

A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal (*)

SERGIO DEMORO HAMILTON (**)

1. A persecução criminal, em nosso processo, desenvolve-se em duas fases: a primeira, em regra, quando do inquérito policial ao passo que a segunda, em juízo, através da ação penal. Esta, como é notório, em geral é promovida pelo Ministério Público, titular da ação penal pública (arts. 100 do CP, 24 do CPP e 129, I da CF), salvo nos casos da impropriamente chamada ação privada subsidiária da pública, quando o particular, em razão da inércia do Ministério Público, adquire legitimidade extraordinária para agir, não deixando, no entanto, o *Parquet* de figurar como parte adjunta (art. 29 do CPP). Na verdade, como já afirmei ¹, faz muito, a ação, em tais casos, não perde, jamais, sua natureza pública; a lei, apenas, confere ao particular a possibilidade de intentar a ação, caso, no prazo legal, o Ministério Público não venha a fazê-lo. Todo o equívoco de terminologia decorre da defeituosa redação do art. 29 do CPP, quando, em seu proêmio, afirma que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública...”. Ora, a ação ou é pública ou é privada. Esta a questão ontológica que se põe. O defeito da lei, quero crer, é mais semântico, que de essência, como se pode constatar da própria visão integral do aludido dispositivo. A leitura correta que o texto legal deveria conter, no meu entendimento, seria a seguinte: será admitida a iniciativa do particular, propondo a ação, nos crimes de ação pública...

Outro caso em que ao particular é conferido o direito de agir dá-se nas raras hipóteses de ação privada, onde, como sabido, ocorre o fenômeno da substituição processual. (arts. 30 e 31 do CPP).

Demonstra-se, dessa maneira, que, mesmo na fase processual, o Ministério Público não detém a exclusividade da ação penal. Em casos raros, que a lei especifica, ele cede lugar ao particular.

Também com a Polícia Judiciária ocorre fenômeno processual análogo. Em regra a persecução criminal, na fase pré-processual, é por ela exercida, porém tal atribuição não lhe outorga o monopólio para a apuração do fato criminoso e da respectiva autoria. Tal colocação do *thema* encontra sua razão de ser em função de

¹ Sergio Demoro Hamilton, “Primeiras Notas Sobre o Anteprojeto de Código de Processo Penal”, in “Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro, n° 13, 1981, pág. 219/229, item 07.

equivocadas interpretações que o assunto tem merecido, aqui e ali, procurando conferir à Polícia Judiciária atribuição exclusiva para a investigação penal. É certo que se trata de entendimento minoritário, movido, o mais das vezes, em função de desavisado corporativismo que conspurca qualquer colocação lógica e sistemática no estudo doutrinário da matéria. Onde penetra a paixão a razão não encontra lugar para reinar.

É tentando contribuir no sentido de buscar uma perfeita compreensão da tormentosa questão que o presente estudo ganhou vida.

2. É bom começo examinar a própria lei processual penal. Com efeito, nela, jamais se afirmou que a ação penal encontrasse lastro **somente** com base em investigação policial. Na verdade, o vetusto Código de Processo Penal, em várias passagens, alude, expressamente, à possibilidade de que o processo tenha início com base em qualquer suporte fático idôneo.

Na realidade, o art. 4º do CPP, após estabelecer a atribuição **ordinária** da polícia judiciária para a apuração das infrações penais e da sua autoria, através do inquérito policial, ressalva, expressamente, a possibilidade da existência de inquéritos extrapoliciais para o mesmo fim, desde que efetivados por autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função investigatória (art. 4º, parágrafo único do CPP).

Tais inquéritos são elaborados por outras autoridades que não as policiais mas, igualmente, podem servir de substrato para a ação penal. É o caso, por exemplo, de “crimes contra a saúde pública, em determinadas infrações ocorridas nas áreas alfandegárias”, em que as autoridades administrativas ficam revestidas de poderes para elaborar inquéritos que possam servir de alicerce à denúncia. Veja-se, ainda, a alínea “b” do art. 33 da Lei 4771, de 15.09.65”. Os exemplos são de **Tourinho**².

Mas, como se verá, não há obrigatoriedade que a peça de informação, que acaso venha a servir de base à exordial de acusação, seja, necessariamente, elaborada por autoridade que exerça função investigatória. Qualquer dado probatório, mesmo que produzido por particular, pode lastrear a acusação, desde que, evidentemente, esteja revestido da indispensável idoneidade.

Voltemos, pois, ao velho Código de Processo Penal, vigente há mais de meio século, e fácil será constatar a infinidade de dispositivos que, à saciedade, demonstram a desnecessidade do inquérito policial.

Com efeito, o art. 12 do CPP deixa claro que o inquérito policial acompanhará a denúncia ou a queixa sempre que servir de base a uma ou a outra. Conclui-se, com facilidade de percepção, que, pela leitura do texto legal, a inicial de acusação nem sempre terá como suporte probatório aquele procedimento administrativo.

² **Fernando da Costa Tourinho Filho**, *Processo Penal*, vol. 01, pág. 189, Editora Saraiva, 18ª edição, 1997.

Da mesma forma, o art. 27 do CPP faculta a qualquer pessoa do povo provocar a iniciativa do Ministério Público nos casos em que caiba ação pública...

Para que finalidade?

É que o Ministério Público, com base na delação criminal, poderá requisitar a abertura de inquérito policial (art. 5º, II do CPP) ou, caso a *delatio criminis* contenha elementos suficientes, ofertar, desde logo, a denúncia.

Bem claro é o art. 39, § 5º do CPP, ao aludir que o Ministério Público poderá **dispensar o inquérito policial** se, com a representação perante ele oferecida, venha a sentir-se habilitado a dar início à ação penal.

Não discrepa de tal orientação o art. 46, § 1º do CPP, quando afirma que o Ministério Público pode **dispensar o inquérito policial** desde que as peças de informação que lhe forem com vista o autorizem a ofertar a denúncia.

Quando cogita do arquivamento, o art. 28 do CPP alude, expressamente, à possibilidade de que ele se dê em função do inquérito policial **ou de quaisquer peças de informação** levadas ao conhecimento do Ministério Público. Veja-se, também, a referência feita ao arquivamento das peças de informação no art. 67, I do CPP, se bem que para outros fins.

No campo da legislação federal, ao lado do Código de Processo Penal, outras, muitas outras leis, autorizam, expressamente, que a acusação seja formulada pelo Ministério Público fundada em peça de informação diversa da do inquérito policial.

Assim, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 33, parágrafo único), estabelece que, quando no curso de investigação houver indício da prática de crime (*rectius*, infração penal) por parte de magistrado, incumbirá à autoridade policial, seja ela civil seja ela militar, remeter os autos respectivos ao tribunal (ou órgão especial) competente para o julgamento, a fim de que ele prossiga na investigação.

A autoridade judiciária, da mesma forma, exerce função investigatória no chamado inquérito judicial cogitado na Lei de Falências (art. 103 e seguintes). É tal inquérito que serve de base para a acusação a ser formulada pelo Ministério Público.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625, de 12.02.93) estabelece procedimento assemelhado ao traçado pela LOMAN, quando, no curso de investigação, ocorrer indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, determinando, tal como ocorre com os juízes, que autoridade policial, civil ou militar, remeta os autos respectivos, pena de responsabilidade, ao Procurador-Geral de Justiça, a quem **incumbirá dar seguimento à apuração** (art. 41, parágrafo único, destaques meus).

Ao lado de tais dispositivos, outros há, e muitos, que consagram a possibilidade da investigação penal ser levada a cabo por autoridades outras que não a policial. **Tourinho**, em feliz expressão, designa-os como "inquéritos extrapoliciais"³. Alguns deles já foram referidos linhas acima

³ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 01, pág. 178/179, Editora Saraiva, 18ª edição, 1997.

(2, *supra*). Resta enumerar outros:

- a) nos inquéritos administrativos instaurados no objetivo de apurar falta funcional, caso venha a ser constatada a existência de ilícito penal de ação pública incondicionada, bastará à autoridade administrativa, pelos canais competentes, fazer chegar às mãos do órgão do Ministério Público a peça de informação respectiva, mediante cópia, para que, se for o caso, com base nela, se instaure a instância penal;
- b) da mesma forma, um I.P.M., (inquérito policial militar) pode servir de base para a denúncia perante a justiça comum, desde que nele se constate, no curso da investigação, a ocorrência de infração penal que escape à competência da justiça castrense;
- c) a Lei 1579, de 18.03.52, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, igualmente, enseja a possibilidade de que o inquérito parlamentar sirva de suporte probatório para a acusação do Ministério Público.

Mas ainda há o que dizer em matéria de lei federal. Com efeito, dispõe o art. 80 da Lei 8625, de 12.02.93 (LONMP) que as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União aplicam-se, em caráter subsidiário, aos Ministérios Públicos dos Estados. Ora, se assim é, a Lei Complementar nº 75, de 20.05.93 (LOMPU), em seu artigo 8º, incisos I, V e VII não poderia ser mais clara ao dispor:

- a) que o Ministério Público pode notificar testemunhas, requisitando sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada (I);
- b) que o Ministério Público pode **realizar diligências investigatórias** (V, destaques do autor);
- c) por fim, que o Ministério Público pode expedir notificações e intimações necessárias aos **procedimentos e inquéritos que instaurar** (VII, destaques do autor).

Que dizer da Lei 8625, de 12.02.93 (LONMP)?

Em verdade, segundo estabelece o art. 26, inciso I da LONMP, o Ministério Público, no exercício de suas funções, pode instaurar inquéritos civis e outras medidas e **procedimentos administrativos pertinentes** (destaques meus). Como de fácil observação, ao referir-se a procedimentos administrativos (gênero), estava a LONMP, evidentemente, a cogitar do inquérito policial (espécie), que, como de sabença trivial, nada mais é que um procedimento administrativo. A doutrina, *una voce*, assim o proclama. Restaria ocioso estar, aqui, a repetir truísmos.

Aliás, seria destituído de sentido que a lei conferisse ao Ministério Público uma extensa relação de direitos e faculdades, no longo enunciado constante dos diversos incisos, alíneas e parágrafos do art. 26 da LONMP com o único e exclusivo objetivo de contemplar os inquéritos civis. Ora, como sabido e ressabido, a função principal do Ministério Público **ainda** se desenvolve no campo do processo penal. Aqui, como de elemental conhecimento, sua atividade se faz presente em **todos** os feitos criminais.

Cabe, no momento, a seguinte indagação que me parece revestida de inteira pertinência:

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

Coloca-se, por oportuno, outra questão:

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

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

Na realidade, o art. 26, I, "a" da LONMP autoriza, expressamente, o Ministério Público a expedir notificações para a colheita de depoimentos, podendo, inclusive, fazer uso da força pública se desatendida a notificação sem justo motivo.

Notifica-se alguém para que fim?

Para ser ouvido, evidentemente.

Da mesma maneira, o art. 26, § 4º da LONMP, complementando o dispositivo acima citado, proíbe o descômto do vencimento ou salário em razão de falta ao trabalho para atendimento a notificação ou requisição, desde que comprovado, mediante declaração escrita do membro do Ministério Público, que a pessoa convocada (testemunha, ofendido ou indiciado) compareceu à sua presença.

E tais pessoas comparecem com que finalidade?

Para serem ouvidas, é óbvio.

Com efeito, o art. 26, I, "a", "b" e "c", o art. 26, II, o art. 26, IV, o art. 26, V, o art. 26, § 4º, o art. 32, II e 43, XIII, todos da LONMP, restariam afrontados, quer diretamente quer por via reflexa, desde que o Ministério Público não pudesse investigar **diretamente**.

De igual forma, a Constituição Federal não conferiu exclusividade à polícia civil para a investigação penal. O art. 144, § 4º da Lei Maior limitou-se a explicitar a competência da polícia civil (art. 144, § 4º), tendo, em vista peculiaridades próprias dos Estados do Norte e Nordeste, onde cabos e sargentos da P.M. normalmente exerciam as funções de delegado de polícia. Os exemplos são, mais uma vez, extraídos de **Tourinho**⁴. Na atualidade, tal não mais será possível. Daí a conferir-se exclusividade à polícia judiciária para a elaboração de inquéritos policiais vai enorme distância!

Aliás, no que respeita ao § 4º (relativo à Polícia Civil) merece registro que nele não figura a locução "com exclusividade" constante do inciso IV, do § 1º do art. 144 da CF.

Averbe-se, ainda, o art. 129, inciso VI da Carta Magna que alude, expressamente, aos "procedimentos administrativos" instaurados pelo Ministério

⁴ **Fernando da Costa Tourinho Filho**, *Processo Penal*, vol. 01, pág. 176/177, Editora Saraiva, 18ª edição, 1997.

Público, expressão genérica que, como por demais conhecido, abrange o inquérito policial (mera espécie de procedimento administrativo). Anote-se, por oportuno, que não teria sentido a Constituição Federal usar a expressão “inquérito policial” em relação ao procedimento investigatório de natureza penal no âmbito do *Parquet*, como é óbvio. Pode, contudo, como assegurado pela Constituição Federal, instaurar quaisquer procedimentos administrativos (gênero) de cunho investigatório, inclusive na esfera penal, área, repita-se, onde a atuação do Ministério Público ainda assume maior relevância.

Mais ainda:

Enumerando as “funções institucionais” do Ministério Público, a Constituição Federal de 1988 lhe atribui as de:

“I – Propor, **privativamente**, a ação penal pública, na forma da lei;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial...”

Os dispositivos em questão, como assevera o douto Professor **Helcio Alves de Assumpção**⁵, “contêm poderes explícitos, que se traduzem em efetuar requisições e propor ações”. E prossegue:

“mas envolvem também necessariamente poderes **implícitos**.

É conclusão inevitável, se não se pretender reduzir as normas constitucionais a *flatus vocis*, em discurso puramente retórico, e os poderes explícitos a atribuições ocas, inócuas, sem repercussão prática alguma, insuscetíveis de operar no plano dos fatos.”.

Trata-se, não há negar, de colocação doutrinária irresponsável, uma vez que de nada valeriam tais poderes, caso o Ministério Público não pudesse, *sponte sua*, promover de forma autônoma a investigação necessária quando a Polícia não se apresente capaz - não importa a razão - de obter os dados indispensáveis para o exercício de dever afeto à Instituição.

Mas incumbe dizer mais em sede Constitucional. Insta acentuar que a Carta Magna, no art. 129, VII, insere entre as funções institucionais do Ministério Público a de “exercer o controle externo da atividade policial”. Pois bem: parece-

⁵ **Helcio Alves de Assumpção**, parecer no recurso extraordinário interposto no *habeas corpus* de nº 615/96, já admitido pela III Vice-Presidência do TJRJ.

me perfeita, em tal sentido, a análise percuciente levada a efeito pelo Professor **Helcio Alves de Assumpção** ⁶ ao examinar a matéria. Dou-lhe a palavra:

“Está certo que o controle que a Constituição impõe ao Ministério Público é externo, e não interno. Não se exerce no âmbito da Polícia, como ocorre em tantos lugares do mundo, impecavelmente civilizados, e não se traduz em subordinação hierárquica.

Sendo, porém, externo não pode deixar de exercer-se senão sobre aquilo que, externamente, a atividade policial produz, que é o resultado da apuração; precisa, por isto mesmo, um controle funcional, e, além disto, manifestar-se através de todos os expedientes suscetíveis de suprir ou corrigir faltas ou falhas ocorridas na investigação policial o que não se faz utilmente senão, nos casos em que seja necessário, tomando a frente da investigação, ou, em outras palavras, promovendo, *motu proprio*, diligências investigatórias.”

Penso irreparável a lição do ilustre jurista. Ofenderia os mais comezinhos princípios da lógica fazer do inquérito policial um fim em si. Não! Ele reveste caráter instrumental e existe, basicamente, para ensinar ao Ministério Público a formação da *opinio delicti*. E só!

3. Resta examinar o assunto à luz da jurisprudência. Aqui, igualmente é forçoso reconhecer que as idéias acima defendidas vêm ganhando acolhida.

Parece-me inexistir dúvida de que a acusação pode fundar-se em inquérito extrapolicial, como se pretendeu demonstrar nas linhas precedentes (2, *supra*). **Tourinho**, como já ficou assinalado, é taxativo, ao afirmar “que os inquéritos nem sempre são policiais; os extrapoliciais têm a mesma finalidade” ⁷.

Convém indagar, então, se o Ministério Público pode investigar, **diretamente** e por seus próprios meios, o fato criminoso. Já registramos que a providência encontra base na legislação infraconstitucional e na própria Constituição Federal.

E a jurisprudência, como enfrenta o problema?

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve a oportunidade de assinalar a possibilidade da colheita de provas **diretamente** pelo Ministério Público, considerando tal procedimento amparado por lei, ao registrar que a Constituição

⁶ Helcio Alves de Assumpção, no parecer citado *in* nº 5.

⁷ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 01, pág. 179, Editora Saraiva, 18ª edição, 1997.

Federal não estabeleceu com relação às Polícias Cíveis a exclusividade que confere no § 1º, IV, à Polícia Federal para exercer as funções de Polícia Judiciária, reconhecendo que o Ministério Público está legitimado a fazer investigações ⁸.

Na verdade, como de fácil compreensão, a Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a faculdade de requisitar e de notificar (art. 129, VI), deferiu-lhe, *ipso facto*, o poder de investigar, na qual aquelas atribuições se subsumem.

O próprio Supremo Tribunal Federal, muito **antes** da atual Constituição Federal, onde, como é notório, a Instituição ganhou tratamento de maior relevância, já assinalara a possibilidade de que o Ministério Público, ele mesmo, pudesse colher prova oral na fase pré-processual ⁹.

No mesmo diapasão apresentam-se as manifestações mais recentes do Pretório Excelso. Com efeito, em decisão atualíssima, a Corte Suprema indeferiu liminar pretendida pela ADEPOL contra resolução baixada pelo Procurador-Geral de Justiça do Paraná que instituiu na comarca de Curitiba a Promotoria de Investigação Criminal ¹⁰.

De outra feita, o Pretório Maior, voltado para fins assemelhados, indeferiu liminar pretendida pela "ADEPOL" contra dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que atribuem à Coordenadoria-Geral de Perícias, órgão estranho aos quadros da Polícia Civil, a prática de perícias médico-legais e criminalísticas e outras, por entender que não haveria ofensa ao art. 144, § 4º da Constituição Federal ¹¹.

Pouco antes, a mais elevada Corte do País, em sessões de 08 e 15 de março de 1995, indeferira cautelar postulada no objetivo da suspensão dos efeitos da Resolução nº 447, de 17.06.94, da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, versando a respeito de matéria correlata com o *thema* em exame ¹².

Aliás, a Suprema Corte, através da Súmula 397, assegurou ao Poder Legislativo o direito de investigar em caso de crime cometido nas dependências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, estabelecendo o regimento respectivo a prisão em flagrante do acusado e a **realização do inquérito**.

De igual sentir foi a decisão unânime do Superior Tribunal de Justiça, ao ressaltar que "não causa nulidade o fato do Promotor, para a formação da *opinio delicti*, colher preliminarmente as provas necessárias para ação penal ¹³.

⁸ "Revista dos Tribunais", ano 79, Janeiro 1990, vol. 651, págs. 313/321.

⁹ *Habeas Corpus* nº 60.364 - RJ, 1ª Turma - Rel. o Ministro Soares Muñoz, *in* "RTJ" nº 107, págs. 98/109.

¹⁰ ADIn nº 1336, PR, relator o Ministro Octávio Galotti, em 11.10.95, *in* DOERJ, Parte III, de 07.08.96, pág. 3.

¹¹ ADIn nº 1414, rel. o Ministro Sidney Sanches, em 19.06.96, *in* DOERJ de 20.09.96, Parte III, pág. 03.

¹² ADIn nº 1138.

¹³ RHC 0003586, de 09.05.94, 6ª Turma, rel. o Ministro José Cândido de Carvalho Filho, *apud* "O Ministério Público e a Investigação Criminal", Ricardo Ribeiro Martins, *in* "Tribuna do Advogado", fevereiro de 1997, pág. 15.

4. Mas prosseguir é preciso.
Que dizer da doutrina?

Em sede doutrinária, quando em exame as atribuições do Ministério Público retratadas no art. 129 da Lei Maior, assim disserta **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**¹⁴, ao destacar, de modo especial, o inciso VI:

“Essa norma destina-se a agilizar o desempenho por parte do Ministério Público de suas atribuições, particularmente das que dizem respeito ao inquérito civil e **mesmo às investigações na esfera policial.**” (destaques meus).

Incisiva é a lição de **Hugo Nigro Mazzilli**¹⁵ ao estudar o assunto:

“Como vimos no Capítulo V, pode o órgão do Ministério Público promover **diretamente** diligências destinadas à apuração de ilícitos penais, o que de todo é natural, sendo ele o destinatário de investigação policial e o *dominus litis*”. (destaque meu).

E complementa seu pensamento, arrimado em vasta jurisprudência, ocupando-se, expressamente, da situação do promotor que investiga fatos, ao assinalar¹⁶:

“Tem reconhecido a jurisprudência inexistir impedimento do **promotor que investiga os fatos** ou oficiou no inquérito policial, quando da ação penal” (RT 580/433 – STF; RTJ, 107/98; JSTF, *Lex*, 56/328; “Jurispenal”, 46/94; JTACrim SP, *Lex*, 58/66, destaques meus).

Diverso não é o aconselhamento de **Tourinho**¹⁷ ao prelecionar, com a clareza habitual, que o inquérito policial é **dispensável**, salientando que seria uma superfetação exigir-se o inquérito policial se o titular do *jus perseguendi in judicio* “tiver em mãos os elementos que o habilitem a ingressar em juízo”.

¹⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Federal*, 1988, vol. 03, pág. 49, 1994.

¹⁵ Hugo Nigro Mazzilli, *Manual do Promotor de Justiça*, pág. 180, Saraiva, 1991.

¹⁶ Hugo Nigro Mazzilli, *Manual do Promotor de Justiça*, pág. 180, Saraiva, 1991.

¹⁷ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Prática de Processo Penal*, págs. 06/07, Saraiva, 1992.

Aliás, seria rematado despautério admitir-se que uma peça de informação advinda de um particular, desde que idônea, pudesse servir de base para a oferta da denúncia, enquanto que outra, decorrente de investigação levada a efeito pelo próprio *Parquet*, diretamente e por seus próprios meios, de nada servisse.

Estranho ilogismo!

Júlio Fabbrini Mirabete¹⁸, por seu turno, discorre:

“Os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusivos da polícia judiciária, ressalvando expressamente a lei a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas (art. 4º do CPP).

Não ficou estabelecido na Constituição, aliás, a exclusividade de investigação e de funções de polícia judiciária em relação às polícias civis estaduais”.

Destaco, ainda, o proficiente estudo do Professor **Ricardo Ribeiro Martins**¹⁹, abordando o *thema* em análise, ao demonstrar que a função investigatória não é privativa da polícia judiciária, uma vez que o art. 144, § 4º da Constituição Federal não confere à Polícia o monopólio da investigação. Nele, assinala o ilustre jurista, “não figura qualquer referência à exclusividade, como acontece, por exemplo, nos arts. 51, 52, 96 e 129, I, todos da Lei Maior”. E acrescenta: “soa absurdo o Ministério Público poder requisitar diligências à autoridade policial e não poder fazê-lo por conta própria. Não há razão lógica para tal vedação”. Mostra-nos, também, que a moção apresentada perante a “VIII Conferência Estadual da OAB-RJ”, no sentido da declaração de ilegitimidade de procedimentos investigatórios instaurados e dirigidos pelo Ministério Público, não mereceu a aprovação daquela assembléia.

Com a palavra, agora, **Vicente Greco Filho**²⁰:

“O princípio que rege a atividade policial é o da **não – exclusividade** ou seja, admite-se que mais de um órgão apure infrações penais, o que, ademais, é de **interesse público**”. (destaques meus).

Penso de grande relevância a colocação do ilustre mestre paulista quando põe em destaque o **interesse público** na apuração das infrações penais, que deve pairar acima de qualquer corporativismo barato.

¹⁸ **Julio Fabbrini Mirabete**, *Processo Penal*, pág. 77, 4ª edição, São Paulo, 1995.

¹⁹ **Ricardo Ribeiro Martins**, “O Ministério Público e a Investigação Penal”, in “Tribuna do Advogado – OAB-RJ”, fevereiro de 1997, pág. 15.

²⁰ **Vicente Greco Filho**, *Manual de Processo Penal*, pág. 82, Saraiva, 1993.

Em exaustivo e completo estudo a respeito da persecução penal, o ilustre Professor **Marcellus Polastri Lima** ²¹ indica outras leis especiais, além daquelas acima referidas (nº 02), que admitem peças de informação produzidas por órgãos estranhos à Polícia Judiciária, tais como a Lei de Imprensa (onde se exige somente cópia do escrito ou a notificação à emissora), a Lei 4898 (onde basta a representação). Todas aquelas peças podem servir, obviamente, de base para a ação penal.

Conforme assinala, ainda, o Professor **Polastri** ²², em seu minucioso estudo a propósito da persecução criminal, a Lei 9.099/95 que cogita dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, simplesmente, **aboluiu** o inquérito policial para as infrações penais de menor potencial ofensivo definidas no art. 61 daquele diploma legal. Com efeito, nos casos previstos na Lei 9.099/95 (art. 61), basta que a autoridade policial, ao tomar conhecimento da ocorrência, lavre um “termo circunstanciado” encaminhando-o, imediatamente, ao juizado com o autor do fato e a vítima e providenciando, do mesmo passo, a requisição dos exames periciais cabíveis no caso (art. 69).

Vê-se, pois, como o inquérito policial é despidendo para a propositura da ação penal, que, repita-se, até a náusea, necessita, apenas, para o seu desencadeamento, de um suporte fático idôneo. Nada mais!

Damásio ²³, ao deter-se no exame do art. 69 da Lei 9.099/95, afirma, com razão, que um simples “talão de ocorrência da Polícia Militar” serve como “autuação sumária”, acrescentando, ainda, que “a presença das partes perante a autoridade policial não é imprescindível. **Elas podem, excepcionalmente, levar ao Ministério Público peças de informação que substituam a autuação sumária**”(destaques meus).

Mas não é somente em relação à Lei 9.099/95 que aperfeiçoado trabalho do Professor **Polastri** ²⁴ examina a dispensabilidade do inquérito policial. Já resultaram assinalados, linhas acima, alguns casos em que ele demonstra a inoportunidade de exclusividade da polícia judiciária para a apuração das infrações penais. Examinando o assunto, agora, à luz da Constituição Federal, afirma ²⁵: “A Constituição quando desejou dar foro de privatividade a algum exercício de função, assim manifestou-se de forma expressa, como ao dizer que cabe ao Ministério Público promover **privativamente**, a ação penal pública (C.F., art. 129, I da CF)”. E complementa seu

²¹ **Marcellus Polastri Lima**, *Ministério Público e Persecução Criminal*, pág. 56, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997.

²² **Marcellus Polastri Lima**, *Ministério Público e Persecução Criminal*, pág. 59, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997.

²³ **Damásio Evangelista de Jesus**, *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, págs. 49/50, Editora Saraiva, 1995.

²⁴ **Marcellus Polastri Lima**, “O Controle Externo da Atividade Policial”, in “Suplemento Jurídico do Diário Oficial do Rio de Janeiro”, ano III, nº 31, Janeiro, 1991.

²⁵ **Marcellus Polastri Lima**, *Ministério Público e Persecução Criminal*, pág. 55, Editora Lumen Juris, 1997.

pensamento com a lúcida observação de **Hugo Nigro Mazzilli**: “se não se admitisse a possibilidade de apuração autônoma de crimes, por outros meios que não a polícia judiciária, haveria grave risco de inviabilizar-se, em certos casos, a apuração administrativa de algumas infrações penais.”.

Há que ressaltar, ainda, a opinião do consagrado processualista, Professor **Afranio Silva Jardim**²⁶, quando, em parecer, examinando a matéria, salienta: “hoje, é expressamente prevista a **diligência direta do Promotor de Justiça** em busca da prova necessária à persecução penal, sem embargo de poder acompanhar as investigações policiais quando julgar necessário, independente de designações do Procurador-Geral” (destaques meus). O parecer em questão foi elaborado por uma Comissão da qual faziam parte, também, os Promotores de Justiça Dr. **Eduardo Valle de Menezes Cortes** e Dr. **João Baptista Petersen Mendes**.

Tornaghi²⁷, do mesmo passo, com autoridade de seu magistério, é taxativo ao ensinar que “a denúncia e a queixa podem ser acompanhadas de quaisquer elementos de convicção, **não têm necessariamente de basear-se no inquérito policial**. Há casos, inclusive, em que uma prova documental irretorquível tornaria supérflua a apuração policial”. (destaques meus).

Frederico Marques²⁸, nos seus preciosos “Elementos”, ensina ser a investigação atividade estritamente administrativa, embora possa ser feita por órgãos não-administrativos. Assim, no ensinamento do saudoso mestre, ao lado da investigação administrativa, teríamos, ainda, a legislativa e a judiciária. Ao examinar a primeira põe em relevo que o inquérito policial é a forma “por excelência” da investigação. Mostra, porém, com base no art. 4º, parágrafo único do CPP, “que autoridades administrativas diversas da de Polícia Judiciária podem exercer função investigatória”. Em relação à persecução legislativa invoca a lei nº 1579, de 18 de março de 1952, que dispõe sobre as “Comissões Parlamentares de Inquérito” esclarecendo que, apurada a prática de infração penal de ação penal de iniciativa pública, a “CPI” deverá remeter ao Ministério Público cópia do relatório e das peças colhidas no decorrer da investigação. Alude, ainda, ao inquérito judicial como forma típica de investigação judiciária (art. 108 da Lei de Falências). Por fim, completo, como sempre, no estudo da matéria, **Frederico Marques** destaca a possibilidade da investigação preliminar ser remetida diretamente ao Ministério Público, valendo como verdadeira *informatio delicti*, embora não levada a efeito por órgãos estatais. Trata-se de *notitia criminis* informativa que pode servir de base para a denúncia contra o indigitado autor da infração penal, conforme deixaram claro os arts. 27 e 39, § 5º do CPP.

²⁶ **Afranio Silva Jardim, Eduardo Valle de Menezes Cortes e João Baptista Petersen Mendes**, parecer da Comissão criada pela AMPERJ, de 07 de abril de 1986, pág. 06.

²⁷ **Helio Tornaghi**, *Compêndio de Processo Penal*, vol. 01, pág. 168, José Konfino – Editor, Rio de Janeiro, 1967.

²⁸ **José Frederico Marques**, *Elementos de Direito Processual Penal*, volume I, pág. 143, *passim* Forense – Rio-São Paulo, 1961.

Destaco, ainda, em sede doutrinária, erudito estudo dos ilustrados Procuradores da República, Dr. **Aloisio Firmo G. da Silva**, Dra. **Maria Emilia M. de Araujo** e Dr. **Paulo Fernando Corrêa**²⁹, todos do Rio de Janeiro, onde a questão aqui versada mereceu esmerado tratamento. Ali, resultou registrado que, salvo exceção, não se encontra na doutrina mais autorizada um jurista de escol que defenda a impossibilidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público. Tanto o Texto Magno como a Lei Complementar nº 75/93 e, por via de consequência, a LONMP (art. 80 da Lei 8.625/93) “são de uma clareza solar em caracterizar a legalidade da atuação do Ministério Público, em se tratando de condução de investigação criminal no bojo de procedimentos administrativos instaurados em seu âmbito interno”.

Ressalta-se, no aludido trabalho doutrinário, referência à posição do festejado **Nelson Néri Júnior**, que, igualmente, põe em destaque a possibilidade da instauração de inquérito administrativo no âmbito do Ministério Público para apuração de infração penal (cf. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 3ª edição, RT, 1996, págs. 158/159), bem como à jurisprudência do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul defendendo igual entendimento (cf. H.C. 291071702, C. Crim. de férias, relator Juiz **Vladimir Giacomuzzi**, de 25.07.91, *in* Julgados do TARS 79/129).

Por fim, os eminentes Procuradores da República trazem à colação recentíssimo julgado do prestigiado Tribunal Regional Federal da 4ª Região no H.C. 97.04.26750-9-PR, relator o Juiz **Fábio Bittencourt da Rosa**, em que, à unanimidade de votos da 1ª Turma, aos 24.06.97 (*in* DJU de 16.07.97), reconheceu-se que o *Parquet* pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta execução da lei e que tal poder ministerial mais avulta quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais, submetidas, como de sabença comum, ao controle externo no Ministério Público.

Seria, à luz de tantos e tão doutos ensinamentos, um curioso paradoxo que somente o Ministério Público, destinatário único de todas essas peças de informação e titular privativo da ação penal pública nos termos da Constituição Federal, não pudesse, ele mesmo e por seus próprios meios, investigar as infrações penais. Tal perplexidade tive a oportunidade de externar por ocasião de parecer que proferi no Recurso Especial interposto no *Habeas Corpus* de nº 615/96, que mereceu admissão por parte da Egrégia III Vice-Presidência do Tribunal de Justiça – RJ³⁰.

5. O assunto ainda permite algumas considerações de natureza ética.

Fala-se tanto, nos últimos tempos, em controle externo do Ministério Público bem como no controle externo da Magistratura.

²⁹ **Aloisio Firmo G. da Silva**, **Maria Emilia M. de Araujo** e **Paulo Fernando Corrêa**, “A Investigação Criminal Direta Pelo Ministério Público”, *ibidem*, <http://www.teiajurídica.com.br>.

³⁰ **Sergio Demoro Hamilton**, parecer no Recurso Especial interposto no *Habeas Corpus* de nº 615/96, já admitido pela III Vice-Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

É de indagar-se: e a Polícia fica sujeita a que controle?

O Ministério Público, quando oferece a denúncia, submete-a ao exame do judiciário, que pode rejeitá-la (art. 43 do CPP). Quando requer o arquivamento, cabe ao juiz, como controlador do princípio da obrigatoriedade da ação penal, examinar se o caso comporta a providência alvitada pelo *Parquet* (art. 28 do CPP). Mesmo nos casos de atribuição originária, o Procurador-Geral de Justiça não dispõe de poderes absolutos, já que sua decisão de arquivamento das peças de informação fica sujeita a recurso do legítimo interessado para o Colégio de Procuradores de Justiça (art. 12, XI, da Lei nº 8.625, de 12/02/93, LONMP).

Que dizer da chamada ação privada subsidiária da pública, consagrada no art. 29 do CPP, e que, na atualidade, integra o elenco dos direitos individuais da Constituição Federal (art. 5º, LIX). É outra modalidade de controle externo a que está sujeito o Ministério Público, quando, não importa o motivo, o órgão do *Parquet* não promove, no prazo legal, a ação pública a que está obrigado. Em tal hipótese, o particular legitimado para agir pode promover a ação penal, suprindo, assim, a inércia do órgão de atuação do Ministério Público.

A presença do assistente do Ministério Público (art. 268 a 273 do CPP) surge como outra modalidade de controle externo do *Parquet*, notadamente quando apela na hipótese contemplada no art. 598 do CPP. Ali permite-se o recurso do ofendido ou de qualquer das pessoas enumeradas no art. 31 da lei processual penal, ainda que nenhuma delas tenha promovido a sua habilitação como assistente no decurso da ação penal. Em tal caso, isto é, quando o Ministério Público não interpõe apelação no prazo legal, a lei dá ao particular o prazo de 15 dias para a interposição do apelo, contado da data em que se operar o término do prazo do Ministério Público. Observe-se bem: o **triplo** do prazo concedido, normalmente, ao Promotor de Justiça para interpor a apelação (art. 593, *caput*, do CPP).

As hipóteses, aqui enumeradas sem preocupação exaustiva, fornecem, apenas, um *tableau vivant* do controle externo a que está sujeito o Ministério Público no campo da persecução penal.

Diga-se o mesmo dos juízes e tribunais. Suas decisões e sentenças são sujeitas a recursos diversos ou a reclamação.

E assim deve ser, já que num estado de direito todos devem ter seus atos sujeitos a controle.

Volto, agora, à pergunta, como fica a Polícia?

Será que o mandamento Constitucional contido no art. 129, VII, tende a transformar-se num *flatus vocis*?

Ao estudar os diversos aspectos da atuação do Ministério Público na Inglaterra, o Professor **Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**³¹, nome que, por tantos anos, ornamentou o *Parquet* fluminense, teve a oportunidade de acentuar que “a

³¹ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *O Ministério Público no Processo Civil e Penal, Promotor Natural – Atribuição e Conflito*, pág. 157, Forense, Rio de Janeiro, 1989.

concentração da atividade investigatória e persecutória nas mãos da polícia sempre foi objeto de constantes críticas, uma vez que tal situação poderia comprometer a independência e a imparcialidade da acusação”. E acrescenta: para conter tal deformação, recentemente foi criado do Serviço Real de Persecução (*Crown Prosecution Service*).

Outra não é a posição de **Helio Bicudo**³² ao vaticinar que “por se achar o Promotor Público distanciado das fontes de prova é que inúmeros procedimentos, nos quais maiores são os interesses, seja pela posição dos delinquentes, seja por motivos meramente políticos, encontram resultados negativos nos tribunais. O Promotor Público, desempenhando o papel de mero repetidor daquilo que antes se faz nas delegacias de Polícia, não tem, em muitos casos, condições para atender à pretensão punitiva do Estado.” E prossegue:

“Aliás, este mal não alcança apenas o Ministério Público, mas, por igual e por natural repercussão, a magistratura. Com efeito, se são **ajuizadas somente as causas que a Polícia permite, apenas estas é que serão decididas pela Justiça.**” (destaques meus).

A mesma compreensão da matéria é esposada por **Tourinho**³³, ao ensinar que o Delegado de Polícia não dispõe do poder de “indultar”.

Para que tal não ocorra é preciso que o Ministério Público possa conhecer e apreciar todos os ilícitos penais de ação pública, investigando, quando necessário ou oportuno, **diretamente** o evento criminoso. Do contrário só será crime aquilo que a Polícia decidir que é. Ora, tal poder de transigir, tal poder de disponibilidade da persecução criminal é vedado inclusive ao Ministério Público por força de expressa disposição normativa emanada da própria Constituição Federal (art. 5º, XXXV). Assim, se qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, é óbvio que não se poderá conceder à Polícia Civil o poder de graça.

Vou mais longe: dentro da própria Polícia, quando o delegado indeferir a abertura de inquérito policial (em caso, por exemplo, de evidente atipicidade), tal como permitido pelo art. 5º, § 2º do CPP, entendo que a autoridade policial deverá intimar o interessado para que ele, eventualmente, venha a fazer uso do recurso hierárquico a que aludê o art. 5º, § 2º do CPP. Há que dizer, ainda, que o despacho

³² **Helio Bicudo**, “Direito e Justiça no Brasil”, pág. 209/210, *apud* parecer elaborado pela Comissão criada pela AMPERJ, constituída pelo Professor Afrânio Silva Jardim e pelos Drs. Eduardo Valle de Menezes Cortes e João Baptista Petersen Mendes, pág. 02, em 07 de abril de 1986.

³³ **Fernando da Costa Tourinho Filho**, *Processo Penal*, vol. 01, pág. 199, Saraiva, 8ª edição.

da autoridade policial terá que ser fundamentado, dando ela as razões pelas quais entende que o requerimento não está a merecer deferimento. Se as decisões judiciais e as manifestações do Ministério Público, necessariamente, terão que ser motivadas (arts. 93, IX e 129, VIII da Constituição Federal), por que razão se admitirá o arbítrio da Polícia?

É bom ter em mente que o arquivamento só se pode dar em juízo. Dí-lo, às expensas, o art. 17 do CPP. E, assim mesmo, sujeito a tríplice controle: do Promotor de Justiça, do Juiz e do Procurador-Geral (art. 28 do CPP).

Aliás, ao deter-se no aludido art. 17 do CPP, **Tourinho**³⁴, dando um passo à frente, sustenta que “se a autoridade policial entender que o fato investigado não é típico, ainda assim cumprir-lhe-á remeter os autos ao Fórum, nos precisos termos do §1º do art. 10 do CPP”. E, em outra passagem, assinalara o consagrado mestre paulista³⁵, ao cogitar do exame do art. 17 do CPP: “por outro lado, ainda que haja provas de existência de causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, deve ser instaurado o inquérito, pois a Polícia investiga apenas o fato típico. O problema da excludente de culpabilidade ou de antijuridicidade deve ser analisado em juízo”.

Outra não é advertência de **Afranio Silva Jardim**³⁶ e outros em primoroso parecer tantas vezes invocado no decorrer do presente estudo:

“Descabe, neste passo, porque conhecidas de todos, apontar as distorções que a prática das sindicâncias policiais e de seus acautelamentos geram em nosso Estado. Basta dizer, ainda no plano da legalidade, que ninguém pode ser compelido, como ocorre diariamente, a depor perante detetives em procedimentos não previstos em lei, e, por isso mesmo, sem o rigor formal, que a segurança de todos está a exigir”.

Perdoem-me a ironia: é a repetição da velha estória segundo a qual é preciso, antes, investigar para saber se o caso merece investigação ...

Com que finalidade?

A quem aproveita a investigação *pro domo sua*?

São perguntas cuja resposta deixo à argúcia do meu eventual leitor.

6. É chegado o momento de extrair do presente trabalho algumas conclusões básicas:

³⁴ **Fernando da Costa Tourinho Filho**, *Código de Processo Penal Comentado*, volume I, pág. 45, Editora Saraiva, 1997, 2ª edição.

³⁵ **Fernando da Costa Tourinho Filho**, *Prática de Processo Penal*, pág. 06, Editora Saraiva, 1992.

³⁶ **Afranio Silva Jardim**, **Eduardo V. M. Cortes** e **João B.P. Mendes**, parecer de 07.04.86, da Comissão da AMPERJ.

a) é atribuição **ordinária** da Polícia Judiciária (ou Polícia Civil) exercer as funções investigatórias em matéria penal, fazendo-o através do inquérito policial (art. 4º);

b) tal atribuição, porém, **não** lhe é **exclusiva**, incumbindo, em casos **extraordinários**, a outras autoridades o exercício de funções análogas;

c) dentre as autoridades que **podem** desempenhar tais funções investigatórias, resulta evidente que o Ministério Público, por sua destinação histórica e por ser o titular privativo da ação penal pública (art. 129, I da Constituição Federal), é o maior interessado no sucesso da persecução criminal;

d) não pretende o Ministério Público cumprir, **ordinariamente**, atividade investigatória na fase pré-processual. Não é essa a sua função específica. A instituição do Ministério Público tem, na atualidade, outras, muitas outras, atribuições relevantes a serem desenvolvidas. Eu diria, mesmo, que o Ministério Público não pode nem deve, **ordinariamente**, investigar;

e) isto não significa dizer que ele não tem o **direito** de investigar **diretamente** quando, por *fas* ou por *nefas*, verificar ser oportuna ou mesmo necessária a providência;

f) tal colocação do *thema*, encontra apoio na Constituição Federal e em diversas leis federais, a começar pelo nosso velho Código de Processo Penal (2);

g) da mesma forma, as idéias aqui defendidas encontram apoio em sólida jurisprudência (3);

h) excelente doutrina respalda os argumentos expendidos ao longo do presente trabalho (4). Refiram-se, entre os outros, os nomes de: **Afranio Silva Jardim, Aloisio Firmo G. da Silva, Damásio Evangelista de Jesus, Eduardo Valle de Menezes Cortes, Fernando da Costa Tourinho Filho, Helcio Alves de Assumpção, Hélio Bicudo, Hélio Tornaghi, Hugo Nigro Mazzilli, João Baptista Petersen Mendes, José Frederico Marques, Júlio Fabbrini Mirabete, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Marcellus Polastri Lima, Maria Emilia M. de Araujo, Nelson Néri Júnior, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Paulo Fernando Corrêa, Ricardo Ribeiro Martins e Vicente Greco Filho;**

i) para a propositura da ação penal vale, como suporte fático, qualquer peça de informação idônea (gênero), seja ela o inquérito policial (espécie mais comum), seja ela emanada de outra autoridade ou mesmo do particular.

Pensar em contrário será fazer da investigação penal um feudo da Polícia Judiciária.

Dixi.

(*) Trabalho concluído em 30.08.97.

(**) **Sergio Demoro Hamilton** é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula, ex-Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis – RJ, ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.
