

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA (\*\*)

**SUMÁRIO:** 1. A possibilidade de o Ministério Público realizar atos investigatórios preparatórios à ação penal; 2. A atividade probatória desenvolvida pelo órgão do Ministério Público na fase processual; 3. As provas obtidas por meios ilícitos e o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade; 4. Exceções à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação; 5. Conclusões.

### **1. A possibilidade de o Ministério Público realizar atos investigatórios preparatórios à ação penal.**

Quando praticada uma conduta delitiva, as conseqüências estatuídas nos preceitos secundários das normas penais incriminadoras devem passar do mundo abstrato dos Códigos e leis para a realidade do foro. O Estado, titular do *jus puniendi* (direito de punir) com relação a seus jurisdicionados, deve reintegrar a paz social <sup>1</sup> lesionada com a perpetração da atividade criminosa, impondo aos transgressores as coerções que previamente estabelecera. Contudo, para realizar tal intento e diante dos modernos dogmas relativos à dignidade humana e à liberdade individual, o próprio poder estatal viu-se obrigado a estabelecer uma auto-limitação: somente poderá infligir qualquer *sanção criminal* ao infrator do mandamento proibitivo após a comprovação de sua responsabilidade mediante decisão jurisdicional <sup>2</sup>.

NOTA.: O presente trabalho obteve o 1º lugar no "Prêmio Luiz Carlos Cáfaro", instituído pela FEMPERJ e pelo CEJUR, com apoio do CEPROJUS. É dedicado a *Daniel Lima Ribeiro*, exemplo de figura humana e de Promotor de Justiça.

<sup>1</sup> No sentido do texto, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, Volume I, p. 23, 1ª edição (2ª tiragem), Bookseller Editora, Campinas, 1998. Soam oportunas, neste passo, as considerações lançadas por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI: "Se observarmos as atuais tendências do direito penal nos países centrais, veremos que não se quer associar a sanção penal que caracteriza a lei penal a qualquer conduta que viole normas jurídicas, e sim quando aparece como inevitável que a paz social não poderá ser alcançada salvo prevendo para estas hipóteses uma forma de sanção *particularmente preventiva ou particularmente reparadora*, que se distinga da prevenção e reparação ordinárias, comuns a todas as sanções jurídicas." (*Manual de Direito Penal brasileiro*, p. 101, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999).

<sup>2</sup> Assim, dentre tantos, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 1º Volume, p. 15, 17ª

Dentro deste contexto de juridicização, e em se tratando de sistema processual *acusatório público* como o nosso – não obstante a existência de influxos de inquisitorialismo<sup>3</sup> –, os partícipes da relação que se forma em juízo têm cada qual uma função definida e distinta: o titular do direito de ação deduz a *pretensão punitiva*, exteriorizada pelo pedido de condenação; o réu, em face de quem o referido direito de ação foi exercido, resiste à pretensão autoral, *defendendo-se*, e o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, *julga* os pedidos trazidos à sua apreciação<sup>4</sup>. Não sendo mais concebível que o mesmo órgão investido do poder jurisdicional formulasse a acusação criminal<sup>5</sup>, fez-se necessário criar um outro ente estatal destinado à deflagração da ação penal pública: o *Ministério Público*<sup>6</sup>.

Mas de que maneira se inicia toda esta movimentação do aparato repressivo do Estado? Primeiramente, o titular do direito de ação penal necessita reunir um *mínimo de elementos probatórios*<sup>7</sup> acerca da existência da conduta delituosa

---

edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995; SERGIO DEMORO HAMILTON, “Justa causa – Um conceito polêmico”, in *Temas de Processo Penal*, pp. 18/19, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998; MARCELLUS POLASTRI LIMA, *Ministério Público e persecução criminal*, p. 51, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998 e ADILSON MEHMERI, *Inquérito policial (dinâmica)*, p. 03, Editora Saraiva, São Paulo, 1992. Com similar ensinamento, ANTONIO CRISTIANIASSEVERA ainda ser o processo penal necessário, em perspectiva reversa, à declaração de improcedência da acusação: “*il processo penale è, al contrario, la regola, la via fisiologica sia per applicare la sanzione punitiva, sia per accertare l’infondatezza della notizia criminis o dell’accusa alla persona*” (*Manuale del nuovo Processo Penale*, p. 28, seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1991).

<sup>3</sup> É o que afirmam, *v.g.*, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, p. 108, AFRÂNIO SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal*, p. 88, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997, GERALDO PRADO, *Sistema acusatório*, p. 284, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001 e ANTONIO MILTON DE BARROS, *Processo Penal segundo o sistema acusatório*, p. 59, LED – Editora de Direito, São Paulo, 2002. Para uma sábia crítica de nosso sistema, *vide* SERGIO DEMORO HAMILTON, “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 12, pp. 191/206, jul./dez. de 2000.

<sup>4</sup> Neste sentido, GAËTAN DI MARINO, “L’implantation et les remises en cause des dogmes accusatoire et inquisitoire”, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 68, n° 1 e 2, p. 21, 1997. No mesmo diapasão, dentre muitos, *vide* ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Ideologias do Processo Penal na América Latina”, in *O processo em sua unidade II*, p. 232, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984; WEBER MARTINS BATISTA, “Inquérito policial: participação do Ministério Público”, in *Direito Penal e Direito Processual Penal*, p. 48, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996; VALTER FOLETO SANTIN, *O Ministério Público na investigação criminal*, p. 129, Edipro, São Paulo, 2001, e FAUZI HASSAN CHOUKR, “A ordem constitucional e o Processo Penal”, in *Processo Penal à luz da Constituição*, p. 62, Edipro, São Paulo, 1999.

<sup>5</sup> O sistema processual penal dito inquisitório, como leciona SERGIO DEMORO HAMILTON, “tem como forma básica o fato de que se concentram em um só órgão as funções de acusar, defender e julgar” (“A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia” in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 12, p. 193, jul./dez. de 2000).

<sup>6</sup> Neste passo, como bem afirma LUIS MARIA DíEZ-PICAZO, “*desde el punto de vista de la comparación, el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado es la única característica común a todas esas estructuras de agentes públicos y, por consiguiente, constituye el único dato sobre el que construir un concepto de Ministerio Fiscal de alcance general; es decir, la única posible definición del Ministerio Fiscal válida para más de un ordenamiento ha de partir de la idea de ejercicio de la acción penal como función pública*” (*El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, p. 13, Editora Ariel, Barcelona, 2000).

<sup>7</sup> Utilizando, como no texto, a expressão “elementos mínimos”, *vide* VALTER FOLETO SANTIN, *ob. cit.*, pp. 212/213 e MARCELLUS POLASTRI LIMA, *ob. cit.*, p. 52. Já AFRÂNIO SILVA JARDIM prefere, com idêntica

e de quem a praticou. Somente assim poderá exercer legitimamente tal direito, não se mostrando temerária ou leviana a acusação. Porém, muitas vezes, quase ninguém assistiu à cena criminosa; em outras tantas, por razões várias, não é possível identificar, de imediato e com clareza, quem praticou a infração penal ou, tampouco, as circunstâncias em que a mesma ocorreu; e em inúmeras oportunidades sequer fica nitidamente delineada, em todos os seus reais aspectos, a transgressão ao comando normativo.

Visando a suplantar estes possíveis entraves e buscando tornar efetiva a persecução criminal, os ordenamentos jurídicos adotam, guardadas as devidas peculiaridades, diferentes *sistemas de investigação preliminar*<sup>8</sup>, regulamentando a maneira pela qual a apuração das infrações penais e de seus autores será levada a efeito, e atribuindo a determinados órgãos estatais a sua realização.

Ordenamentos há que conferem primazia ao Poder Judiciário no tocante à tarefa de investigar preliminarmente a ocorrência das infrações penais, destacando-se a figura do “juiz instrutor”<sup>9</sup>. É o que se passa em linhas gerais, *v. g.*, na Espanha, segundo o disposto nos artigos 299 e 303 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*<sup>10</sup>. Ressalte-se, porém, que ao Ministério Público espanhol (*Ministerio Fiscal*) foram conferidas, recentemente, algumas atribuições concernentes à investigação criminal, seja pela *Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre*, que instituiu o “*procedimiento abreviado*”<sup>11</sup>, seja pela *Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado*<sup>12</sup>. Também no ordenamento francês o *Code de Procédure Pénale* prevê, como regra, que a instrução preliminar (*instruction préparatoire*) é

---

significação, a expressão “suporte probatório mínimo” (*Direito Processual Penal*, p. 323, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997), no que é seguido por PAULO RANGEL (*Direito Processual Penal*, p. 239, 6ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002).

<sup>8</sup> A respeito do tema *vide*, entre nós, as substanciosas monografias de AURY LOPES JR., *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, de FAUZI HASSAN CHOUKR, *Garantias constitucionais na investigação criminal*, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, e de MARCELO BATLOUNI MENDRONI, *Curso de investigação criminal*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.

<sup>9</sup> AURY LOPES JR., *ob. cit.*, p. 63.

<sup>10</sup> O artigo 299 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispõe: “Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”. Já o referido artigo 303 estatui: “La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de Instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva y, en su defecto, a los demás de la misma ciudad o población cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los Jueces municipales”.

<sup>11</sup> Sobre o *procedimiento abreviado*, previsto como regra para os delitos cuja sanção seja pena privativa de liberdade não superior a nove anos, dispõe o artigo 785 bis da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, com redação dada pela *Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre*: “Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado practicaré el mismo u ordenará a la Policía Judicial que pratique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo”. Ressalva, porém, o n° 3 do artigo 785 bis: “cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismo hechos”.

<sup>12</sup> O capítulo VII, n° 2, da *Exposición de Motivos da Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado* deixa bem claro que “si bien debe corresponder al Juez la realización de los actos sumariales, las

realizada pelo Juiz instrutor (*juge d'instruction*) quando da ocorrência de infrações penais mais graves – *crime*<sup>13</sup> (*article 79*)<sup>14</sup>. Não obstante, para as infrações penais de menor gravidade e complexidade existe a denominada *enquête préliminaire*, dirigida pelo Ministério Público (*procureur de la République*), que conta com o auxílio da polícia judiciária (*article 75*)<sup>15</sup>. Em terrenos sul-americanos, a figura do Juiz instrutor se verifica, por exemplo, no Uruguai (*artículo 114 do Código del Proceso Penal de 1980*)<sup>16</sup>, onde também se possibilita ao Ministério Público participar dos atos da instrução preliminar (*artículo 134*)<sup>17</sup>. Igualmente na Argentina, segundo o disposto no *art. 194 do Código Procesal Penal de la Nación*, compete ao Juiz instrutor proceder à investigação dos fatos criminosos<sup>18</sup>, não obstante se tenha recentemente conferido ao Ministério Público, em determinadas hipóteses, o poder de dirigir a atividade investigatória (*e. g.*, *art. 196 e art. 196 bis*)<sup>19</sup>.

De outro lado, vem predominando modernamente e em larga escala, sobretudo na Europa continental, a visão de que as investigações preliminares

---

*peculiaridades que deben presidir el procedimiento ante el Jurado y la oportunidad de que se consolide el principio acusatorio, hacen necesaria la potenciación de las atribuciones del Ministerio Fiscal (...)*.

<sup>13</sup> O ordenamento francês distingue *contravention*, *délit* e *crime*, como espécies do gênero *infraction*. O *Code Pénale* dispõe em seu *article 1º*: “*L’infraction que les lois punissent de peines de police est une contravention. L’infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit. L’infraction que les lois punissent de peines afflictive ou infamante est un crime*”.

<sup>14</sup> Dispõe o *article 79* do *Code de Procédure Pénale*: “*L’instruction préparatoire est obligatoire en matière de crime; sauf dispositions spéciales, elle est facultative en matière de délit; elle peut également avoir lieu en matière de contravention si le procureur de la République le requiert en application de l’article 44*”.

<sup>15</sup> O *article 75* do *Code de Procédure Pénale* dispõe: “*Les officiers de police judiciaire et, sous le contrôle de ceux-ci, les agents de police judiciaire désignés à l’article 20 procèdent à des enquêtes préliminaires soit sur les instructions du procureur de la République, soit d’office. Ces opérations relèvent de la surveillance du procureur général*”.

<sup>16</sup> O *artículo 114* do *Código del Proceso Penal uruguayo* tem a seguinte redação: “*El Juez instructor competente que, a iniciativa del Ministerio Público, por conocimiento personal, denuncia, o cualquier otro medio semejante, tome conocimiento de la comisión de un delito, debe ejecutar prontamente todos los actos necesarios para su esclarecimiento*”.

<sup>17</sup> O *artículo 134* do *Código del Proceso Penal uruguayo* – aplicável à investigação preliminar (presumario) por força do que dispõe o *artículo 115* –, estabelece: “*El Ministerio Público puede participar en todos los actos de instrucción, solicitar las medidas y formular las observaciones y reservas que estime del caso*”.

<sup>18</sup> Dispõe o *art. 194* do *Código Procesal Penal de la Nación Argentina*: “*El juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 193*”.

<sup>19</sup> Os arts. 196 e 196 bis do *Código Procesal Penal de la Nación Argentina*, com redação dada pelas Leis nºs 24.121 e 25.409 (ambas de 1991), estatuem: “*Art. 196. (según ley nº 24.121) El juez de instrucción podrá decidir que la dirección de la investigación de los delitos de acción pública de competencia criminal quede a cargo del agente fiscal, quien deberá ajustar su proceder a las reglas establecidas en la Sección Segunda del presente Título. En aquellos casos en los cuales la denuncia de la comisión de un delito de acción pública sea receptada directamente por el agente fiscal, o promovida por él la acción penal del oficio, éste deberá poner inmediatamente en conocimiento de ella al juez de instrucción, practicará las medidas de investigación ineludibles, cuando corresponda, solicitará al juez de instrucción que recepte la declaración del imputado, conforme las reglas establecidas en la Sección Segunda de este Título, luego de lo cual el juez de instrucción decidirá inmediatamente si toma a su cargo la investigación, o si continuará en ella el agente fiscal*” (...); “*Art. 196 bis: (según ley nº 25.409) No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en los sumarios por hechos ilícitos de competencia criminal de instrucción o correccional que no tengan autor individualizado, la dirección de la investigación quedará desde el inicio de las actuaciones delegada al*

ao exercício da ação penal devem ficar a cargo do Ministério Público, realçando-se a figura do chamado “*Promotor investigador*”, a quem a polícia judiciária é hierarquicamente subordinada<sup>20</sup>. Assim ocorre na Alemanha desde a reforma levada a cabo em 1974 na Ordenação Processual Penal (*Strafprozeßordnung*), que dispõe em seu § 160 (1) competir à Promotoria de Justiça (*Staatsanwaltschaft*) a investigação dos fatos delituosos e de suas circunstâncias, com a finalidade de decidir a respeito da propositura da ação penal pública<sup>21</sup>. No mesmo sistema inseriu-se Portugal, com o advento do Código de Processo Penal de 1987, onde as diligências investigatórias preliminares consubstanciam-se no *inquérito*, que é da competência do Ministério Público, a quem cabe exclusivamente a sua direção (art. 263º)<sup>22</sup>, apesar de determinados atos do *inquérito* somente poderem ser praticados, ordenados ou autorizados pelo Juiz de instrução (consoante o disposto nos arts. 268º e 269º)<sup>23</sup>. Igualmente na Itália – eterna fonte inspiradora do direito processual brasileiro –, por força do disposto no art. 327, 1, do *Codice di Procedura Penale* de 1988, as investigações preliminares (*indagini preliminari*) estão a cargo do Ministério Público (*Pubblico Ministero*), que dispõe diretamente da polícia judiciária<sup>24</sup>.

Todavia, mesmo fora do continente europeu esta tendência já se faz notar de maneira avassaladora. No Peru, por exemplo, desde a Constituição Política de 1993 o Ministério Público figura como condutor das investigações dos delitos<sup>25</sup>. Semelhante concepção foi adotada em 1998 no *Código Procesal Penal* do Paraguai, que dispôs expressamente corresponder ao Ministério Público a direção da investigação criminal e a direção funcional da polícia (art. 52 e art. 62)<sup>26</sup>. Na Venezuela, segundo o disposto no *artículo 105* do *Código Orgánico Procesal Penal* de 1998, o Ministério Público também é o dirigente da investigação

---

*Ministerio Público Fiscal, con noticia al juez competente en turno”.*

<sup>20</sup> AURY LOPES JR., ob. cit., p. 77.

<sup>21</sup> O § 160 (1) da Ordenação Processual Penal alemã dispõe: “*Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen*”.

<sup>22</sup> “Art. 263º Direção do inquérito. 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 directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional”.

<sup>23</sup> Para maiores detalhamentos, vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Volume III, pp. 61/99, Editorial Verbo, Lisboa, 1994.

<sup>24</sup> O art. 327, 1, do Código de Processo Penal italiano (com redação dada pelo art. 7º da *Legge 26 de marzo 2001*) dispõe: “*Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria che, anche dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate nei successivi articoli*”.

<sup>25</sup> Estabelece o *artículo 159º, 4*, da *Constitución Política del Perú* de 1993: “*Corresponde al Ministerio Público: (...) 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función*”.

<sup>26</sup> “Art. 52. Corresponde al Ministerio Público, por medio de los agentes fiscales, funcionarios designados y de sus órganos auxiliares, dirigir la investigación de los hechos punibles y promover la acción penal pública. Con este propósito realizará todos los actos necesarios para preparar la acusación y participar en el procedimiento, conforme a las disposiciones previstas en este código y en su ley orgánica. Tendrá a su cargo la dirección funcional y el control de los funcionarios y de las reparticiones de la Policía Nacional, en

preliminar e da atividade dos órgãos da polícia de investigações<sup>27</sup>. Em 1999, foi a vez de a Bolívia adotar o sistema do “Promotor Investigador” (artículos 69° e 70° do Código de Procedimiento Penal)<sup>28</sup>. No ano de 2000, veio a lume o Código de Procedimiento Penal do Equador, que também colocou a polícia judiciária sob a direção do Ministério Público, competindo a este a realização das diligências investigatórias (arts. 208 e 216)<sup>29</sup>. A adesão da Colômbia a tal sistema também se verificou no ano de 2000, com o surgimento do novo Código de Procedimiento Penal (de acordo com o que estabelece, sobretudo, seu artículo 114)<sup>30</sup>. O mesmo ainda se dá no México, onde, após a reforma levada a cabo em 2002 no Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, as diligências de averiguação prévia estão a cargo do Ministério Público (artículo 2, II)<sup>31</sup>, havendo, ainda, manifesta subordinação da polícia judiciária àquele<sup>32</sup>.

Há, finalmente, ordenamentos que cometem a atividade investigatória preliminar a organismos policiais. Neste caso, a polícia não funciona como mero auxiliar, mas sim como verdadeiro dirigente da investigação, com autonomia para traçar as diretrizes e ditar os meios a serem empregados, sem que exista

---

tanto se los asigne a la investigación de determinados hechos punibles”. O art. 62 estatui: “La Policía Judicial será un auxiliar directo del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones de investigación y promoción de la acción penal pública”.

<sup>27</sup> O artículo 105 do Código Orgánico Procesal Penal da Venezuela dispõe: “Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal: 1°. Dirigir la investigación de los hechos punibles y la actividad de los órganos de policía de investigaciones para establecer la identidad de sus autores y partícipes; 2°. Ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones en lo que se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción (...)”.

<sup>28</sup> O artículo 69° do Código de Procedimiento Penal da Bolívia tem a seguinte redação: “La Policía Nacional, en ejercicio de funciones de policía judicial, y el Instituto de Investigaciones Forenses participan en la investigación de los delitos bajo la dirección del Ministerio Público” (...). O artículo 70°, por sua vez, estabelece: “Corresponderá al Ministerio Público dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal pública ante los órganos jurisdiccionales. Con este propósito realizará todos los actos necesarios para preparar la acusación y participar en el proceso, conforme a las disposiciones previstas en este Código y en su Ley Orgánica”.

<sup>29</sup> Os arts. 208 e 216 do Código de Procedimiento Penal do Equador dispõem: “Art. 208. Investigación. La Policía Judicial realizará la investigación de los delitos de acción pública y de instancia particular, bajo la dirección y control del Ministerio Público, a fin de reunir o asegurar los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos, en el tiempo y según las formalidades previstas en este Código”; “Art. 216. Atribuciones del Fiscal. El Fiscal deberá, especialmente: (...) 10. Practicar todas las demás investigaciones que juzgare necesarias para el esclarecimiento del hecho delictivo y para la fundamentación de la acusación”.

<sup>30</sup> Estabelece o artículo 114 do Código de Procedimiento Penal da Colômbia: “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación: 1. Investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.

(...) 5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley”.

<sup>31</sup> O Código Federal de Procedimientos Penales do México, em seu artículo 2, estabelece: “Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales. En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:

(...)

II - Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño (...)”

<sup>32</sup> Já o artículo 3 do Código Federal de Procedimientos Penales do México dispõe: “La Policía Judicial Federal actuará bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público Federal, de conformidad con

subordinação funcional em relação a órgãos do Poder Judiciário ou do Ministério Público<sup>33</sup>. É o que se passa, *v. g.*, na Inglaterra, desde a edição do *Prosecution of Offences Act* de 1985, quando se considerou que as funções de investigar e de exercer a ação penal são incompatíveis<sup>34</sup>. A polícia inglesa, portanto, realiza as investigações preliminares com autonomia e as remete ao chamado *Crown Prosecution Service*, órgão público encarregado de proceder à instauração do processo criminal<sup>35</sup> que, todavia, não dispõe de significativos poderes investigatórios e tampouco de ingerência sobre a atividade policial<sup>36</sup>. Adiante-se, porém, que, com exceção do modelo adotado na Inglaterra, sobretudo em virtude de especiais características sociais, políticas e jurídicas – que se refletem na qualidade do seu corpo policial – a sistemática da instrução preliminar policial não pode ser considerada como satisfatória e se encontra em pleno e patente declínio<sup>37</sup>.

No modelo que mais de perto interessa, o brasileiro, a apuração preliminar das infrações criminais é igualmente deferida com certa autonomia a organismos policiais. Porém, como se tentará adiante demonstrar, o ordenamento pátrio é dotado de certas peculiaridades que levam mesmo a admitir, mormente após o advento da Constituição Republicana de 1988, uma ligeira aproximação à tão prestigiada figura do “*Promotor investigador*”.

Ressalte-se, inicialmente, que a Constituição da República de 1988 não conferiu atribuição exclusiva à polícia para investigar as infrações penais. A outros órgãos que não os policiais também se outorgaram poderes investigatórios<sup>38</sup>. A pretendida “exclusividade”, a que se refere o art. 144, § 1º, IV, da Carta Magna quanto à Polícia Federal, é tão-somente para o exercício de *funções de polícia judiciária da União*, e não tem outro sentido senão o de afastar deste mister as demais polícias previstas no mesmo art. 144 (inclusive as estaduais – civis e militares)<sup>39</sup>. É de evidência cristalina, portanto, que tal

---

*lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (...)*”

<sup>33</sup> No sentido do texto, AURY LOPES JR., *ob. cit.*, p. 57.

<sup>34</sup> A observação é do saudoso ANTONIO EVARISTO DE MORAIS FILHO, “O Ministério Público e o inquérito policial”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n° 19, p. 106, julho-setembro de 1997.

<sup>35</sup> OCTACILIO P. SILVA, “Sistema britânico de persecução criminal”, in *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* n° 10, p. 71, 1996; RODRIGO REGNIER CHEMIM GUIMARÃES, *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*, p. 147, Juruá Editora, Curitiba, 2002.

<sup>36</sup> VALTER FOLETO SANTIN, *ob. cit.*, p. 120.

<sup>37</sup> Neste sentido, AURY LOPES JR., *ob. cit.*, pp. 57/58.

<sup>38</sup> *Vide, e.g.*, as comissões parlamentares de inquérito a quem, segundo o disposto no art. 58, § 3º, da Constituição de 1988, foram conferidos “*poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*”.

<sup>39</sup> RODRIGO REGNIER CHEMIM GUIMARÃES, *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*, p. 103, Juruá Editora, Curitiba, 2002; JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO, “Da apuração das infrações penais pelo Promotor de Justiça”, in *Justitia*, n° 152, p. 74, out./dez. 1990; FLÁVIO MEIRELLES MEDEIROS, *Do inquérito policial*, p. 75, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1994, e GUILHERME SOARES BARBOSA, “O Ministério Público na investigação criminal”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 11, p. 138, jan./jun. 2000. E assim decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 1.517-UF, Rel. Min. Maurício Corrêa, consoante consta do Informativo do STF n° 71: “(...) a expressão ‘com exclusividade’, inserida na regra contida no inc. IV, do § 1º, do art. 144, da CF, deve ser interpretada no sentido de excluir das demais polícias

dispositivo não pretendeu arrostar o Ministério Público – até pelas importantes atribuições que lhe foram conferidas – da apuração das infrações criminais <sup>40</sup>. Aliás, o constituinte de 1988, de maneira coerente, sequer fez referência à “exclusividade” para o desempenho da atividade de polícia judiciária, no tocante às polícias civis estaduais (art. 144, § 4º) <sup>41</sup>.

Ajunte-se que o inquérito policial – instrumento por excelência da atividade de polícia judiciária – pode perfeitamente ser dispensado pelo autor da ação penal, segundo o que dispõem os arts. 12, 39, § 5º, e 46, § 1º, do Código de Processo Penal <sup>42</sup>, sempre que dispuser de peças de informação idôneas a servir de base à deflagração do processo criminal. Cumpre considerar, ainda, que o sistema instituído desde 1941 pelo mesmo Código enseja a realização dos chamados “inquéritos extrapoliciais” (art. 4º, parágrafo único), efetivados por autoridades administrativas outras que não a policial <sup>43</sup>.

Outra ponderação se mostra essencial neste contexto: a Constituição de 1988 conferiu imperativamente ao Ministério Público a qualidade de *dominus litis* da ação penal pública (art. 129, I), sendo que o suporte probatório a que visa recolher a investigação policial se destina tão-somente ao *Parquet*, a fim de possibilitar a formação de sua *opinio delicti* <sup>44</sup>. Portanto, a atividade investigatória preliminar levada a cabo pela polícia é instrumental à atividade ministerial, e não um fim

---

elencadas nos incs. II a V do referido artigo, inclusive as de âmbito federal (rodoviária e ferroviária) a destinação de exercer as funções de polícia judiciária da União”.

<sup>40</sup> ARTHUR PINTO DE LEMOS JÚNIOR, “A imprescindibilidade do procedimento investigatório do Ministério Público” in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, pp. 37/38, Curitiba, 1999.

<sup>41</sup> É o que afirmam SERGIO DEMORO HAMILTON, “A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal”, in *Temas de Processo Penal*, p. 213, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998 e MARCELLUS POLASTRI LIMA, ob. cit., p. 54.

<sup>42</sup> Assim, vide EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, Volume I, pp. 288/289, Editora Bookseller, Campinas, 2000; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Código de Processo Penal comentado*, Volume I, pp. 96/97, 6ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001; AFRÂNIO SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal*, p. 96, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997; GUILHERME CALMON NOGUEIRA e ABEL FERNANDES GOMES, “O Ministério Público e a formação da *opinio delicti*”, in *Temas de Direito Penal e Processo Penal em especial na Justiça Federal*, p. 192, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999; HILTON CORTESE CANEPARO, ROSANGELA GASPARI e VANI ANTONIO BUENO, “Legalidade da investigação criminal pelo Ministério Público”, in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, p. 20, Curitiba, 1999; RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES, ob. cit., p. 100; SERGIO DEMORO HAMILTON, “A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal”, in *Temas de Processo Penal*, p. 209, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

<sup>43</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., pp. 140/141; MARCELLUS POLASTRI LIMA, ob. cit., p. 56; JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Processo Penal*, p. 77, 7ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997; JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI, *Persecução penal*, pp. 38/39, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1987; FERNANDO CAPEZ, *Curso de Processo Penal*, pp. 67/68, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit. na nota anterior, p. 208.

<sup>44</sup> Assim, vide, dentre muitos, HAROLDO CAETANO DA SILVA, “A subordinação da atividade investigativa da polícia ao Ministério Público: uma nova polícia”, in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, p. 16, Curitiba, 1999, e WEBER MARTINS BATISTA, ob. cit., p. 49. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já decidiu: “O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto *dominus litis* – o verdadeiro



em si mesmo<sup>45</sup>. Por este motivo, e por deter o monopólio do exercício do direito de ação, deve-se possibilitar ao Ministério Público, de maneira ampla, realizar investigação autônoma à policial<sup>46</sup>. Cuida-se, deveras, de um poder que se encontra *implícito* na função acusatória que foi conferida constitucionalmente ao Ministério Público<sup>47</sup>. E seria realmente absurdo que este ficasse atrelado apenas ao que se apura (ou ao que se consegue ou ao que se quer apurar) em sede policial. Equivaleria a colocar em patamar mais elevado o titular do inquérito, em notável detrimento do titular do direito de ação penal. Imagine-se, por exemplo, quão dificultosa ou comprometida ficaria a apuração, pela polícia, dos crimes cometidos pelos próprios agentes policiais, ou ainda por governantes, ou administradores de alto escalão, a quem a polícia se vê subordinada<sup>48</sup>.

Decerto se poderia argumentar que, a par da qualidade de *dominus litis* da ação penal pública, a mesma Constituição da República somente armou o *Parquet* do poder de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los” (art.129, VI) e de “requisitar a instauração de inquérito policial ou de diligências

---

destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária” (STF, 1ª Turma, HC 73271/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04.10.1996, p. 37100).

<sup>45</sup> SERGIO DEMORO HAMILTON, *ob. cit.*, p. 215.

<sup>46</sup> Já o afirmava, anteriormente à Constituição de 1988, JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI, *ob. cit.*, p. 221. Atualmente, *vide*, por todos, AURY LOPES JR., *ob. cit.*, p. 143. Confira-se, ainda, o disposto no art. 1º da Resolução nº 38, de 13 de março de 1998, do Conselho Superior do Ministério Público Federal: “Art. 1º. A titularidade plena do exercício da ação penal pública outorga o membro do Ministério Público a realizar pessoalmente, ou em equipe, procedimento investigatório próprio, com inquirições pessoais de investigados e testemunhas; requisições de documentos e perícias; bem como acompanhar pessoalmente, ou em equipe, inquéritos e investigações policiais preliminares instaurados no âmbito da Polícia Federal, nos termos da Resolução nº 32, deste Conselho Superior”.

<sup>47</sup> RODRIGO REGNIER CHEMIM GUIMARÃES, afirma, com propriedade, que “quando o constituinte concede a determinado órgão – no caso o Ministério Público – uma função – exercer privativamente a ação penal pública –, implicitamente está-lhe concedendo os meios necessários ao cumprimento desta função – instauração de procedimento administrativo investigatório –, sob pena de frustrar-lhe o exercício da mesma” (*ob. cit.*, p. 99). No mesmo sentido, AFRÂNIO SILVA JARDIM, *ob. cit.*, p. 339; ALOÍSIO FIRMO G. DA SILVA, MARIA EMÍLIA M. DE ARAÚJO e PAULO FERNANDO CORRÊA, “A investigação criminal direta pelo Ministério Público”, artigo disponível na Internet, no site <http://www.tejajuridica.com/investiga.html>, consultado em 27.05.2002; HELCIO ALVES DE ASSUMÇÃO, “Recurso extraordinário. Ministério Público. Legitimidade concorrente para a prática de atos na persecução penal. Inexistência de monopólio da Polícia Judiciária para a investigação penal”, Parecer publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 4, p. 230, jul./dez. 1996.

<sup>48</sup> Confira-se, a propósito, a lição de HUGO NIGRO MAZZILLI: “Como corolário da privatividade da ação penal pública, deve-se reconhecer ao Ministério Público acesso direto à investigação para fins penais, principalmente nas hipóteses que digam respeito a crimes praticados por policiais ou por governantes. Nesses casos, em especial, a polícia pode não ter isenção, interesse ou condição de instaurar inquérito policial ou conduzi-lo adequadamente. (...) Seria contra-senso, e até mesmo maneira de a legislação infraconstitucional obstar o próprio desempenho de suas finalidades institucionais, que o Ministério Público só pudesse obter acesso aos elementos preparatórios à promoção da ação penal pública, para a qual é o único titular constitucional, sob dependência de

investigatórias" (art. 129, VIII), não significando que estaria habilitado a exercer, *de per se*, atividade investigatória<sup>49</sup>. Tal argumentação, contudo, não resiste à atenta acepção de tais funções institucionais ou mesmo a uma correta interpretação sistemática do arsenal que a Carta Maior de 1988 conferiu ao Ministério Público<sup>50</sup>. Em verdade, o poder requisitório, por se tratar de *ordem*, não pode ser recusado – ressalvada ilegalidade manifesta –, devendo a autoridade a quem se dirige cumprir de maneira compulsória a diligência. Ora, é de clareza solar que quem pode *o mais* (determinar) pode *o menos* (fazê-lo *de per se*)<sup>51</sup>, e soaria mesmo absurdo que o Ministério Público pudesse requisitar diligências à autoridade policial e não as pudesse realizar por conta própria<sup>52</sup>. Além disso, o inciso VIII do art. 129 da Carta Magna não circunscreve a requisição das *diligências investigatórias* ao âmbito do inquérito policial ou do inquérito civil público, sendo a regra extensiva também aos *procedimentos administrativos* da atribuição do órgão ministerial, aos quais faz alusão o inciso VI do mesmo preceito constitucional<sup>53</sup>.

Se já não bastasse, o constituinte de 1988 ainda outorgou ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (art. 129, VII). Relativamente aos chamados controles externos, já se afirmou, com indizível propriedade, que recusá-los "é atitude que reclama, para legitimar-se, grande autoridade moral – uma autoridade respaldada pelo eficiente funcionamento dos controles internos"<sup>54</sup>. E, no que se refere à atividade policial, diga-se de passagem, a referida autoridade moral, na parcela ainda existente, está longe de se encontrar corroborada por desejável eficiência. Registre-se, todavia, que, não obstante o corporativismo e a repulsa demonstrados pelos organismos policiais, o próprio Ministério Público tem exercido tal controle com acentuada timidez e indesejável parcimônia. Mas as dificuldades não são de pouca monta e, embora alguns passos tenham sido dados no sentido de se estabelecer os contornos de tal

---

inquérito policial, conduzido por instituição subordinada a governantes" (*Regime jurídico do Ministério Público*, pp. 418/419, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001)..

<sup>49</sup> Com este entendimento, que *não* nos parece correto, *vide* ALEXANDRE ABRAHÃO DIAS TEIXEIRA, "As questões relativas ao inquérito policial e a sua exata visão no direito brasileiro antes e após a CF/88", in *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro* Vol. V, nº 19, pp. 190/196, 2002 e ANTONIO EVARISTO DE MORAIS FILHO, "O Ministério Público e o inquérito policial", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 19, p. 110, julho-setembro de 1997.

<sup>50</sup> CLÓVIS AMAURI SMANIOTTO, "Oficiais de investigação no Ministério Público", in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, p. 46, Curitiba, 1999.

<sup>51</sup> Com relação à possibilidade de o *Parquet*, em virtude de seu amplo poder requisitório, investigar diretamente as infrações penais, MARCELO BATLOUNI MENDRONI, *ob. cit.*, p. 187; MARCELLUS POLASTRI LIMA, *ob. cit.*, p. 77; ELA WIECHO V. DE CASTILHO, "Investigação criminal pelo Ministério Público", in *Boletim dos Procuradores da República* nº 11, ano I, p. 04, março de 1999.

<sup>52</sup> RICARDO RIBEIRO MARTINS, "O Ministério Público e a investigação penal", in *Tribuna do Advogado – OAB-RJ*, p. 15, fevereiro de 1997; SERGIO DEMORO HAMILTON, *ob. cit.*, p. 212.

<sup>53</sup> CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Volume I, p. 181, Edipro, São Paulo, 2002; SERGIO DEMORO HAMILTON, *ob. cit.*, p. 213; VALTER FOLETO SANTIN, *ob. cit.*, p. 241.

<sup>54</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A justiça no limiar de novo século", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 1, p. 92, jan./jun. de 1995.

controle externo<sup>55</sup>, não há dúvidas de que deve recair sobre a atividade final da polícia judiciária, isto é, sobre aquilo que produz externamente, vale dizer, o resultado da investigação policial<sup>56</sup>. Destarte, referido controle deve-se orientar fundamentalmente no sentido de verificar como estão sendo apurados os fatos criminosos e se estão sendo corretamente empregados os métodos legais para a sua completa elucidação<sup>57</sup>. Constatadas falhas ou omissões, o Ministério Público deverá corrigi-las ou supri-las, tomando a frente da investigação, se entender necessário<sup>58</sup>. Ainda no âmbito do controle externo, deve o *Parquet* verificar a prática de atos ilícitos por parte de autoridades policiais no exercício de suas funções. Também nesta hipótese deverá o Promotor de Justiça instaurar *procedimento administrativo investigatório* para apurar possíveis delitos contra a administração da Justiça ou mesmo de abuso de autoridade<sup>59</sup>.

*Last but not least*, a Constituição da República possibilitou finalmente ao Ministério Público exercer outras funções, desde que compatíveis com suas finalidades (art. 129, IX). Referida “norma de encerramento” cai qual uma luva no que se refere à possibilidade de o Ministério Público realizar investigação criminal preliminar<sup>60</sup>. Ora, é mais que compatível com a função de exercer a ação penal a função de investigar, mormente se esta tem por finalidade possibilitar a efetivação daquela. É inegável que melhor acusa quem por si mesmo investiga, da mesma forma que melhor é conduzida a investigação por quem vai acusar<sup>61</sup>.

Passando da Carta Maior ao plano infraconstitucional, a legislação que estabeleceu as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União (Lei nº 8.625/93 e Lei Complementar nº 75/93, respectivamente) alçou-os, em matéria de lhes possibilitar a investigação direta em matéria criminal, a patamares condignos, assim como o fizeram vários Códigos Processuais Penais modernos. Vejam-se, por exemplo, os vigorosos poderes requisitórios – inclusive com relação a entidades privadas – previstos nos incisos II, III e IV, do art. 26 da Lei nº 8.625/93. O mesmo art. 26, em seu inciso I, refere-se à instauração de procedimentos administrativos pelo Ministério Público, tornando-lhe possível, para instruí-los, “*expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos*”

<sup>55</sup> Por exemplo, o que dispõem os arts. 3º e 9º da Lei Complementar nº 75/93.

<sup>56</sup> JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO, “O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público”, in *Justitia*, nº 177, p. 46, jan./mar. 1997; FAUZI HASSAN CHOUKR, ob. cit., p. 106, e MÁRCIO LUIZ CHILA FREYSLIBEN, *O Ministério Público e a polícia judiciária – Controle externo da atividade policial*, p. 82, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1993.

<sup>57</sup> JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Processo Penal*, p. 77, 7ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997; ANTÔNIO GOMES DUARTE, *Do inquérito à denúncia*, p. 34, Editora Cejup, Belém, 1996.

<sup>58</sup> SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit., pp. 214/215, com expressa citação do parecer oferecido por HELCIO ALVES ASSUMPTÃO no Recurso Extraordinário interposto no HC nº 615/96-RJ.

<sup>59</sup> Assim, denominando tal controle externo da atividade policial de extraordinário, *vide* RODRIGO REGNIER CHEMIM GUIMARÃES, ob. cit., p. 65.

<sup>60</sup> No sentido do texto, GUILHERME CALMON NOGUEIRA e ABEL FERNANDES GOMES, ob. cit., pp. 191/192; e VALTER FOLETO SANTIN, op. cit., p. 241.

<sup>61</sup> AURY LOPES JR., ob. cit., p. 148.

(alínea "a"), "requisitar informações, exames periciais e documentos" a vários órgãos públicos (alínea "b") e "promover inspeções e diligências investigatórias" junto aos referidos órgãos (alínea "c"). A outra finalidade não visa o inciso V do referido art. 26 quando permite ao *Parquet* "praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório". Também a Lei Complementar nº 75/93, encampando todo este poderio, estabeleceu em seu art. 8º, V, de maneira expressa, que o Ministério Público da União poderá "realizar diligências investigatórias". Em suma: a legislação infraconstitucional, dando maior concretude ao anseio constitucional, atribuiu ao Ministério Público, de maneira clarividente, a função investigatória<sup>62</sup>.

Mas, mesmo diante de evidências tão patentes, sempre se levanta um antigo argumento contrário à investigação preliminar realizada pelo Ministério Público: a possível falta de imparcialidade do *Parquet* na condução das investigações<sup>63</sup>. Deve-se recordar, contudo, que quem investiga pode encontrar elementos favoráveis ao interesse da acusação ou da defesa<sup>64</sup>. A figura do acusador ferrenho e intransigente, despreocupado com outra coisa senão a condenação, tão ao gosto cinematográfico, já foi abandonada de há muito pela moderna concepção que se vem formando a respeito do Ministério Público. Alguns Estatutos Processuais Penais modernos já contam, inclusive, com previsão expressa no sentido de que o *Parquet* deve também averiguar e buscar provas que sejam favoráveis ao investigado ou que sirvam para atestar a sua inocência<sup>65</sup>.

Apesar de todo o entusiasmo com que se trata o tema, ressalte-se não ser atribuição ordinária do Ministério Público a investigação preliminar em matéria penal<sup>66</sup>. À atividade de polícia judiciária incumbe o desempenho trivial de tal mister. Impõe-se, então, a indagação: quando poderá o *Parquet* realizar diretamente a investigação criminal? A resposta é simples: sempre que entender

<sup>62</sup> Neste sentido, FERNANDO CHAVES DA COSTA, "Arquivamento prematuro e, como tal, recusado (art. 28 do CPP). Necessidade de efetivação de investigação direta pelo Ministério Público, de modo a permitir formação da opinião delicti livre e isenta", Parecer publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 310, jan./jun. 2000; JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Processo Penal*, p. 77, 7ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997.

<sup>63</sup> GIUSEPPE GUARNIERI, *Las partes en el proceso penal* (tradução de Constancio Bernaldo de Quirós), p. 320, José M. Cajica, México, 1952.

<sup>64</sup> São as palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal", in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

<sup>65</sup> O art. 358 do *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988 dispõe em seu art. 358: "(Attività di indagine del pubblico ministero) 1. Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'art. 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini". Em sentido aproximado é o que já estabelecia o § 160 (2) da *Strafprozeßordnung* alemã, com a reforma de 1974: "Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist". Já o *Código de Procedimiento Penal* da Bolívia de 1999, em seu artículo 72, estatui: "Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado, formulando sus requerimientos conforme a este criterio".

<sup>66</sup> SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit., p. 227.

necessária ou oportuna a providência <sup>67</sup>. Cuida-se de faculdade discricionária do agente ministerial, podendo ser exercida sempre que vislumbrar ter a polícia ignorado este ou aquele fato delituoso, ou quando a investigação policial não der ao caso o deslinde adequado <sup>68</sup>. Insista-se, mais uma vez, que, ao investigar diretamente a ocorrência de infrações penais, o órgão do Ministério Público não estará exercendo (e tampouco seria legítimo exercesse) a atividade de polícia judiciária. Tanto é assim que o Promotor de Justiça, quando se envolver em empreitada investigatória, não poderá *nunca* instaurar *inquérito policial* (poderia ter requisitado a sua instauração!); o instrumento de que se poderá valer será o procedimento investigatório <sup>69</sup>. Assim, jamais estará o *Parquet* a usurpar atribuição deferida aos Delegados de Polícia <sup>70</sup>.

Passemos ao plano jurisprudencial. Atento ao ordenamento jurídico vigente, e à infinidade dos argumentos expendidos pela doutrina, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo de maneira pacífica no sentido de que o Ministério Público, como *dominus litis* da ação penal pública, pode praticar, *de per se*, atos investigatórios <sup>71</sup>. Também assim o Supremo Tribunal Federal <sup>72</sup>, embora em

<sup>67</sup> No sentido dotexto, ADILSON MEHMERI, ob. cit., p. 428; SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit., p. 227; VALTER FOLETO SANTIN, ob. cit., pp. 267/268.

<sup>68</sup> JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO, "Da apuração das infrações penais pelo Promotor de Justiça", in *Justitia* Vol. 152, p. 77, out./dez. 1990.

<sup>69</sup> VALTER FOLETO SANTIN, ob. cit., p. 266.

<sup>70</sup> CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, ob. cit., p. 180. No mesmo sentido, MAURÍCIO JOSÉ NARDINI, ao afirmar que "o Promotor de Justiça ao presidir uma investigação criminal não está de forma alguma usurpando as funções do Delegado de Polícia; pelo contrário, ele está exercendo plenamente suas prerrogativas, contribuindo para que as infrações penais sejam melhor apuradas em favor de uma sociedade tão ansiosa por Justiça" ("O Promotor de Justiça e a presidência da investigação criminal", in *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* nº 9, p. 57, 1995).

<sup>71</sup> Este o entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Sendo o Ministério Público o *dominus litis* da ação penal pública, não depende de provocação para agir, assim como não precisa o Promotor de Justiça de autorização judicial para colher peças e requisitar a instauração de inquérito diretamente à autoridade policial" (STJ, 5ª Turma, RHC 2426/RJ, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJU de 1º.03.1993, p. 2525); "São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento da denúncia" (STJ, 5ª Turma, HC 7445/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 1º.02.1999, p. 218). De tal posicionamento não destoa a 6ª Turma do mesmo Tribunal: "O Ministério Público é o titular da ação e como tal, pode e deve promover os meios necessários para instaurar referida ação, não sendo tal procedimento, conduta ofensiva a direitos, passível de reparação via *habeas corpus*" (STJ, 6ª Turma, RHC 1948/RS, Rel. Min. Pedro Acioli, DJU de 31.05.1993, p. 10689); "Para a propositura da ação penal pública, o Ministério Público pode efetuar diligências, colher depoimentos e investigar os fatos, para o fim de poder oferecer denúncia pelo verdadeiramente ocorrido" (STJ, 6ª Turma, RHC 8025/PR, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 18.12.1998, p. 416); "Segundo a moldura do art. 129, da Carta Magna, dentre as diversas funções institucionais do Ministério Público destaca-se aquela de promover, privativamente, a ação penal e exercer o controle externo da atividade policial, podendo, para tanto, expedir notificações, requisitar diligências investigatórias e exercer outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade. Não constitui constrangimento ilegal a expedição de notificação pelo Ministério Público para ser o paciente ouvido em procedimento investigatório onde se apura conduta que, em tese, configura abuso de autoridade" (STJ, 6ª Turma, RHC 10225/DF, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 24.09.2001, p. 342).

<sup>72</sup> Antes da atual Constituição, mais precisamente em 1983, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido no sentido de ser possível ao Ministério Público investigar diretamente as infrações penais.

algumas poucas decisões recentes tenha havido discordância do entendimento predominante<sup>73</sup>. No âmbito dos Tribunais Regionais Federais<sup>74</sup> e dos Tribunais de Justiça dos Estados-membros<sup>75</sup>, outra não é a tese vencedora, apesar de, vez por outra, surgirem decisões em sentido contrário, normalmente resultantes de

---

Tal decisão, publicada na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Volume 107, pp. 98/109, foi proferida pela 1ª Turma no *Habeas Corpus* nº 60.364/RJ, sendo Relator o Ministro Soares Muñoz que, em seu voto vencedor, asseverou: "(...) Nos Estados Unidos, o Promotor Público acompanha o inquérito e dirige as indagações policiais. E essa é a tendência do Direito Processual moderno. Na espécie *sub judice*, o Promotor de Justiça servia junto à Vara das Execuções Criminais; tinha um gabinete no presídio, onde compareceram, espontaneamente, pessoas para serem ouvidas por ele. O Promotor não estava impedido de ouvi-las. Depois, designado pelo Procurador-Geral da Justiça, acompanhou o inquérito". Recentemente, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "(...) Com apoio no art. 129 e incisos, da Constituição Federal, o Ministério Público poderá proceder de forma ampla na averiguação de fatos e na promoção imediata da ação penal pública, sempre que assim entender configurado o ilícito. Dispondo o Promotor de elementos para o oferecimento da denúncia, poderá prescindir do inquérito policial, haja vista que o inquérito é procedimento meramente informativo, não submetido ao crivo do contraditório e no qual não se garante o exercício da ampla defesa" (STF, 2ª Turma, HC 77770/SC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 03.03.2000, p. 62). A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 77.371/SP, em 1º.09.1998, tendo como Relator o Ministro Nelson Jobim, acolheu, mais uma vez, a tese de que é lícito ao Ministério Público a prática de atos investigatórios. Pode-se ler, no voto vencedor do Relator, o seguinte: "Quanto à aceitação, como prova, de depoimento testemunhal colhido pelo Ministério Público, não assiste razão ao paciente, por dois motivos: a) não é prova isolada, há todo um contexto probatório em que inserida; e b) a Lei Orgânica do Ministério Público faculta a seus membros a prática de atos administrativos de caráter preparatório tendentes a embasar a denúncia" (in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 9, pp. 409/413, jan./jun. 1999).

<sup>73</sup> Fugindo ao entendimento predominante, decidiu a 2ª Turma do STF: "Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º)" (STF, 2ª Turma, RECR 205473/AL, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 19.03.1999, p. 19).

<sup>74</sup> O Tribunal Regional da 1ª Região, em recente acórdão, decidiu: "No exercício de suas funções institucionais, inclusive na esfera penal, está o Ministério Público legitimado a promover diligências investigatórias. Dicção do art. 8º, V, da LC nº 75/1993" (TRF-1ª Reg., HC 2000.010.0030400-2/AM, Rel. Juiz Hilton Queiroz, DJU de 04.09.2000, p. 41). Também assim o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "(...) o inquérito policial é, em regra, atribuição da autoridade policial. O *Parquet* pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta execução da lei. (...) Tal poder do órgão ministerial mais avulta, quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais, submetidas ao controle externo do Ministério Público" (TRF-4ª Reg., HC 97.0426750-9/PR, Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, DJU de 16.07.1997). No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região: "A competência da polícia judiciária para colheita de provas para instauração da ação penal, bem como para presidir o procedimento administrativo, não exclui a competência de outra autoridade administrativa; a quem por lei seja cometida a mesma função. A Lei Complementar nº 75/1993, em seu art. 8º e incisos, especifica as atribuições do Ministério Público para o exercício de suas funções constitucionais nas investigações criminais por ele presididas" (TRF-5ª Reg., HC 2000.05.00029-1/CE, Rel. Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJU de 08.09.2000, p. 742).

<sup>75</sup> V. g., o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: "O Ministério Público tem legitimidade para proceder a investigações ou prestar tal assessoramento à Fazenda Pública para colher elementos de prova que possam servir de base à denúncia ou ação penal. A CF, no § 4º do art. 144, não estabeleceu com relação às Polícias Cíveis a exclusividade que confere no § 1º, IV, à Polícia Federal para exercer as funções de Polícia Judiciária" (TJ-RS, in RT Volume 651, pp. 313/321).

abordagem irrefletida e menos acurada <sup>76</sup>.

Sendo de clareza solar que o órgão do Ministério Público pode, diretamente e de per se, proceder à apuração de infrações penais, visando à colheita de subsídios que o possibilitem a exercer legitimamente a ação penal, resta uma indagação: assim agindo, na etapa inquisitorial, estará o membro do *Parquet* impedido ou suspeito de parcialidade para atuar na fase processual? O entendimento predominante no seio do Superior Tribunal de Justiça, seja na 5ª Turma <sup>77</sup>, ou na 6ª Turma <sup>78</sup>, era o de que, em tais hipóteses, não se faziam presentes as causas de impedimento ou de suspeição previstas nos arts. 252 e

<sup>76</sup> O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão que nos parece infeliz, decidiu: "Promotor de Justiça não é Promotor de Polícia. Agindo como policial, com a requisição oficiosa de serventuários da Justiça e procedendo a diligência frita com apreensão de documentos da Municipalidade, o Órgão de atuação do M.P. viola o contraditório, e seleciona provas em benefício exclusivo da acusação em detrimento da defesa, mormente em cidades interioranas. A função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, são privativas das polícias civis. Ao Ministério Público cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policial e policial militar. Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles e de outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias" (TJ-RJ, 6ª Câmara Criminal, HC nº 1.735/2000, Rel. Des. Eduardo Mayr, *Revista de Direito do TJ-RJ* nº 48, jul./set. 2001, pp. 336/344). Lamenta-se que idêntico entendimento tenha sido mantido sobre investigação em sede de inquérito civil público: "Ao Ministério Público cabe com exclusividade a iniciativa de propor a ação penal pública, mas sua atribuição, *in poenalibus*, não ultrapassa o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policial e penal militar" (TJ-RJ, Seção Criminal, HC nº 2458/2000, Rel. Des. Eduardo Mayr, *Revista de Direito do TJ-RJ* nº 52, jul./set. 2002, pp. 325/330). Bem o ressaltou o voto vencido do Desembargador Salim José Chalub: "Votei vencido, porque como se vê de f. 66, a paciente foi notificada para prestar depoimento em Inquérito Civil Público, e consoante o disposto no art. 26, I, 'a' da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), o Órgão do *Parquet* tem competência para instaurar tal tipo de procedimento e, para instruí-lo, pode pedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos".

<sup>77</sup> "Pretendida nulidade da peça vestibular da ação penal por estar subscrita por dois promotores que participaram da fase investigatória. Improcedência dessa alegação se pelo menos um dos subscritores (ou ambos) tinha atribuições para dar início à ação penal. Se o Promotor participou da fase investigatória como representante do Ministério Público, pode atuar na ação penal, como parte acusatória, sem qualquer mudança em sua posição processual" (STJ, 5ª Turma, RHC 1465/SP, Rel. Min. Francisco de Assis Toledo, *DJU* de 16.03.1992, p. 3103); "A participação na busca de dados para o oferecimento da denúncia, não enseja, per se, impedimento ou suspeição do Agente do *Parquet*" (STJ, 5ª Turma, RHC 6128/MG, Rel. Min. Félix Fischer, *DJU* de 02.02.1998, p. 117); "A intervenção do Ministério Público em inquérito policial com o propósito de apurar os fatos ou obter provas que os elucidem constitui regular exercício da função de *custos legis*, que não o impede de oferecer denúncia, *a posteriori*, sobre os fatos apurados" (STJ, 5ª Turma, RHC 6815/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 17.08.1998, p. 75).

<sup>78</sup> "A atuação do Promotor na fase investigatória – pré-processual – não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal. Não causa nulidade o fato de o Promotor, para formação da *opinio delicti*, colher preliminarmente as provas necessárias para ação penal" (STJ, 6ª Turma, RHC 3586/PA, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, *DJU* de 30.05.1994, p. 13517); "A atuação do Promotor na fase investigatória pré-processual não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal. As causas de suspeição e impedimento são exclusivamente aquelas elencadas *expressis verbis* nos artigos 252 e 254 do CPP. O rol é taxativo, não pode ser ampliado. Despiciendas as alegações de impedimento do Promotor de Justiça e do Juiz de Direito, eis que não se enquadram nas previsões legais" (STJ, 6ª Turma, RHC 4047/PR, Rel. Min. Pedro Acioli,

254 do Código de Processo Penal, também aplicáveis aos membros do Ministério Público, diante do que dispõe o art. 258 do mesmo Código<sup>79</sup>. Porém, em virtude de alguns julgados da mesma Corte<sup>80</sup> dissentirem do entendimento reinante, a questão acabou sendo uniformizada por intermédio da Súmula de nº 234: “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Levando em conta a gama de argumentos apresentados, e após as citações de doutrina e jurisprudência (que ao leitor certamente parecerão cansativas!), pode-se afirmar conclusivamente que, diante de tantos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, tem sabor de “óbvio ululante” a tese de que o Ministério Público é dotado de atribuição para proceder à investigação criminal diretamente<sup>81</sup>. E mais: a realidade que se vem manifestando, em nível mundial, é a de atribuir ao Ministério Público a direção das investigações criminais<sup>82</sup>. Mesmo os países que ainda adotam o sistema de investigação judicial (v. g., Espanha, França, Uruguai e Argentina) vêm-lhe conferindo, como já demonstrado, relevante parcela do poder investigatório, caminhando por um

---

DJU de 20.02.1995, p. 3214); “Não está impedido de atuar Promotor Público designado, de forma genérica, para apurar o envolvimento de policiais militares com o tráfico de drogas, sendo posteriormente designado para dividir as atribuições da Vara para onde o inquérito foi distribuído, nada impedindo que ofereça denúncia e ofício naquele originado de suas investigações preliminares” (STJ, 6ª Turma, RHC 6662/PR, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 27.04.1998, p. 214).

<sup>79</sup> Em doutrina, no mesmo sentido, confira-se CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, ob. cit., pp. 185/186, GUILHERME SOARES BARBOSA, “O Ministério Público na investigação criminal”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 135, jan./jun. 2000, e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, “A investigação criminal direta pelo Ministério Público e a inexistência de impedimento/suspeição para o oferecimento de denúncia”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, pp. 48/51, jul./dez. 2000.

<sup>80</sup> Apenas no seio da 6ª Turma, por influência decisiva do então Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, instinou-se entendimento contrário ao que, até então, vigorava. Confira-se: “O magistrado e o membro do Ministério Público, se houverem participado da investigação probatória, não podem atuar no processo. Reclama-se isenção de ânimo de ambos. Restaram comprometidos (sentido jurídico). Daí a possibilidade de arguição de impedimento, ou suspeição” (STJ, 6ª Turma, RHC 4769/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 06.05.1996, p. 14475); “O Promotor Público que, no exercício do cargo, colheu provas anexadas, depois, no inquérito policial, ou no processo, não pode ser agente de prova em juízo, relativamente aos fatos por ele investigados” (STJ, 6ª Turma, AgReg em AI 72368/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 31.03.1997).

<sup>81</sup> ÊVANES AMARO SOARES JÚNIOR, “A funcionalidade da pena e a criminogênese contemporânea”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 13, p. 138, jan./jun. 2001.

<sup>82</sup> Em doutrina, é o que afirma VÍCTOR FAIREN-GUILÉN, “Tendencias actuales del derecho procesal penal”, in *Tendencias actuales del derecho* (obra organizada por José Luis Soberanes Fernández), pp. 18/19, Universidad Nacional Autónoma de México – Fondo de Cultura Económica, México, 2001. Em nível internacional, vide, ainda, as amplísimas atribuições que foram conferidas ao órgão do Ministério Público junto à Corte Penal Internacional, segundo o disposto nos arts. 53 e 54 do Tratado de Roma, aprovado em 17 de julho de 1998 pelas Nações Unidas, cuja redação original em espanhol se transcreve em parte: “Artículo 53. Inicio de una investigación. 1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto (...);” “Artículo 54. Funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones. 1. El Fiscal: a) A fin de establecer la veracidad de los hechos, podrá ampliar la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para determinar si hay responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto y, a esos efectos,



itinerário que inevitavelmente levará, mais cedo ou mais tarde, à adoção da teoria do “Promotor investigador”.

## 2. A atividade probatória desenvolvida pelo órgão do Ministério Público na fase processual.

Instaurada a relação processual, o ônus de comprovar os fatos narrados na exordial acusatória recai, sem dúvida, sobre aquele que deduziu em juízo a pretensão punitiva, imputando ao(s) réu(s) o(s) fato(s) criminoso(s) e requerendo a sua condenação<sup>83</sup>. E, em se tratando de ação penal de iniciativa pública, incumbirá ao órgão do Ministério Público desenvolver tal mister<sup>84</sup>.

Os elementos informativos colhidos na fase investigativa prévia ao processo servem exclusivamente para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público e para a aferição, pelo órgão jurisdicional, da viabilidade da acusação. Assim, porque não submetidos ao crivo do contraditório, não poderão ser valorados como suporte probatório apto a embasar a prolação do provimento jurisdicional, ressaltando-se as chamadas provas *irrepetíveis*<sup>85</sup>, que serão submetidas a

---

*investigará tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes; b) Adoptará medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte. (...) 3. El Fiscal podrá: a) Reunir y examinar pruebas; b) Hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de investigación, las víctimas y los testigos; c) Solicitar la cooperación de un Estado u organización o acuerdo intergubernamental de conformidad con su respectiva competencia o mandato (...)*”.

<sup>83</sup> No sentido do texto, *vide*, dentre outros, AFRÂNIO SILVA JARDIM, “O ônus da prova na ação penal condenatória”, in *Direito Processual Penal*, p. 221, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997; LUIZ FLÁVIO GOMES, “Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência”, in *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*, p. 112, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998; JOSÉ LISBOA DA GAMA MALCHER, *Manual de Processo Penal*, p. 337, 2ª edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 1999; KAI AMBOS e FAUZI HASSAN CHOUKR, *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*, p. 150, Editora Método, São Paulo, 2001. Expressos, neste ponto, o art. 53 do Código Procesal Penal paraguaio: “La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público, quien deberá probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten su acusación”, o artículo 6º do Código de Procedimiento Penal da Bolívia: “(...) La carga de la prueba corresponde a los acusadores y se prohíbe toda presunción de culpabilidad”, e o artículo 234 do Código de Procedimiento Penal da Colômbia: “(...) Durante la actuación, la carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la Fiscalía”.

<sup>84</sup> É o entendimento já esposado pelo STF: “A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. (...) Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937, art. 20, n. 5)” (STF, 1ª Turma, HC 73338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 19.12.1996, p. 51766).

<sup>85</sup> Já decidiu o STF: “Princípio do contraditório e provas irrepetíveis. O dogma derivado do princípio constitucional do contraditório de que a força dos elementos informativos colhidos no inquérito policial se esgota com a formulação da denúncia tem exceções inafastáveis nas provas – a começar

contraditório posterior<sup>86</sup>. Portanto, a tarefa de aportar elementos de prova aos autos deve ser renovada após instaurada a relação processual, surgindo assim um verdadeiro *direito subjetivo à prova*, possibilitando-se às partes influir em todas as operações desenvolvidas para a constituição do material probatório que servirá de base à cognição judicial<sup>87</sup>.

E a atividade probatória já se inicia no momento mesmo da deflagração da ação penal quando o *Parquet* arrola, em sua exordial acusatória, testemunha(s) e ofendido(s), requerendo sejam notificados a comparecer a juízo para prestar depoimentos ou declarações (art. 41 do CPP). Também nesta ocasião processual já lhe é lícito requerer ao Juiz a realização das diligências que reputar convenientes (art. 399 do CPP)<sup>88</sup> e também requerer a juntada de prova documental. Esta última, aliás, salvo exceções expressas (e.g., arts. 406, § 2º, e 475 do CPP), poderá ser apresentada em qualquer fase do processo (arts. 231 e 400 do CPP).

Durante o curso da instrução, principalmente na realização das audiências, também desempenha o Ministério Público importante papel, seja requerendo ao Juiz a formulação de perguntas às testemunhas (art. 212 do CPP), seja inquirindo-as diretamente no procedimento relativo ao Tribunal do Júri (art. 467)<sup>89</sup>. Ainda durante a etapa instrutória e diante do princípio da *liberdade dos meios de prova*<sup>90</sup>, poderá *propor* que se realizem variados outros meios de prova, tais como perícias, acareações, reconhecimentos de coisas e de pessoas etc. Após a colheita da prova testemunhal, mas antes, porém, do oferecimento de suas alegações finais, ainda se assegura ao órgão acusador, no procedimento comum ordinário, o requerimento de diligências "*cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução*" (art. 499 do CPP).

---

do exame de corpo de delito, quando efêmero o seu objeto – que, produzidas no curso do inquérito, são irrepetíveis na instrução do processo: porque assim verdadeiramente definitivas, a produção de tais provas, no inquérito policial, há de observar com rigor as formalidades legais tendentes a emprestar-lhe maior segurança, sob pena de completa desqualificação de sua idoneidade probatória" (STF, 1ª Turma, HC 74751/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 03.04.1998).

<sup>86</sup> ADA PELLEGRINI GRINOVER, "A instrução processual penal em Ibero-América", in *O processo em evolução*, p. 243, 2ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998.

<sup>87</sup> Neste sentido, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *Direito à prova no processo penal*, p. 85, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

<sup>88</sup> Quanto à possibilidade de requerimento de diligências no momento do oferecimento da denúncia, confira-se ementa de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: "Diligências requeridas pelo Ministério Público na oportunidade do oferecimento da denúncia, a qual imputa ao acusado delitos de ação pública incondicionada – Pertinência e tempestividade da prova requerida – Indeferimento no Juízo de origem – Decisão insustentável – Reclamação procedente" (TJ-RJ, 4ª Câmara Criminal, Reclamação nº 70/00, Rel. Des. Telma Musse Diuana, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 13, pp. 505/512)..

<sup>89</sup> Quanto à inquirição de testemunhas realizada diretamente pelas partes no rito do Tribunal do Júri, vide HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, *Júri – Procedimentos e aspectos do julgamento – Questionários*, p. 130, 10ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001, e EDILSON MOUGENOT BONFIM, *Júri – Do inquérito ao plenário*, pp.177/184, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

<sup>90</sup> Sobre o referido princípio consulte-se, por todos, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 3º Volume, pp. 206/214, 17ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995.

Depois de reunido nos autos o material probatório, é chegado o momento de o Ministério Público ofertar suas alegações finais, que constituem, diga-se, *termo essencial do processo*<sup>91</sup>. Mas não se pense que o órgão ministerial nesta fase está necessariamente jungido ao pedido condenatório que formulou. Não! Se de sua acurada avaliação resultar o entendimento de que existem nos autos elementos *suficientes* a embasar provimento condenatório, deverá manifestar-se neste sentido. Não logrando, contudo, desincumbir-se do ônus de comprovar os fatos narrados na exordial acusatória, ou mesmo se convencendo, por qualquer razão trazida ao processo, não merecer acolhida a pretensão condenatória, deverá *opinar*<sup>92</sup> no sentido da absolvição do(s) imputado(s), consoante permissivo constante do art. 385 do Código de Processo Penal. Cristalina, aqui, a posição do Ministério Público como fiscal da correta aplicação da lei (art. 257). Esta qualidade pode ainda ser observada na possibilidade de impetrar *habeas corpus* em favor do acusado (art. 654 do CPP) ou, ainda, de interpor recurso que, motivado pela aplicação correta da lei, venha a trazer algum benefício ao sentenciado<sup>93</sup>. Vê-se, pois, que a caricatural expressão “*parte imparcial*”, tão criticada por respeitabilíssimos setores da doutrina<sup>94</sup>, serve perfeitamente ao Ministério Público brasileiro que, sob este ponto de vista, é de fato imparcial<sup>95</sup>.

Finalize-se com a assertiva de que, para levar a cabo todo este mister, desfruta o *Parquet* de uma gama de poderes processuais. O próprio Estatuto Processual Penal de 1941 fez constar de maneira expressa em seu Título III, relativo à ação penal, que “*se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los,*

---

<sup>91</sup> SERGIO DEMORO HAMILTON, “A relevância das alegações finais no processo penal”, in *Temas de Processo Penal*, p. 116, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

<sup>92</sup> Precisas, neste passo, as considerações de AFRÂNIO SILVA JARDIM: “Quando o Ministério Público opina pela absolvição do réu não está desistindo da ação já exercitada, pois ela é indisponível (art. 42). Preciso o Código quando usa a palavra ‘opina’, pois o pedido formulado na denúncia não pode ser objeto de retratação. Não se pede duas vezes e, com mais razão, não poderia o Ministério Público pedir em testilha com o seu pedido original” (ob. cit., p. 128).

<sup>93</sup> Decidiu recentemente o Excelso Pretório, reiterando entendimento pacificado: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer quer como parte, quer como fiscal da lei. Poderá fazê-lo, inclusive, em favor do réu” (STF, 2ª Turma, RHC 80077/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU de 21.09.2001).

<sup>94</sup> Assim, por todos, vide FRANCESCO CARNELUTTI, “Poner en su puesto al Ministerio Público”, in *Cuestiones sobre el Proceso Penal* (tradução de Santiago Sentís Melendo), pp. 214 e segs., Librería el Foro, Buenos Aires, 1960.

<sup>95</sup> Neste sentido, MARCO ANTONIO DE BARROS, *A busca da verdade no Processo Penal*, p. 155, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002. Em sede jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já decidiu: “Ao Ministério Público, atuando como titular da ação penal, incumbe propugnar sempre pela prevalência da verdade real. Convencido da existência de vício de procedimento em prejuízo à defesa, deve envidar esforços no sentido do imediato reconhecimento de tal circunstância. A postura robustece a crença na atuação do Órgão, além de servir aos ideais de Justiça. Isto ocorre quando, instado a falar sobre o recurso interposto, abandona a inflexibilidade contrária à característica orgânica do Direito e ressalta a procedência do inconformismo veiculado nas razões recursais” (STF, 2ª Turma, HC 70434/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 01.07.1994, p. 17481).

diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los" (art. 47). Robusteceram tais poderes requisitórios<sup>96</sup> e atribuíram outras prerrogativas processuais<sup>97</sup> ao *Parquet* a Lei nº 8.625/93 e a Lei Complementar nº 75/93, de modo a possibilitar ampla atuação probatória visando à conseqüente efetividade do processo penal.

### 3. As provas obtidas por meios ilícitos e o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

Como se tentou demonstrar até aqui, há momentos distintos da atuação do Ministério Público no que toca à colheita de elementos de prova: primeiramente, detendo a faculdade discricionária de investigar diretamente as infrações penais, poderá obter, *de per se* ou com o auxílio da atividade de polícia judiciária, suporte probatório necessário ao exercício da ação penal; posteriormente à instauração da relação processual, e diante do ônus que lhe compete de comprovar a conduta criminosa atribuída ao réu, *deverá* envidar todos os esforços na busca de material que possa evidenciar, *tanto quanto possível*, o que se passou no mundo dos fatos, tendo em mira sempre a consecução de um resultado *justo*.

Neste contexto, surge a inevitável problemática da admissão, ou não, no Processo Penal, das provas obtidas com violação de uma norma jurídica, aqui abrangidas as chamadas *provas ilegítimas* (obtidas com violação de norma jurídica de direito processual) e as denominadas *provas ilícitas* (produzida com infringência de norma de caráter material)<sup>98</sup>. Com efeito, muito já se discutiu o tema na ciência processual, formando-se, a respeito, duas teses radicais: a primeira, com sustentáculo nos princípios do livre convencimento do Juiz e da busca da "verdade real"<sup>99</sup>, sustenta que deve prevalecer, em qualquer caso, o interesse da Justiça no descobrimento da verdade. Assim, a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil à formação do

<sup>96</sup> Assim, *e. g.*, a Lei nº 8.625/93 que, em seu art. 26, II, possibilitou ao *Parquet* "requisitar informações ou documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie", o que também foi encampado pelo art. 8º, IV, da Lei Complementar nº 75/93.

<sup>97</sup> Dentre muitas, cite-se, no âmbito da Lei nº 8.625/93, a prerrogativa de "examinar, em qualquer Juízo ou Tribunal, autos de processos findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos" (art. 41, VII).

<sup>98</sup> A distinção doutrinária entre provas ilícitas e provas ilegítimas, feita primeiramente por PIETRO NUVOLONE, é de tradicional acolhida, como bem observa ADA PELLEGRINI GRINOVER: "Mas já é preciso estabelecer outra distinção: a prova pode ser ilegal, por infringir à norma, quer de caráter material, quer de caráter processual. Quando a prova é feita em violação a uma norma de caráter material, essa prova é denominada por NUVOLONE de *prova ilícita*. Quando a prova, pelo contrário, é produzida com infringência a uma norma de caráter processual, usa ele o termo 'prova ilegítima'" ("*Provas ilícitas*", in *O processo em sua unidade II*, p. 171, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984). A pena ilustre de SERGIO DEMORO HAMILTON, porém, ressalta que a distinção vale "tão-somente para fins didáticos, pois, nos dois casos, haveria manifesta ilegalidade" ("*As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito*", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 253, jan./jun. 2000).

<sup>99</sup> A exposição segue LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, *Provas ilícitas - Intercaptações telefônicas e gravações clandestinas*, p. 45, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

convencimento do Juiz; a prova colhida ilicitamente será admissível, sem prejuízo da punição a que se sujeitará o infrator da norma legal<sup>100</sup>. É a teoria que se convencionou denominar *male captum, bene retentum*, vale dizer, mal colhido porém bem conservado<sup>101</sup>. A segunda tese sustenta que o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegalmente obtida<sup>102</sup>.

A influência doutrinária, sobretudo da última tese supramencionada, refletiu no plano legal, e os ordenamentos jurídicos vêm regulamentando a matéria com idêntica finalidade: não admitir no processo as provas obtidas com infração de uma norma jurídica. Porém, cada qual o fez à sua maneira: seja lançando proibição genérica<sup>103</sup>, seja oferecendo um rol exemplificativo de meios proibidos de prova<sup>104</sup>. Para tanto, ainda influenciou decisivamente a construção, pela Suprema Corte norte-americana, das chamadas *exclusionary rules* (regras que excluem a admissão de certas provas em processo judicial), cuja matriz essencial é a IV Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que confere proteção

<sup>100</sup> A exposição segue JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 109, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

<sup>101</sup> Como assinala ADA PELLEGRINI GRINOVER, "essa teoria foi muito bem condensada por FRANCO CORDERO, processualista penal de Roma, que utiliza expressão bastante significativa para tal prova: *male captum, bene retentum*, o que foi mal colhido (no momento material) foi bem conservado (no momento processual). Também se filiam a essa corrente autores como CARNELUTTI, na Itália, e ROSENBERG, na Alemanha" ("*Provas ilícitas*", in *O processo em sua unidade II*, p. 173, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984).

<sup>102</sup> Quase textualmente, é o que expõe JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 109.

<sup>103</sup> Com disposições um tanto quanto genéricas, tem-se, v. g., o Código de Procedimiento Penal da Colômbia que, em seu artículo 235, estabelece: "*Rechazo de las pruebas. Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas*". De certo modo é o que também faz o Codice di Procedura Penale italiano em seu art. 191.1: "*Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*", embora às vezes explicite métodos vedados, como o faz, e. g., no art. 188: "*(Libertà morale della persona nell'assunzione della prova). Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti*".

<sup>104</sup> Assim, v. g., o Código de Processo Penal português que, após estabelecer serem "admissíveis as provas que não forem proibidas por lei" (art. 125), elenca, em seguida, em seu art. 126, um rol de "métodos proibidos de prova": "1. são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2. São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3. Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular".

contra buscas e apreensões arbitrárias (*unreasonable searches and seizures*)<sup>105</sup>. O constituinte brasileiro de 1988 também partiu do assunto, fazendo inserir, no Título II da Carta Magna, no Capítulo destinado aos *direitos e deveres individuais e coletivos*, a regra do art. 5º, LVI: “*são inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos*”. Decerto influenciado pela circunstância histórica condizente com o recente término do regime militar, quando eram frequentes e graves as violações de direitos fundamentais, optou pela radicalidade, estabelecendo a proibição em termos categóricos e aparentemente absolutos<sup>106</sup>.

Lembre-se, porém, que, para a saúde em geral, inclusive a do ordenamento jurídico, em nada contribuem os “radicais livres”. Por isto, tem surgido uma solução mais flexível na interpretação do referido dispositivo constitucional, que repele o emprego de fórmulas apriorísticas, deixando ao aplicador da lei a avaliação da situação em seus diversos aspectos: “a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias”<sup>107</sup>. Realiza-se uma operação de ponderação dos interesses conflitantes<sup>108</sup> que surgem do caso em análise, decidindo o julgador qual deve ser sacrificado e em que medida. A tarefa interpretativa, aliás, em qualquer ramo do ordenamento jurídico, consiste justamente em buscar solucionar os conflitos surgidos da contraposição de valores eleitos por diferentes normas jurídicas<sup>109</sup>. Alude-se, assim, ao *princípio da proporcionalidade*, como se faz na Alemanha (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), ou ao *princípio da razoabilidade*, segundo concepção norte-americana (*reasonableness*).

Nesta quadra, peço ao leitor que me perdoe por afirmação tão óbvia que já se vai tornando um lugar-comum: os direitos e garantias fundamentais previstos em sede constitucional *não* são absolutos<sup>110</sup>. Logicamente, também a garantia atinente à inadmissibilidade das provas adquiridas ilicitamente assume caráter

<sup>105</sup> Neste sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, p. 92, jul./dez. 2000.

<sup>106</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, pp. 121/122, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

<sup>107</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ob. cit. na nota anterior, p. 109.

<sup>108</sup> Salienta DANIEL SARMENTO que “o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela” (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 89, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002).

<sup>109</sup> PEDRO J. BERTOLINO deixou assentado: “*En cada caso concreto de interpretación que se da en el proceso penal, el intérprete se topa, dinámicamente, con intereses, fines y valores que confluyen en diversas relaciones tales como de concordancia, oposición, contradicción, tensión, etc. Ahora bien, interpretar lleva entonces a elegir o preferir entre aquellos, en cada caso ocurrente, recordando con PERELMAN que ‘una de las principales tareas de la interpretación jurídica es la de encontrar soluciones a los conflictos entre las reglas, jerarquizando para ello los valores que esas reglas deben proteger’*” (*El funcionamiento del derecho procesal penal – Interpretación. Determinación. Integración. Aplicación*, p. 146, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985).

<sup>110</sup> Mesmo antes da Constituição da República de 1988, já era o que afirmavam, dentre outros, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Prova. Gravações de conversas telefônicas interceptadas”, in *Direito Aplicado – Acórdãos e votos*, p. 170, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987, e MANOEL GONÇALVES

relativo<sup>111</sup>. Com efeito, outros valores há estampados na Carta Constitucional que se colocam em idêntico patamar ao da garantia insculpida no inciso LVI do art. 5º da Constituição. Pense-se, por exemplo, na proteção constitucional do direito de ação (art. 5º, XXXV), que comporta o direito de provar em juízo os fatos em que se baseia a acusação; ou mesmo no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo e aos chamados crimes hediondos, que também representa um valor constitucional consoante se extrai do art. 5º, XLIII, da Carta Magna<sup>112</sup>. Diante da colisão entre tais valores e o que estabelece a vedação da admissão das provas ilícitas, deve-se tentar encontrar um *justo equilibrio* para que qualquer deles não se torne abusivo<sup>113</sup>.

Quanto à viabilidade da aplicação do princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade) no âmbito da vedação da ilicitude probatória, a doutrina está longe de alcançar consenso. Mesmo cultores do referido princípio chegam a proscrever, de maneira radical, ante a literalidade do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição da República, a admissão das provas obtidas por meios ilícitos em processo judicial, chegando mesmo a não admitir, nesta hipótese, sua aplicação<sup>114</sup>. Outros, ainda que com alguma parcimônia, se mostram favoráveis à aplicação do princípio da proporcionalidade, abrandando a vedação da admissão da ilicitude probatória, mas tão-somente quando o material colhido

---

FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição brasileira*, p. 634, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1984. Após a Carta Magna de 1988, *vide*, no mesmo sentido, dentre inúmeros, SERGIO DEMORO HAMILTON, "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 259, jan./jun. 2000; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "O futuro do processo civil brasileiro", in *Fundamentos do processo civil moderno*, Vol. II, p. 758, 3ª edição, Malheiros Editores, 2000; ADA PELLEGRINI GRINOVER, "As provas ilícitas na Constituição", in *O processo em evolução*, p. 45, 2ª edição, Editora Forense Universitária, 1998 e WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 17, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001. No mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitadas os termos estabelecidos pela própria Constituição" (STF, Tribunal Pleno, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 12.05.2000, p. 20).

<sup>111</sup> Por todos, *vide* JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 113, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

<sup>112</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *ob. cit.* na nota anterior, p. 123.

<sup>113</sup> Perfeitas, neste sentido, as advertências lançadas por ANTONIO GOZALEZ-CUÉLLAR, JOSÉ J. HERNANDEZ GUIJARRO, JOSÉ MARIA PAZ RUBIO, LUIS RODRIGUES RAMOS e JOSÉ TOMÉ PAULE: "*Naturalmente que se trata, una vez más, de encontrar el más justo equilibrio para que el derecho no se convierta en abuso o fraude de Ley, sobretodo porque se ha dicho muchas veces que el abuso no es uso sino corruptela (Abusus non est usus, sed corruptela). Por eso es también cierto que el derecho, todo derecho, puede tener sus excepciones para supuestos igualmente excepcionales. En consecuencia, los principios constitucionales han de ser respetados obligatoriamente, pero en casos especiales, muy especiales, el mantenerlos hasta sus últimas consecuencias puede suponer llegar a situaciones imposibles y, a la vez, a la impunidad penal más absoluta en detrimento de supremos intereses, si aquéllos se interpretan arbitraria e ilógicamente*" (*Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado*, p. 179, Editorial Colex, Madrid, 2001).

<sup>114</sup> Assim, LUIS ROBERTO BARROSO, "A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e provas ilícitas", in *Temas de Direito Constitucional*, pp. 217/222, 2ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002. O mesmo autor, em valiosa obra sobre hermenêutica constitucional, chega a asseverar, em

em contrariedade ao ordenamento jurídico favoreça o acusado <sup>115</sup>. Mas e a situação de a prova obtida por meio ilícito vir a ser utilizada pelo Ministério Público em benefício dos interesses da acusação? Seria cabível, nesta hipótese, invocar-se o princípio da proporcionalidade a fim de se aceitar a prova ilícita *pro societate*? Raros os ordenamentos jurídicos que se ocuparam expressamente da questão <sup>116</sup>, porém parcela significativa da doutrina vem entendendo possível a aplicação do mencionado princípio neste caso <sup>117</sup>, o que, aos poucos, já vai refletindo na jurisprudência dos tribunais <sup>118</sup>.

Em se admitindo a aplicação do princípio da proporcionalidade de modo a abrandar a vedação probatória favoravelmente à defesa, o que nos parece correto, outro valor constitucional, o da igualdade das partes, ficaria injustamente

---

aparente contradição, que “o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido a seu conhecimento” (*Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 228, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999).

<sup>115</sup> V. g., ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *As nulidades no Processo Penal*, pp. 134/135, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998; LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *O processo penal em face da Constituição*, p. 49, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998; LUIZ FLÁVIO GOMES e RAUL CERVINI, *Interceptação telefônica*, p. 147, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997; DANIEL SARMENTO, ob. cit., p. 180.

<sup>116</sup> Assim o fez o Código de Procedimiento Penal da Bolívia, em seu artigo 71º, dispondo: “*Illegalidad de la prueba. Los fiscales no podrán utilizar en contra del imputado pruebas obtenidas en violación a la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes*”.

<sup>117</sup> SERGIO DEMORO HAMILTON, “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, pp. 259/260, jan./jun. 2000; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, pp. 112/113, Editora Saraiva, São Paulo, 1997; ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, *Da prova no processo penal*, pp. 64/65, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999; MARCELLUS POLASTRI LIMA, *A prova penal*, pp. 68/70, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002; PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS e THALES CEZAR DE OLIVEIRA, *Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal*, p. 112, Themis Livraria e Editora, São Paulo, 2001; MARIA CECÍLIA PONTES CARNAÚBA, *Prova ilícita*, p. 100, Editora Saraiva, São Paulo, 2000. Ao que parece, é a opinião de MARIA CUNHA SILVA ARAÚJO DE CARVALHO, “Prova ilícita”, in *Revista dos Tribunais*, Vol. 801, p. 443, julho de 2002, e de CESAR DARIO MARIANO DA SILVA, *Provas ilícitas*, pp. 34/35, 2ª edição, Leud, São Paulo, 2002.

<sup>118</sup> Confira-se ementa de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça: “*Constitucional e Processual Penal. Habeas corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz através da ‘atualização constitucional’ (verfassungssaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (reasonableness). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (exclusionary rule) também lá pede temperamentos” (STJ, 6ª Turma, HC 3982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26.02.1996, p. 4084). Também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fez referência expressa à utilização do princípio da proporcionalidade em um de seus acórdãos: “(...) Certo, outrossim, que ante a natureza do crime de extorsão mediante seqüestro – crime formal e complexo – se justificava pelo princípio da razoabilidade a escuta telefônica e gravações levadas a efeito como preleciona*



postergado caso não se estendesse o mesmo entendimento à acusação<sup>119</sup>. Esta, aliás, por estranho que pareça, muitas vezes se vê em posição de inferioridade. Qualquer um que trafegue há algum tempo no foro criminal, sobretudo na condição de acusador ou juiz, sabe o quão extremamente penosa é a tarefa de obter meios de prova em relação a fatos praticados por organizações criminosas<sup>120</sup>. Negar aplicação ao princípio da proporcionalidade poderia equivaler, em casos de extrema gravidade, a “deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova por meios ortodoxos”<sup>121</sup>. Destarte, conquanto também sujeito, é claro, a restrições, o direito à prova, por parte da acusação, não deve ser sistematicamente sacrificado todas as vezes que o respectivo exercício porventura entre em conflito com o interesse do réu em não ver utilizados, contra si, elementos probatórios obtidos ilicitamente<sup>122</sup>. Convém, todavia, explicitar: o posicionamento favorável à aplicação do princípio da proporcionalidade, em favor da acusação, somente deve ser admitido em situações de gravidade excepcional ou de relevância social, vale dizer, quando seja a única forma de colocar em igual nível os pratos da balança que representa a Justiça.

Certamente se lançará a objeção de que da aplicação do princípio da proporcionalidade pode emergir inevitável arbítrio judicial, pois se coloca nas mãos do Juiz o poder de realizar a ponderação, elegendo qual valor deve preponderar na hipótese submetida à sua apreciação. “Mas cumpre não perder de vista quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração

---

o ilustre GOMES FILHO, em sua obra *Direito à Prova no Processo Penal*, Edição 1997” (TJ-RJ, Apelação nº 3.148/2000, Rel. Des. José Carlos Murta Ribeiro, *Revista de Direito do TJ-RJ* nº 51, abril/junho de 2002, pp. 359/368).

<sup>119</sup> Neste sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 112, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

<sup>120</sup> Preciso o saudoso LUIZ CARLOS CÁFFARO quanto à dificuldade de produção de prova nos casos de crimes praticados por organizações criminosas: “Tal modelo de criminalidade, estruturado em sólidas bases empresariais – o que pressupõe organicidade e permanência – implica no reconhecimento de uma bem urdida pirâmide funcional, do alto da qual os ‘executivos do crime’ comandam as ações de seus asseclas menores e onde a prévia divisão de atividades, em que cada agente desempenha o seu papel, dificulta sobremaneira o trabalho da Justiça que, dificilmente consegue atingir e punir os responsáveis direitos pelo crime, com claros reflexos no crescimento da impunidade. Essa privilegiada classe de criminosos logra obter, em face de sua maior capacidade delitativa, superlativa proteção contra a produção de provas de sua culpa. Sob tal aspecto, note-se que a obtenção de prova da ‘gerência’ desse tipo de ‘negócio’ é dolorosa e isto porque os asseclas inferiores, na maioria das vezes, assumem a culpa e se calam em relação aos seus ‘protetores’, cientes da penalidade imposta àqueles que ‘falam demais’: a pena capital!” (“O Ministério Público e o crime organizado”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1, pp. 108/109, jan./jun. 1995).

<sup>121</sup> EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, “Prova ilegalmente obtida”, in *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, nº 31, p. 28, jan./março de 1983.

<sup>122</sup> Em sentido aproximado, vide JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Gravações de conversas telefônicas interceptadas”, in *Direito Aplicado - Acórdãos e votos*, p. 171, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987.

(inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados”<sup>123</sup> (por exemplo, o de *ordem pública*, para o efeito de decretação de prisão preventiva). Impossível, portanto, eliminar de todo a subjetividade judicial. Assinale-se, ainda, que cumprirá ao Juiz que proferir a decisão acolhendo a aplicação da teoria da proporcionalidade, motivá-la cuidadosamente<sup>124</sup>. Tal decisão estará ainda sujeita ao controle da instância recursal, “criando-se a partir daí uma jurisprudência que servirá de critério indicador para casos futuros”<sup>125</sup>.

Voltando rapidamente ao plano jurisprudencial, assevere-se que, mesmo diante destes argumentos, o Supremo Tribunal Federal não se vem mostrando sensível à aplicação do princípio da proporcionalidade com relação à garantia prevista no art. 5º, LVI, da Constituição da República<sup>126</sup>. Ressoa óbvio que a aplicação intransigente do referido preceito pode levar a injustiças gritantes, sobretudo diante da nefasta criminalidade organizada e que, por vezes, atua a nível transnacional<sup>127</sup>. Porém, ao que parece, esta preocupação ainda não foi devidamente colocada na ordem do dia pelo Excelso Pretório.

Rememore-se: não se está aqui a advogar, por inaceitável diante de nosso ordenamento constitucional, o princípio do *male captum, bene retentum*, vale dizer, a admissão irrestrita das provas obtidas por meios ilícitos, com a releas consequência da punição do infrator que as produziu ao arrepio da norma garantista. Tal aceitação levaria ao incentivo da prática de condutas contrárias ao direito, sobretudo por autoridades públicas, o que acarretaria grave instabilidade nas relações sociais<sup>128</sup>. Tampouco se está elevando a busca da

<sup>123</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 110, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

<sup>124</sup> SERGIO DEMORO HAMILTON, “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 259, jan./jun. 2000.

<sup>125</sup> SERGIO DEMORO HAMILTON, ob. cit., p. 260.

<sup>126</sup> Já assentou o STF: “(...) Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação” (STF, 1ª Turma, HC 80949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 14/12/2001, p. 26).

<sup>127</sup> Quanto à aplicação intransigente da teoria da inadmissibilidade absoluta das provas obtidas por meios ilícitos, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, com incomparável argúcia, deixou assinalado: “São esses, os peritos em atividades sofisticadamente anti-sociais, lesivas não apenas do patrimônio privado, ou de qualquer outro direito individual, mas de relevantes interesses da coletividade; são esses – os grandes sonegadores de impostos, os seqüestradores profissionais, os artífices de audaciosas fraudes financeiras, os aventureiros bafejados pela proteção ou pela conveniência de administradores corruptos – que com maior probabilidade se beneficiarão (e, em certos casos, já se terão beneficiado), por exemplo, da aplicação mecânica e indiscriminada, quando não ostensivamente contrária à respectiva *ratio*, das regras sobre provas obtidas por meios ilícitos. A exacerbção do ‘garantismo’ conduz af a resultados incompatíveis com uma política criminal que leve em conta as necessidades mais prementes da atual conjuntura” (“A justiça e nós”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 06, Editora Saraiva, São Paulo, 1997).

<sup>128</sup> Em sentido aproximado ao do texto, ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Provas ilícitas”, in *O processo em sua unidade II*, p. 176, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

verdade (ou, como já se afirmou com propriedade, da porção acessível da verdade <sup>129</sup>) à finalidade última da persecução criminal. O que se postula é a aplicação, seja em benefício do réu, seja em benefício do órgão da acusação, do princípio da proporcionalidade. Neste último caso, porém, somente se admitirá a utilização, pelo Ministério Público, da prova obtida em atitude contrária ao Direito em hipóteses de excepcional gravidade e, ainda assim, mediante circunstanciada motivação judicial.

#### 4. Exceções à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

Importante desdobramento da questão concernente à ilicitude probatória diz respeito à admissão, ou não, no processo, de elementos probatórios cuja obtenção, em si mesma, não infringiu nenhuma norma jurídica, mas que somente puderam ser descobertos em virtude de ato anterior ilegalmente praticado. Exemplifique-se com a confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regular e lícitamente apreendido <sup>130</sup>; ou então com a interceptação telefônica clandestina e ilegal, por meio da qual se vem a obter a indicação de testemunha que, posteriormente, prestando depoimento regularmente perante a autoridade judiciária, ratifica os fatos revelados na aludida interceptação, de maneira a incriminar o réu <sup>131</sup>. É o que se convencionou denominar *provas ilícitas por derivação*, problema que apenas se apresenta, logicamente, nos ordenamentos que inadmitem, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

A questão foi colocada perante a Suprema Corte norte-americana que, no *case Silverthorne Lumber Co v. United States*, em 1920, construiu a doutrina denominada fruto da árvore envenenada ("*fruit of the poisonous tree*") <sup>132</sup>, segundo a qual qualquer informação ou evidência obtida a partir ou em consequência

<sup>129</sup> Sutil e perfeita a observação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del Proceso Penal", in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

<sup>130</sup> O exemplo é dado por LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 73.

<sup>131</sup> Já este exemplo é retirado de SERGIO DEMORO HAMILTON, "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 11, p. 254, jan./jun. 2000.

<sup>132</sup> Cite-se, neste ponto, a lição de NORMAN M. GARLAND e GILBERT B. STUCKEY: "Six years after the Weeks case announced the exclusionary rule, the case *Silverthorne Lumber Co v. United States* was decided, and an additional restriction was placed upon federal officers and the admissibility of evidence. *Silverthorne* held that not only is illegally obtained evidence inadmissible, but other information derived from de illegal evidence is also inadmissible. The fruit of the poisonous tree doctrine was thus established. This doctrine has been reiterated many times in recent decisions. According to the doctrine, if the search itself is illegal, it is like a poisonous tree. Any information gained as a result of such is also tainted by illegal search and is inadmissible against the defendant – it is poisonous fruit of a poisonous tree. The exclusionary rule and the fruit of poisonous tree doctrine apply to evidence derived from violations of a person's Fifth and Sixth Amendment rights to the same extent that they apply to unlawful searches and seizures" (*Criminal evidence for the law Enforcement Officer. Exclusionary Rule*, p. 295, Glencoe McGraw-Hill, 2000).

de uma outra prova ilicitamente colhida também será ilegal. Vale dizer: “se as raízes estão viciadas, contaminado fica tudo que delas provém”<sup>133</sup>.

Tal teoria, cunhada sob os moldes da realidade norte-americana, vem sendo prestigiada em nível internacional, já tendo sido adotada, no plano legislativo, por alguns países latino-americanos<sup>134</sup>, que a inseriram expressamente em disposições de seus Estatutos Processuais Penais<sup>135</sup>. A Constituição brasileira de 1988 silenciou neste ponto, não tomando partido quanto ao problema; e tampouco o legislador infraconstitucional fez inserir, *por enquanto*<sup>136</sup>, qualquer dispositivo no Código de Processo Penal ou em legislação extravagante adotando expressamente a teoria. Todavia, a importação, por vezes isenta de qualquer imposto, já foi realizada pela doutrina<sup>137</sup> e inclusive pela jurisprudência

<sup>133</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 12, p. 93, jul./dez. 2000.

<sup>134</sup> A respeito da crescente influência do direito norte-americano sobre os países latino-americanos consulte-se, por todos, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Processo civil e processo penal: mão e contramão?”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 8, pp. 202/203, jul./dez. 1998, e “Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal”, in *Temas de Derecho Processual*, Sétima Série, pp. 217/229, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

<sup>135</sup> O Código Procesal Penal do Paraguai de 1998 dispôs em seu artículo 174: “Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías procesales consagradas en la Constitución, en el derecho internacional vigente y en las leyes, así como todos los otros actos que sean consecuencia de ellos”. O Código de Procedimiento Penal da Bolívia de 1999 estabeleceu em seu artículo 172: “Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y Tratados internacionales vigentes, este Código y otras leyes de la República, así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito (...)”. O Código de Procedimiento Penal do Equador de 2000 dispôs em seu art. 80: “Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías”. No mesmo sentido o artículo 214 do Código Orgánico Procesal Penal da Venezuela de 1998: “Licitud de la Prueba. (...) No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos”.

<sup>136</sup> O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal elaborado pela Comissão presidida pela Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, nomeada pela Portaria n° 61/2000 do Ministério da Justiça, contém proposta de modificação do art. 157 do Código de Processo Penal, que passaria a ter a seguinte redação: “Art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais. § 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras. § 2º: Após o trânsito em julgado da decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório. § 3º: O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença”.

<sup>137</sup> A doutrina que se vem mostrando majoritária prestigia a adoção da teoria. Assim, dentre muitos, vide ADA PELLEGRINI GRINOVER, “As provas ilícitas na Constituição”, in *O processo em evolução*, pp. 51/52, 2ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit., p. 110; e LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 78. Em sentido contrário, HÉLIO TORNAGHI que, sem maiores considerações, entende não merecer acolhida: “Valem as provas legalmente obtidas seguindo-se as indicações dadas pelas ilegalmente conseguidas? Para ilustrar: o réu confessa sob coação, com riqueza de pormenores (fato ilícito). Cada um destes pormenores

pátrias<sup>138</sup>, não sendo inoportuno registrar aqui o perigo de não se aferir escrupulosamente “a compatibilidade entre o enxerto pretendido e a compleição do organismo que o vai acolher. Negligenciar esse ponto é assumir sério risco de rejeição do transplante”<sup>139</sup>.

A respeito do tema, duas indagações saltaram à cabeça do autor destas linhas. A primeira: seria mesmo possível a adoção de tal teoria diante do ordenamento pátrio? A segunda pressupõe resposta afirmativa dada à precedente: uma vez admitida a sua aplicação, haveria exceções ou temperamentos dignos de serem levados em conta? Desapontado ficará o leitor se pretender encontrar as respostas em caráter definitivo e correto neste texto, pois o tema poderia ser objeto de substancial monografia, que se deixa para mentes obviamente mais aguçadas e talentosas. Seguem apenas algumas parcas reflexões, em relação às quais não me poderia esquivar.

---

é averiguado de maneira lícita (com buscas, inspeções, inquirições, perícias etc.). Pode o juiz ter presentes essas outras provas? Na Alemanha a *communis opinio* afirma que sim (cita-se a exceção de K. SIEGERT). Em contrapartida, a jurisprudência americana responde negativamente. A questão é menos jurídica do que de política processual. A meu ver, devem levar-se em conta essas outras provas” (*Curso de Processo Penal*, Volume 1, p. 307, 9ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995). No mesmo sentido, mas com o argumento de não se poder aplicar a teoria por falta de previsão constitucional, PAULO RANGEL, ob. cit., pp. 387/388.

<sup>138</sup> O Supremo Tribunal Federal, não sem polêmica entre seus Ministros, acolheu expressamente a teoria das provas ilícitas por derivação utilizando-se da doutrina norte-americana: “É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos “frutos da árvore venenosa”. Inexistência de prova autônoma. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. *Habeas-corpus* conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art.150, § 3º), para anular o processo *ab initio*, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente” (STF, 2ª Turma, HC 74116/SP, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, DJU de 14.03.1997, p. 06903). O entendimento foi reiterado posteriormente: “Prova ilícita: interceptação inválida, não obstante a autorização judicial, antes, porém, da Lei 9.296/96, que a disciplina, conforme exigência do art. 5º, XII, da Constituição (cf. HC 69.912, Plen., 16.12.93, Pertence, RTJ 155/508): contaminação das demais provas – a partir da prisão em flagrante e da apreensão do tóxico transportado por um dos co-réus – porque todas contaminadas pela ilicitude da interceptação telefônica, que as propiciou (*fruits of the poisonous tree*): precedentes (...). A doutrina da proscição dos *fruits of the poisonous tree*, é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da prova ilícita, mas, também, a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência da legitimidade jurídica da ação de toda autoridade pública” (STF, 1ª Turma, HC 75545/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 09.04.1999); “As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. *Habeas corpus* conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5” (STF, Tribunal Pleno, HC 72588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 04/08/2000, p. 03; vencidos os Mins. Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves).

<sup>139</sup> As espirituosas palavras são de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 157, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

Primeiramente, cumpre considerar que o texto do art. 5º, LVI, da Constituição não estende as *exclusionary rule* às chamadas *provas ilícitas por derivação* e tampouco há norma legal neste sentido. Todavia, não somente por um critério de *causalidade*, mas principalmente em razão da *finalidade* com que são estabelecidas as proibições em matéria probatória, deve-se admitir a contaminação da prova secundária pela ilicitude original<sup>140</sup>. Sem dúvida, de nada valeria, em princípio, estabelecer-se a vedação da admissão das provas ilícitas no processo se, por via derivada, as informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento jurídico pudessem servir ao convencimento do Juiz. Seria trancar a porta e deixar aberta a janela, dando azo a que o nefasto “jeitinho brasileiro” entrasse mais uma vez em cena. Contudo, assentada tal premissa, impõe-se uma ressalva essencial: também aqui deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade<sup>141</sup>. A ponderação dos valores em jogo não pode ser subtraída à questão das provas ilícitas por derivação. Cuida-se de imperativo categórico. Pense-se, por exemplo, na hipótese de pessoas ligadas a organizações criminosas, ou até mesmo policiais, forjarem uma prova ilícita para, com isso, impedir o sucesso da investigação em andamento, de forma que tudo o que se venha a obter como consequência daquela seja considerado ilícito<sup>142</sup>. Somente a adoção do princípio da proporcionalidade seria capaz de rechaçar atitudes desta monta. Registre-se sob este ângulo, apenas em caráter informativo, que a doutrina e a jurisprudência alemãs não se inclinam, como regra, em adotar o dogma das provas ilícitas por derivação – o que lá se denomina “*efeito à distância*” (*fernwirkung*)<sup>143</sup>; porém, quando admitem a possibilidade de aplicação da teoria, a ela sempre aplicam a ponderação de interesses ínsita à proporcionalidade<sup>144</sup>.

A outra reflexão que parece relevante diz respeito à possibilidade de se aplicarem, na medida em que adequadas ao ordenamento jurídico brasileiro, as exceções com que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana tem temperado a doutrina do fruto da árvore envenenada. Referida Corte tem admitido diversas situações onde se excepciona a regra: quando, por exemplo, “o agente policial procedeu de boa-fé, ignorando a circunstância que lhe tornava

<sup>140</sup> ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit., p. 110; LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., p. 78 e MARCELLUS POLASTRI LIMA, *A prova penal*, p. 67, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

<sup>141</sup> Nestê sentido, SERGIO DEMORO HAMILTON, “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 255, jan./jun. 2000; MARCELO BATLOUNI MENDRONI, ob. cit., p. 229; RONALDO BATISTA PINTO, *Prova penal segundo a jurisprudência*, p. 09, Editora Saraiva, São Paulo, 2000; CESAR DARIO MARIANO DA SILVA, *Provas ilícitas*, p. 43, 2ª edição, Leud, São Paulo, 2002; EMMANUEL TEÓFILO FURTADO, “A Prova ilícita à luz do processo penal constitucional”, artigo disponível na Internet, no site [www.fesac.org.br](http://www.fesac.org.br), consultado em 27.10.2002. Ao que parece, também é a opinião de LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ob. cit., pp. 74/75.

<sup>142</sup> A advertência é feita por ANTONIO SACARANCE FERNANDES, *Processo Penal constitucional*, p. 83, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

<sup>143</sup> ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit., p. 109.

<sup>144</sup> DANILO KNIJNIK, “A ‘doutrina dos frutos da árvore venenosa’ e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93”, in *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)* nº 66, ano XXIII, p. 73, março de 1996.

ilegítima a atuação”<sup>145</sup> (cuida-se da chamada *the good faith exception*)<sup>146</sup>; ou “quando o vício de origem é ‘purgado’ por subsequente ato voluntário do réu, que, por exemplo, reitera *sponste sua* declaração constante de confissão ilicitamente obtida (*purged taint*)”<sup>147</sup>; em hipóteses nas quais se tem acesso à prova por meio legal, independente do viciado (a chamada *independent source*)<sup>148</sup>; ou ainda quando se demonstrar que o elemento probatório colhido ilicitamente seria inevitavelmente descoberto por meios legais (*inevitable discovery*)<sup>149</sup>.

Admitida a teoria das provas ilícitas por derivação, devidamente balizada pelo princípio da proporcionalidade, outro não pode ser o entendimento senão o de a ela se aplicarem as exceções formuladas no país de origem<sup>150</sup>. A tarefa de adequação das referidas exceções à realidade jurídica brasileira (*v. g.*, admitir que os agentes policiais possam agir de boa-fé quando procedem de forma ilícita), diante da falta de norma jurídica expressa, cabe, sem dúvida, à doutrina e, sobretudo, à jurisprudência. Esta última, aliás, já se vem mostrando sensível a alguns temperamentos<sup>151</sup>.

---

<sup>145</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 12, p. 93, jul./dez. 2000.

<sup>146</sup> Como bem assinala DANILO KNIJNIK, “tal exceção foi afirmada inicialmente no caso *United States v. Leon* de 1984, e governa as situações em que os policiais crêem, sinceramente, que sua diligência observou os ditames da IV Emenda. Em *Leon*, a Polícia da Califórnia cumpriu um mandado – posteriormente invalidado – de boa-fé. Os acusados argüiram a supressão da prova, mas a Suprema Corte entendeu que a matéria estava sendo regulada pela exceção em testilha” (ob. cit., p. 81).

<sup>147</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 93.

<sup>148</sup> Esclarece ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO que “a *independent source limitation* foi reconhecida pela Suprema Corte no caso *Bynum v. U.S.* (1960): o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais que comprovavam seu relacionamento com um roubo; em razão disso, a prova foi excluída porque *derivada* da prisão ilegal; num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do F.B.I.; assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária” (ob. cit., pp. 108/109, nota 48).

<sup>149</sup> Trazem-se à colação, ainda uma vez, as lições de NORMAN M. GARLAND e GILBERT. B. STUCKEY: “*Inevitable discovery exception: An exception to the fruit of the poisonous tree doctrine that states that the challenged evidence is admissible if the prosecution can show that the evidence would have been inevitably discovered, even in the absence of the police illegality*” (ob. cit., p. 296).

<sup>150</sup> Assim, DANILO KNIJNIK, ob. cit., pp. 82/83.

<sup>151</sup> O Supremo Tribunal Federal já decidiu: “Se o que ensejou o início das investigações sobre as atividades delitivas foram denúncias recebidas por agentes de polícia, cujos depoimentos constituem prova autônoma e não contaminada pela prova viciada, torna-se inquestionável a licitude da persecução criminal. A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única ou a primeira produzida no procedimento investigatório não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. Não logrando colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal” (STF, 2ª Turma, HC 74081/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 13.07.1997); “Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita” (STF, 2ª Turma, HC 75892/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17.04.1998).

Em derradeira tentativa sintetizadora, entende-se possível, mesmo sem texto legal expresso, a adoção da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, mas se deve levar em conta, primeiramente e sempre, o princípio da proporcionalidade e, em segundo lugar, na medida em que forem adequadas ao ordenamento brasileiro, as exceções que se fazem presentes na matriz exportadora.

## 5. Conclusões.

Sem a menor veleidade de demonstrar o acerto das teses expostas durante todo o itinerário, apresentam-se, a seguir, as idéias desenvolvidas no presente ensaio, que podem ser reconduzidas, em apertada síntese, às proposições objetivas que se seguem:

- a) A tendência, em nível mundial, é atribuir ao Ministério Público a direção das investigações criminais (teoria do "Promotor investigador"). Mesmo os países que ainda adotam o sistema de investigação judicial vêm-lhe conferindo relevante parcela do poder investigatório;
- b) No Brasil, a apuração preliminar das infrações criminais é deferida com certa autonomia, *em regra*, a organismos policiais. Tal sistema de investigação vem entrando em declínio e somente se mantém em poucos países (*v. g.*, Inglaterra). Porém, o próprio ordenamento constitucional não estabeleceu a exclusividade da polícia na tarefa de apurar os fatos criminosos;
- c) Com o advento da Constituição Republicana de 1988, que potencializou as funções institucionais do *Parquet* na área da persecução criminal (art. 129, I, VI, VII, e VIII), e com a legislação que lhe seguiu (Lei nº 8.625/93 e Lei Complementar nº 75/93), ocorreu uma ligeira aproximação à tão prestigiada figura do "Promotor investigador";
- d) Por conseguinte, mediante interpretação sistemática dos mencionados dispositivos constitucionais, ou mesmo diante do que dispõe a legislação infraconstitucional citada, fica clarividente que o Ministério Público tem a faculdade discricionária de proceder, *de per se*, à apuração das infrações penais, apesar de não ser esta a sua atribuição ordinária. Este é o entendimento jurisprudencial predominante no seio dos Tribunais (inclusive os Superiores), apesar de, vez por outra, surgirem algumas decisões em sentido contrário;



- e) Procedendo à investigação direta da infração criminal, não fica o órgão do Ministério Público impedido ou suspeito para o oferecimento da denúncia;
- f) Durante toda a progressão da relação processual penal, o Ministério Público, diante do ônus que possui de comprovar os fatos narrados na exordial acusatória, desenvolve intensa atividade probatória, visando, porém, à consecução de um resultado *justo*. Para tanto, concede-lhe a legislação uma gama de poderes processuais;
- g) Seja na fase investigatória, seja no curso da ação penal, surge o inevitável problema da admissão das provas ilícitas. A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, LVI, estabeleceu regra em termos aparentemente absolutos. Todavia, a doutrina, e também a jurisprudência, vêm entendendo que nenhum direito ou garantia são absolutos, e têm procurado suavizar a regra mediante a utilização do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade;
- h) O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado para abrandar a vedação da admissão de provas obtidas por meios ilícitos, seja em benefício do réu, seja em benefício do órgão da acusação, por força, inclusive, de outro princípio constitucional: o da igualdade das partes;
- i) No contexto da aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*, somente se admitirá a utilização da prova obtida em atitude contrária ao Direito, pelo Ministério Público, em hipóteses de excepcional gravidade, e ainda assim, mediante circunstanciada motivação judicial;
- j) É possível, mesmo sem texto legal expreso, a adoção da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (*fruit of the poisonous tree*), mas se deve levar em conta, primeiramente e sempre, o princípio da proporcionalidade e, em segundo lugar, na medida em que forem adequadas ao ordenamento brasileiro, as exceções que se fazem presentes na matriz exportadora americana.

### *Bibliografia*

- AMBOS, Kai & CHOUKR, Fauzi Hassan, *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*, Editora Método, São Paulo, 2001.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, *Da prova no processo penal*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.
- ASSUMPCÃO, Hélcio Alves, "Recurso extraordinário. Ministério Público. Legitimidade concorrente para a prática de atos na persecução penal. Inexistência de monopólio da Polícia Judiciária para a investigação penal", Parecer publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 4, jul./dez. 1996.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

BARBOSA, Guilherme Soares, "O Ministério Público na investigação criminal", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, jan./jun. 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

\_\_\_\_\_. "A justiça e nós", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

\_\_\_\_\_. "A justiça no limiar de novo século", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 1, jan./jun. 1995.

\_\_\_\_\_. "Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal", in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_. "Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos", in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_. "O processo penal norte-americano e sua influência", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, jul./dez. 2000.

\_\_\_\_\_. "Processo civil e direito à preservação da intimidade", in *Temas de Direito Processual*, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1988.

\_\_\_\_\_. "Processo civil e processo penal: mão e contramão?", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 8, jul./dez. 1998.

\_\_\_\_\_. "Prova. Gravações de conversas telefônicas interceptadas", in *Direito Aplicado – Acórdãos e votos*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987.

BARROS, Antonio Milton de, *Processo Penal segundo o sistema acusatório*, LED- Editora de Direito, São Paulo, 2002.

BARROS, Marco Antonio de, *A busca da verdade no processo penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

BARROSO, Luís Roberto, "A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e provas ilícitas", in *Temas de Direito Constitucional*, 2ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

BATISTA, Weber Martins, "Inquérito policial: participação do Ministério Público", in *Direito Penal e Direito Processual Penal*, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996.

BERTOLINO, Pedro J., *El funcionamiento del derecho procesal penal – Interpretación. Determinación. Integración. Aplicación*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

BONFIM, Edilson Mougénot, *Júri – Do inquérito ao plenário*, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

BOSCHI, José Antônio Paganella, *Persecução penal*, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1987.

CÁFFARO, Luiz Carlos, "O Ministério Público e o crime organizado", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1, Vol. 1, jan./jun. 1995.

CANEPARO, Hilton Cortese, GASPARI Rosângela, & BUENO, Vani Antonio, "Legalidade da investigação criminal pelo Ministério Público", in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, pág. 20, Curitiba, 1999.

CAPEZ, Fernando, *Curso de Processo Penal*, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes, *Prova ilícita*, Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

CARNELUTTI, Francesco, "Poner en su puesto al Ministerio Público", in *Cuestiones sobre el Proceso Penal* (tradução de Santiago Sentís Melendo), Librería el Foro, Buenos Aires, 1960.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de, *O processo penal em face da Constituição*, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998.

CARVALHO, Maria Cunha Silva Araujo de, "Prova ilícita", in *Revista dos Tribunais*, Vol. 801, julho de 2002.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de, "Investigação criminal pelo Ministério Público", in *Boletim dos Procuradores da República* nº 11, ano I, março de 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan, "A ordem constitucional e o Processo Penal", in *Processo Penal à luz da Constituição*, Edipro, São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

COSTA, Fernando Chaves da, "Arquivamento prematuro e, como tal, recusado (art. 28 do CPP). Necessidade de efetivação de investigação direta pelo Ministério Público, de modo a permitir formação da *opinio delicti* livre e isenta", Parecer publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, jan./jun. 2000.

CRISTIANI, Antonio, *Manuale del nuovo Processo Penale*, seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1991.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Editora Ariel, Barcelona, 2000.

DI MARINO, Gaëtan, "L'Implantation et les remises en cause des dogmes accusatoire et inquisitoire", in *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 68, nº 1 e 2, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel, "O futuro do processo civil brasileiro", in *Fundamentos do processo civil moderno*, Vol. II, 3ª edição, Malheiros Editores, 2000.

DUARTE, Antônio Gomes, *Do inquérito à denúncia*, Editora Cejup, Belém, 1996.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, Volume I, Editora Bookseller, Campinas, 2000.

FAIRÉN-GUILLÉN, Víctor, "Tendencias actuales del derecho procesal penal", in *Tendencias actuales del derecho* (obra organizada por José Luis Soberanes Fernández), Universidad Nacional Autónoma de México – Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de, "A investigação criminal direta pelo Ministério Público e a inexistência de impedimento/suspeição para o oferecimento de denúncia", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, jul./dez. 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo Penal constitucional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição brasileira*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1984.

FREYESLEBEN, Márcio Luiz Chila, *O Ministério Público e a polícia judiciária – Controle externo da atividade policial*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1993.

FURTADO, Emmanuel Teófilo, “A Prova ilícita à luz do processo penal constitucional”, artigo disponível na Internet, no site [www.fesac.org.br](http://www.fesac.org.br), consultado em 27.10.2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira & GOMES, Abel Fernandes, “O Ministério Público e a formação da *opinio delicti*”, in *Temas de Direito Penal e Processo Penal em especial na Justiça Federal*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

GARLAND, Norman M. & STUCKEY, Gilbert B., *Criminal evidence for the law Enforcement Officer. Exclusionary Rule*, Glencoe McGraw-Hill, 2000.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Direito à prova no processo penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

GOMES, Luiz Flávio, “Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência”, in *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

GOMES, Luiz Flávio & CERVINI, Raúl, *Interceptação telefônica*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Antonio, GUIJARRO, José J. Hernández, RUBIO, José Maria Paz, RAMOS, Luis Rodrigues, & PAULE, José Tomé, *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado*, Editorial Colex, Madrid, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini, “A instrução processual penal em Ibero-América”, in *O processo em evolução*, 2ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998.

\_\_\_\_\_. “As provas ilícitas na Constituição”, in *O processo em evolução*, 2ª edição, Editora Forense Universitária, 1998.

\_\_\_\_\_. “Ideologias do Processo Penal na América Latina”, in *O processo em sua unidade II*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

\_\_\_\_\_. “Provas ilícitas”, in *O processo em sua unidade II*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As nulidades no Processo Penal*, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

- GUARNERI, Giuseppe, *Las partes en el proceso penal* (tradução de Constandio Bernaldo de Quirós), José M. Cajica, México, 1952.
- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim, *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*, Juruá Editora, Curitiba, 2002.
- HAMILTON, Sergio Demoro, "A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal", in *Temas de Processo Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.
- \_\_\_\_\_. "A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 12, jul./dez. de 2000.
- \_\_\_\_\_. "A relevância das alegações finais no Processo Penal", in *Temas de Processo Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.
- \_\_\_\_\_. "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 11, jan./jun. 2000.
- \_\_\_\_\_. "Justa causa – Um conceito polêmico", in *Temas de Processo Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.
- JARDIM, Afranio Silva, *Direito Processual Penal*, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.
- KNIJNIK, Danilo, "A 'doutrina dos frutos da árvore venenosa' e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93", in *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul* (AJURIS) n° 66, ano XXIII, março de 1996.
- LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de, "A imprescindibilidade do procedimento investigatório do Ministério Público", in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, Curitiba, 1999.
- LIMA, Marcellus Polastri, *A prova penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Ministério Público e persecução criminal*, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.
- LOPES JR., Aury, *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.
- MALCHER, José Lisboa da Gama, *Manual de Processo Penal*, 2ª edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 1999.

- MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, Volume I, 1ª edição (2ª tiragem), Bookseller Editora, Campinas, 1998.
- MARTINS, Ricardo Ribeiro, "O Ministério Público e a investigação penal", in *Tribuna do Advogado – OAB-RJ*, fevereiro de 1997.
- MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.
- MEDEIROS, Flávio Meirelles, *Do inquérito policial*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1994.
- MEHMERI, Adilson, *Inquérito policial (dinâmica)*, Editora Saraiva, São Paulo, 1992.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni, *Curso de investigação criminal*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, 7ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, "Prova ilegalmente obtida", in *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, nº 31, jan./março de 1983.
- MORAIS FILHO, Antonio Evaristo de, "O Ministério Público e o inquérito policial", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 19, julho-setembro de 1997.
- NARDINI, Maurício José, "O Promotor de Justiça e a presidência da investigação criminal", in *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* nº 9, 1995.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Volume I, Edipro, São Paulo, 2002.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva, & OLIVEIRA, Thales Cezar de, *Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal*, Themis Livraria e Editora, São Paulo, 2001.

- PINTO, Ronaldo Batista, *Prova penal segundo a jurisprudência*, Editora Saraiva, São Paulo, 2000.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques, *Júri – Procedimentos e aspectos do julgamento – Questionários*, 10ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.
- PRADO, Geraldo, *Sistema acusatório*, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.
- RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.
- SARABANDO, José Fernando Marreiros, *Da apuração das infrações penais pelo Promotor de Justiça*, in *Justitia*, nº 152, out./dez. 1990.
- \_\_\_\_\_. *O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*, in *Justitia*, nº 177, jan./mar. 1997.
- SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.
- SANTIN, Valter Foletto, *O Ministério Público na investigação criminal*, Edipro, São Paulo, 2001.
- SILVA, Aloísio Firmo G. da, ARAÚJO, Maria Emília M. de & CORRÊA, Paulo Fernando, "A investigação criminal direta pelo Ministério Público", artigo disponível na *Internet*, no site <http://www.teiajuridica.com/investigata.html>, consultado em 27.05.2002.
- SILVA, César Dario Mariano da, *Provas ilícitas*, 2ª edição, Leud, São Paulo, 2002.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Volume III, Editorial Verbo, Lisboa, 1994.
- SILVA, Haroldo Caetano da, "A subordinação da atividade investigativa da polícia ao Ministério Público: uma nova polícia", in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, Curitiba, 1999.
- SILVA, Octacílio P., "Sistema britânico de persecução criminal", in *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* nº 10, 1996.
- SMANIOTTO, Clóvis Amauri, "Oficiais de investigação no Ministério Público", in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, Vol. I, Tomo I, Curitiba, 1999.
- SOARES JÚNIOR, Êvanes Amaro, "A funcionalidade da pena e a criminogênese contemporânea", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 13, jan./jun. 2001.



TEIXEIRA, Alexandre Abrahão Dias, "As questões relativas ao inquérito policial e a sua exata visão no direito brasileiro antes e após a CF/88", in *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro* Vol. V, nº 19, 2002.

TORNAGHI, Hélio, *Curso de Processo Penal*, Volume I, 9ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Código de Processo Penal comentado*, Volume I, 6ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal*, 1º Volume, 17ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal*, 3º Volume, 17ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELLI, José Henrique, *Manual de Direito Penal brasileiro*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

---

(\*) ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA é Promotor de Justiça no Rio de Janeiro e Professor de Direito Processual Penal da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ) e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

---