*, Teresina, a. 8, n. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760>>. Acesso em 09 nov. 2005.

CUNHA, Luiz Cláudio. O mandante. *Isto é*, n. 1775, p. 32-33, 08 out. 2003.

CUNHA, Luiz Cláudio; DINIZ, Weiller. Vampiro na campanha. *Isto é*, n. 1809, p. 26-31, 09 jun. 2004.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferra. Democratização da Justiça – atuação do Ministério Público. *Justitia*, n. 127, p. 42-49.

DELMAS-MARTY, Mireille. El proceso penal en Europa: perspectivas. *Revista del Poder Judicial*, n. 37, 2ª época, p. 79-91, marzo 1995.

DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mário, *et alii*. *Procedura Penali d'Europa*. Padova: Cedam, 1998.

DERRIDA, Jaques. *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*. *Cardoso Law Review*. v. 11. juy/aug. 1990. Number 5-6, p. 920-1045.

DÍAZ, Carlos Alberto Chiara. Nuevo sistema de enjuiciamiento penal em la Provincia de Buenos Aires. In: Jorge Eduardo Buompadre (coord.). *Derecho Penal, Derecho Processual Penal: homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*. Buenos Aires: abeledo-perrot, p. 235-244, 1997.

DINIZ, Weiller. *Impressos Digitais*. *Isto é*, n. 1680, p. 41-42, 12 dez. 2001.

DOTTI, René Ariel. O desafio da investigação criminal. *Boletim IBCCRIM*, vol. 12, n. 138, p. 08, maio 2004.

\_\_\_\_\_. *Ministério Público, Direito e Sociedade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2 ed., Petrópolis: Vozes, 2002.

DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*. Carl Schmitt, Hans Kelsen ad Hermann Heller in Weimar. Oxford: Osford University Press, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A investigação criminal direta pelo Ministério Público e a inexistência de impedimento/suspeição para o oferecimento da denúncia. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, v. 8, n. 10, janeiro-dezembro 1999.

FELDENS, Luciano. Sigilo bancário e Ministério Público: da necessária coabitação entre as Leis Complementares 105/01 e 75/03. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 5, n. 56, p. 12-14, dezembro 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 3. ed., São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Reforma do Código de Processo Penal: breve análise de anteprojetos remetidos ao Congresso. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 31, n. 72, p. 73-85, jan./jun. 2001.

FERREIRA, Orlando Miranda. Inquérito policial e o Ato Normativo 314 – PGJ/CPJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 45, p. 257, 2003.

FILGUEIRAS, Sonia. A bola de neve. *Isto é*, n. 1543, p. 26-30, abr. 1999.

FOLGADO, Antônio Nobre. Breves notas sobre o processo penal italiano. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, ano 4, n. 35, p. 36-38, outubro-novembro de 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *O poder entre o Direito e a "Norma": Foucault e Deleuze na Teoria do Estado*, In *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FONTELES, Cláudio Lemos. Investigação preliminar: significado e implicações. *Boletim dos Procuradores da República*. n. 35, março de 2001.

\_\_\_\_\_. A divulgação do procedimento investigatório: Alcance Criminal? *Boletim dos Procuradores da República*, v. 4, n. 43, p. 7-8, nov. 2001.

\_\_\_\_\_. Reflexões em torno do Princípio do Promotor Natural. *Revista da Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ano 2, n. 4, p. 88, jul./dez. 1994.

\_\_\_\_\_. Capacidade investigatória do Ministério Público. *Correio braziliense*, Brasília, n. 13145, Caderno Direito e Justiça, p. 7, 17 maio 1999.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Investigação criminal: Direito Comparado dá razão ao Ministério Público. *Revista Consultor Jurídico*, 01 set. 2005. Disponível em <<http://conjur.estadão.com.br/static/text/37554?display>>. Acesso em 05 de outubro de 2005.

\_\_\_\_\_. O poder investigatório do Ministério Público. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 2, n. 8, p. 133-136, jul./set. 2003.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 27ª ed., Petrópolis: vozes, 1987.

FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os “procedimentos investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 37, p. 241 e ss, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, vol. 2, n. 2, Penal y Estado.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal Português Anotado*. 10 ed., Coimbra: Almedina, 1999.

GONÇALVES, Wagner. Reforma do Código de Processo Penal: anotações sobre investigação criminal. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 3, n. 30, p. 27-29, outubro 2000.

GRANZOTTO, Cláudio Geoffroy. Investigação direta pelo Ministério Público: não consonância com a sistemática do Processo Penal Constitucional. *Jus navegandi*, Teresina, a. 9, n. 843, 24 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7466>>. Acesso em: 09 nov. 2005.

GRAU, Eros Roberto. A jurisprudência dos interesses e a interpretação do Direito. In. João Maurício Adeodato (org.). *Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Universitária, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A instrução processual penal em Ibero-América. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, p. 242-257, [s. d.].

\_\_\_\_\_. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, vol. 1, p. 1/41, janeiro-março/1993.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre factibilidade e validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.



HABIB, Sérgio. O poder investigatório do Ministério Público. *Consulex: revista jurídica*, v. 7, n. 159, p. 14-16, agosto 2003.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

\_\_\_\_\_. A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal. *Revista do Ministério Público/Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 6, p. 226/243, jul./dez. 1997.

HENDLER, Edmund S. *Sistemas Procesales Penales Comparados: Los Sistemas Nacionales Europeos. Temas Procesales Comparados*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997.

INCARATO, Márcio Antônio. Função do Ministério Público na repressão ao crime atribuições, poderes e meios de atuação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 63, n. 462, p. 312-321, abril 1974.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KRIEGER, Gustavo. A vez dos procuradores. *Época*, v. 3, n. 117, p. 42-43, 14 ago. 2000.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, fascículo penal, São Paulo, v. 91, n. 795, p. 411-451, janeiro 2002.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. Os poderes investigatórios do Ministério Público: o caso Banestado. *Correio Brasiliense*, Brasília, Caderno de Direito e Justiça, n. 14890, p. 02, 23 fev. 2004.

LIMA, Marcellus Polastri. O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise da recente decisão do STF. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 12, n. 46, p. 371-390, jan./fev. 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001

\_\_\_\_\_ . A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, v. 26, n. 78, p. 43-74, jun. 2000.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACHADO, Luiz Alberto. Conversa com a polícia judiciária. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 01, n. 04, p. 45-59, Curitiba: Juruá Editora, 2000.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *O promotor de justiça e os Direitos Humanos: acusação com racionalidade*. Curitiba: Juruá, 2000.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; AMARAL, Carolline Scofield. (Re)pensando a atribuição investigatória do Ministério Público: argumentos de ordem constitucional e limites funcionais. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, n. 46, ano III, p. 03-05, maio 2004.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2 ed. Campinas: Millennium Editora, 2000.

\_\_\_\_\_ . *Tratado de Direito Processual Penal*. Vol 1, São Paulo: Saraiva, 1980.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_ . *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_ . *Introdução ao Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MEIRELES, Andrei. Quadrilha de sanguessugas. *Época*, n. 314, p. 28-31, 24 maio 2004.

MEIRELES, Andrei; KRIEGER, Gustavo. Mãos limas à brasileira. *Época*, n. 292, p. 30-34, 22 dez 2003.

MIRANDA, Ricardo. Um juiz acima da lei. *Isto é*, n. 1633, p. 40-41, 17 jan. 2001.

MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 19, p. 105, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NASCIMENTO, Raquel Branquinho P. Mamede. Aspectos investigativos dos crimes contra o sistema financeiro nacional, de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 4. n. 42, p. 20-28, outubro 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*, 3 ed., São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Achiles Benedito de. Itamar vetou e o fez muito bem. *Jornal de Brasília*, Brasília, n. 6387, p. 02, 27 jul. 1993.

\_\_\_\_\_. Polícia e Ministério Público. *Correio Brasiliense Brasília*, n. 13196, Caderno Direito e Justiça, p. 02, 05 jul 1999.

OLTRAMARI, Alexandra. Quem precisa de inimigos? *Veja*, v. 37, n. 21, p. 36-41, 26 maio 2004.

PEREYRA, Rita Mill de. Juicio oral: nuevo rol de los sujetos procesales. In: Jorge Eduardo Buompadre (coord.). *Derecho Penal, Derecho Processual Penal: homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*. Buenos Aires: abeledo-perrot, p. 291-302, 1997.

POLICARPO JÚNIOR. Mais perguntas e nenhuma resposta. *Veja*, v. 37, n. 14, p. 38-43, 7 abril 2004.

PRADO, Antônio Carlos. A guia da cobra. *Isto é*, n. 1809, p. 52-56, 09 jun. 2004.

PROENÇA, Luiz Roberto. Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América. In. Antônio Augusto de Mello Camargo Ferraz (coord.). *Ministério Público: Instituição e Processo*. São Paulo: Atlas-IEDC, 1997.

PROPATO, Valéria. Dentro de casa. *Isto é*, n. 1571, p. 30-31, nov. 1999.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo horizonte: Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. *A histeria que mata*. Disponível em <[http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/histeria\\_que\\_mata.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/histeria_que_mata.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2005.

\_\_\_\_\_. *Lavagem de dinheiro e os advogados*. Disponível em <[http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/lavagem\\_provocacoes.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/lavagem_provocacoes.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2005.

RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 2. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*. Nova Fronteira, 1983.

REMÉDIO, Alberto Esteves. Sobre o inquérito e o projecto de código de processo penal. *Revista do Ministério Público*, cadernos, n. 2, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa: editorial Minerva, p. 105-113, 1988.

RIBEIRO, Diego Diniz. A intervenção do Ministério Público na investigação criminal: a figura do promotor-investigador. *Boletim IBCCRIM*, v. 10, n. 121, dezembro 2002.

RIBEIRO JÚNIOR, Amaury. Começa a devassa. *Isto é*, n. 1754, p. 32-34, 14 maio 2003.

\_\_\_\_\_. A vez do corregedor. *Isto é*, n. 1745, p. 32-34, 12 mar. 2003.

ROBINSON, Jeffrey. *A Globalização do crime*. Trad. de Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

ROCHA, Claudionor. A Polícia e o Ministério Público. *Correio Brasiliense*, Brasília, n. 13182, Caderno Direito e Justiça, p. 05, 21 jun. 1999.

ROCHA, Leonel, Conexão Libanesa, *Isto é*, n. 1782, p. 36-38, 26 nov. 2003.

\_\_\_\_\_. Transporte de dólares. *Isto é*, n. 1673, p. 24-27, 24 out. 2001.

ROSA, Ana Cristina. A nudez ultrajante. *Época*, v. 03, n. 132, p. 74-75, 27 nov. 2000.

RUBIO, José Maria Paz *et alii*. *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Del Jurado*. 7ª. Ed, Madrid: colex, 1995.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. Bauru: EDIPRO, 2001.

\_\_\_\_\_. *Crime organizado* in Palestra proferida no 1º Fórum Latino-Americano de Política Criminal, promovido pelo IBCCRIM, de 14 e 17 de maio de 2002.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da; ARAÚJO, Maria Emília Moraes de; CORRÊA, Paulo Fernando. Ainda e sempre a investigação criminal direta pelo Ministério Público. *Jus navegandi*, Teresina, a. 3, n. 31, mai. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1054>>. Acesso em: 09 nov. 2005.

SILVA, Kédyna Cristiane Almeida. As políticas criminais contemporâneas: ênfase nas reformas dos sistemas processuais europeus. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, V. 02, n. 08, p. 99-120, jul./set. 2003.

SILVA, Sonia. Ministério Público poderá coordenar investigações. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 36663, p. 29, 06 março 1994.

SIMON, John Anthony. Considerações sobre o Ministério Público americano. *Revista dos Tribunais*, v. 640, São Paulo, p. 8, 1989.

SOUZA, José Barcelos de. Investigação direta pelo Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 11, n. 44, p. 361-371, jul/set, 2003.

\_\_\_\_\_. Notas sobre o projeto referente ao inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 10, n. 38, p. 257-270, abr./jun. 2002.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SUXBERBER, Antônio Henrique Graciano. O papel do Ministério Público no crime organizado. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 11, volume 22, p. 35-54, jul./dez 2003.

TAQUARY, Eneida Orbage de Brito. A investigação criminal: atividade exclusiva da autoridade policial. *Revista Jurídica Consulex*, ano VII, n. 159, ago. 2003.

TEIXEIRA, Alexandre Abrahão Dias. A investigação criminal e o Ministério Público. *Jus navegandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2292>>. Acesso em: 09 nov. 2005.

\_\_\_\_\_. As questões relativas ao inquérito e a sua exata visão no direito brasileiro antes e após a CF/88. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ*, v. 5, n. 19, p. 190-196, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho F. Editor, 1953.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TURESSI, Flávio Eduardo. A atuação investigativa do Ministério Público no processo penal. *Repertório IOB de jurisprudência*. Vol III, Civil, Processual Penal e Comercial, n. 20, p. 540-538. 2. quinz. Out. 2003.

VIEIRA, Luiz Guilherme. O Ministério Público e a investigação criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 46, p. 307, 2004.

VIEIRA, Marceu. Escaparam de Brindeiro. *Época*, v. 01, n. 49, p. 34-35, abril 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos sediciosos*, 1, 1996.