

2 – DOCTRINA NACIONAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O INQUÉRITO POLICIAL¹

ANTONIO EVARISTO DE MORAIS FILHO

Em seus trinta e sete anos de existência, a Corte Européia dos Direitos do Homem vem se afirmando como um tribunal paradigma, a servir de espelho para todos os organismos que têm como meta a distribuição de justiça.

Em se analisando seus julgados, no campo criminal, verifica-se que a Corte tem revelado marcante preocupação em resguardar o respeito à garantia da equitatividade do processo penal, em cujo curso do qual se deve assegurar às partes a igualdade de armas.

Assim, por exemplo, no *Affaire Barberá, Messegué et Jabardo, contra a Espanha*, o tribunal internacional considerou ilegítima a condenação dos réus, acusados de atos de terrorismo, que tiveram como consequência a morte de um empresário catalão. A Corte entendeu que fora violado o art. 6.1 da Convenção Européia dos Direitos do Homem, em face de não haver sido garantido aos condenados um *procés équitable* (vide Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour Européenne de Droits de l'Homme*, 4.^a ed., 1994, p. 173-7).

No desdobramento das reflexões sobre os problemas relativos à igualdade de armas e ao processo equitativo, surgem como matéria de relevo as denominadas investigações preliminares, que constituem a fase preparatória da *persecutio criminis*, correspondendo, no direito brasileiro, ao in-

quérito policial. Acerca do tema, um dos mais importantes aspectos relaciona-se com a questão da autoridade pública a que se deva incumbir de efetuar as investigações: se à Polícia Judiciária, ao Ministério Público ou ao Juiz de Instrução.

Com a progressiva prevalência, na Europa, do sistema acusatório, cada vez mais vai sendo postergada a figura do Juiz de Instrução. Nos dias de hoje, a dúvida se limita em escolher, entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, a quem se confiar o comando e a feitura direta das investigações preliminares.

Os excessos de exposição publicitária dos membros do Ministério Público italiano, que acabou por contaminar seus colegas franceses, teve, como um dos funestos resultados, o suicídio, em Paris, de um empresário injustamente indiciado e alvo de opressivo noticiário pela imprensa. Este episódio e outros análogos, de acusações estrepitosas e injustas desencadeadas pelo *parquet*, fizeram com que se fortalecesse o entendimento em favor da entrega das investigações preliminares às autoridades policiais, ainda que sob o controle, mais ou menos intenso, do Ministério Público.

Em contrapartida, a consciência jurídica mundial ficou traumatizada com o famoso “Processo dos Seis de Birmingham”, que culminou com um brutal erro judiciário, decorrente da atuação da polícia inglesa que, através da tortura nos interrogatórios, obteve a confissão dos indiciados (irlandeses suspeitos de homicídios por atos terroristas), e que, por meio da

⁽¹⁾ Trecho da palestra proferida na Escola Superior do Ministério Público da Bahia, em 29.11.1996.

fraude, apresentou um laudo pericial dando como positiva a presença de vestígios de explosivos, nas mãos dos réus.

No momento, esta matéria referente à atribuição para a condução do inquérito ganha extrema importância no Brasil, em razão das divergências surgidas na interpretação do art. 26, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), gerando questionamentos sobre a possibilidade de o Ministério Público promover, diretamente, a abertura de inquéritos de natureza criminal e, no curso dos mesmos, realizar as diligências que o art. 6.º do CPC incumbe às autoridades policiais.

Sobre esta matéria, seria de todo pertinente fazer-se, de início, uma rápida análise dos diversos sistemas adotados na Europa, para o que nos valeremos, basicamente, das obras *Procédures Pénales d'Europe* (coordenada por Delmas-Marty Mireille, 1995) e *Droit Pénal Comparé*, Pradel Jean, 1995).

Em quase todos os países, a persecução penal é precedida de uma fase preparatória destinada a apurar a existência do crime e identificar o seu autor.

No tocante à atribuição para conduzir estas investigações preliminares, há dois sistemas principais: o inglês, pelo qual a incumbência é da polícia; e o continental, onde, no dizer do novo Código de Processo Penal italiano, *il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria* (art. 327).

Na Inglaterra, o Ministério Público não pode proceder, diretamente, investigações. Lá prevalece o que Mireille Delmas-Marty denomina de duplo grau de apreciação das investigações preliminares, que são, inicialmente, valoradas pela polícia que as promoveu, e depois pelo Crown Prosecution Service. O direito inglês entende que a separação das funções de colher a prova, e de formar a

opinio delicti sobre as mesmas, é mais consentânea com a garantia do processo equitativo (*proces équitable*), sendo que a partir do Prosecution of Offence Act, de 1985, foi considerado que as funções de investigar e de desencadear a ação penal são incompatíveis (*Procédure ... cit.*, p. 418).

Em suma, na Inglaterra adota-se, desde a fase preparatória da persecução, o que Jean Pradel intitula de *séparatisme*, princípio pelo qual devem ser cometidas a órgãos ou agentes diferenciados as sucessivas funções no curso do procedimento penal. A acumulação de funções cria o risco da parcialidade, podendo um operador do direito (policial, membro do Ministério Público ou magistrado) adotar um ponto de vista, desde logo, no início das investigações, e mantê-lo ao longo do procedimento, ficando indiferente em face de qualquer outra alternativa probatória.

Este fenômeno foi muito bem estudado por Altavilla, em sua famosa "Psicologia Judiciária" (Porto, 1960, v. 5, p. 36-39), onde dedicou dois verbetes aos perigos das hipóteses provisórias, que podem "seduzir o investigador, de maneira a torná-lo daltônico na apreciação das conclusões de indagações ulteriores". Adverte o mestre italiano que, uma vez internalizada na mente do policial, do promotor ou do juiz, a procedência da hipótese provisória, cria-se em seu espírito a necessidade de demonstrar o que considera verdade, "à qual ele liga uma especial razão de orgulho", como se a eventual demonstração da improcedência de sua hipótese "constituísse uma razão de demérito". E assim, intoxicado por sua verdade, sobrevaloriza todos os elementos probatórios que lhe forem favoráveis e diminui "o valor dos contrários, até o ponto de não serem tomados em consideração num auto".

Exatamente para evitar estas distorções, que não raro conduzem à perpetra-

ção de erros judiciais, prevalece o separatismo das funções, princípio que foi consagrado pela Corte Européia, no julgamento do “Caso Pauwls c. Bélgica” (*Jurisprudence... cit.*, Anexo E, p. 491).

Mesmo em se tratando de fase inicial da persecução, quando se decide sobre a abertura, ou não, do processo, à luz dos elementos coligidos nas investigações preliminares, parece necessária, desde aí, a separação de funções de modo que um órgão, diferente daquele que efetuou colheita da prova, tenha a incumbência de optar entre a instauração do processo e o arquivamento do inquérito. Não se deve esquecer de que, no estágio atual da nossa civilização, o simples sentar-se no banco dos réus já representa uma espécie de pena, considerando-se o processo penal, em si mesmo, uma *cérémonie de dégradation*, celebrada na *place de supplices*, que é o tribunal criminal. Assim não seria razoável que o mesmo órgão que conduziu as investigações preliminares tivesse, também, a atribuição de decidir sobre a submissão do indiciado aos percalços de uma ação penal, que sempre atinge o *status dignitatis* do cidadão. (MARQUES, Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*. 1961, vol. II, p. 167).

Paralelamente, na quase totalidade dos países continentais, prevalece um sistema diametralmente diverso do inglês, confiando-se ao Ministério Público a integral responsabilidade pela instauração e condução das investigações preliminares, figurando a polícia como órgão operacional e auxiliar.

Assinale-se que este sistema harmoniza-se com um das conclusões adotadas pela Associação Internacional de Direito Penal, num congresso reunido em Berna, no ano de 1988, quando se assentou que da qualidade dos trabalhos dos órgãos incumbidos das investigações iniciais, depende, em boa parte, a qualidade das subseqüentes fases do processo penal.

Por isso, entre outras razões, a direção das *indagini preliminari* não deve ser entregue à polícia, eis que “a lógica da polícia é uma lógica de persecução...: ela tem como missão encontrar culpados, e não inocentes” (SAURON, J. L. *apud Prôcedure... cit.*, p. 419).

Há de ressaltar, porém, que o novo código italiano preocupou-se em estabelecer uma diversificação de funções, ainda na fase preliminar, instituindo a figura do *giudice per le indagini preliminari* (art. 328), incumbindo de manifestar-se sobre certas questões de natureza probatória, e competente para examinar o pedido de arquivamento, e, sobretudo, para decidir sobre a abertura da ação penal, após uma audiência preliminar (arts. 416 a 437), de caráter contraditório, com possibilidade de colheita de novas provas. A presença deste juiz é forma de controlar, indiretamente, a atuação do Ministério Público, como que em resposta à famosa indagação de Juvenal: *Quis custodiet ipsos Custodes?*

Por fim, ratificando a tendência do *séparatisme* destacada por Pradel, o diploma peninsular não permite ao juiz que prolatou decisão na fase da audiência preliminar prosseguir funcionando nas etapas ulteriores do processo (art. 342).

Entre os dois sistemas — o inglês e o continental —, o legislador brasileiro optou por aquele que estabelece uma diferenciação de funções, incumbindo à polícia a realização do inquérito, ainda que admitida certa vigilância por parte do Ministério Público. Enquanto para este último ficou atribuída a função de promover a ação pública, em regra com assento nos elementos coligidos pela polícia judiciária.

Assinala o emérito Tourinho Filho, citando o saudoso mestre Frederico Marques, “que a *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal”, cabendo ao Ministério Público “ajuizar a ação

penal" (*Processo Penal*. 11.^a ed., 1989, v. 1, p. 167). Pondera, a seguir, que: "para o órgão do Ministério Público poder levar ao conhecimento do Juiz a notícia sobre um fato infringente da norma, apontando-lhe o autor é intuitivo tenha em mãos os elementos comprobatórios do fato e da respectiva autoria. E como consegui-los? Para isto o Estado criou outro órgão incumbido dessa missão. É a Polícia Judiciária, cuja finalidade é a de investigar (...). Feita essa investigação, as informações que a compõem são levadas ao Ministério Público, a fim de que este, se for o caso, promova a competente ação penal".

Em diversas passagens subseqüentes de sua obra, o celebrado processualista enfatiza ser da polícia judiciária a atribuição de desenvolver o primeiro momento da atividade repressiva do Estado, desempenhando "uma fase primária da administração penal" (p. 169), oportunidade em que realiza "uma série de diligências, tais como: (...) interrogatórios, depoimentos, acareações, reconhecimentos que, reduzidos a escrito ou datilografados, constituem os autos do inquérito policial", que são encaminhados a juízo, "a fim de que o Estado, por meio de outro órgão próprio, que é o Ministério Público, sobre eles se manifeste, ou iniciando a ação penal com o oferecimento da denúncia, ou requerendo o arquivamento etc." (p. 170-1).

Este critério de atribuir, na *persecutio criminis*, funções diferenciadas a dois órgãos distintos é o que melhor se coaduna com o sistema acusatório, que os estudiosos, de uma forma geral, consideram mais eficaz do que o sistema inquisitório, no tocante ao resguardo das garantias do cidadão em face do poder persecutório do Estado.

Em nossos dias, como se disse, pode-se constatar, através das decisões da Corte Européia dos Direitos do Homem, que há uma grande preocupação em se preservar

o respeito ao *procès équitable e à égalité des armes*, garantias que ficam seriamente ameaçadas se for permitido a uma das partes – o Ministério Público – o exercício de múltiplas funções, como a de colher, diretamente e sem qualquer controle, as provas da fase preliminar e, depois, a de emitir a *opinio delicti*, desencadeando a ação penal, com fulcro nas provas por ela própria produzidas, ao seu talante. E o talvez mais grave, será a previsível formação de uma ulterior corrente jurisprudencial, reconhecendo como suficiente, para efeito condenatório, a prova colhida pelo Ministério Público na fase preliminar, em homenagem à credibilidade da fonte de que emanou.

Ademais, sob o aspecto institucional, esta faculdade de o Ministério Público produzir, diretamente, a prova da fase preliminar da *persecutio* implicaria outorgar-se a este órgão um poder incontestável em matéria de arquivamento das peças de informação. Com efeito, basta imaginar-se que, num determinado caso, o Ministério Público efetuasse, na fase preliminar, toda colheita da prova dando-lhe, intencionalmente ou não, um direcionamento favorável ao indiciado. Logo a seguir, na etapa processual subseqüente, em face da fragilidade ou insuficiência dos elementos que ele próprio coligira, pediria o arquivamento das peças, arquivamento este que se tornaria obrigatório, mesmo com a eventual discordância do juiz, caso o Procurador-Geral ratificasse a *opinio* de seu subordinado (art. 28, CPP). Assim, em questão de arquivamento, estaria instalada uma verdadeira ditadura do Ministério Público, com sério comprometimento para o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que poderia ser facilmente contornado, diante da ausência, proposital, ou não, de elementos probatórios para o oferecimento da denúncia.

Apesar de o nosso Código de Processo Penal haver adotado o sistema de

funções diversificadas, de uns tempos para cá, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público, tanto na área federal, quanto na estatal, tem pretendido instaurar verdadeiros inquéritos no campo penal, realizando diretamente as diligências que o art. 6.º do CPP atribui à autoridade policial. Para tanto, invoca o *parquet* o art. 26, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93).

Ora, evidentemente, o dispositivo invocado não autoriza o Ministério Público a exercer funções privativas da polícia judiciária.

Senão, vejamos.

A CF, no art. 129, III, arrola entre as “funções institucionais do Ministério Público”, a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público etc.” E no item VI do mesmo artigo faculta ao Ministério Público a expedição de “notificações nos procedimentos administrativos de sua competência” (grifo nosso). Já no item VIII, quando cuida da esfera penal, a Carta fala do poder de “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial” (grifo nosso).

Por seu turno, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, cit.), ao regulamentar esta matéria, reitera, no art. 26, I, a faculdade de “instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes” (grifo nosso), admitindo que, “para instruí-los” (grifo nosso), se possa “expedir notificações para colher depoimentos, e em caso de não-comparecimento injustificado requisitar condução coercitiva etc.” (art. 26, I, “a”).

Assim, uma das funções do Ministério Público é promover o inquérito civil, que se destina a colher elementos que permitam instruir a ulterior ação civil pública, a qual tem por objeto a “proteção, prevenção e reparação de danos” causados a

determinados bens e interesses (v.g., meio ambiente, bens e direitos de valor artístico etc.), e também visa obter a anulação de atos lesivos ao patrimônio público (art. 25, IV, “a” e “b”, Lei 8.625).

Somente em outro item, o de inc. IV, o art. 26 trata da matéria penal, e permite, como se acentuou, ao Ministério Público “requisitar à autoridade diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, e de inquérito policial-militar (...) podendo acompanhá-los”. Também no direito anterior (Lei 40/81), a única hipótese em que era cometida ao Ministério Público a incumbência de promover, diretamente, os atos do inquérito, ocorria quando o Procurador-Geral advocava “excepcional e fundamentalmente, inquéritos policiais em andamento”, onde não houvesse delegado de carreira (art. 7.º, VII).

O relevante é que, em face do texto constitucional vigente, e o da Lei Orgânica que o regulamentou, parece claro que se adotou um critério diferenciado em matéria de investigações preparatórias: no campo civil, cabe ao Ministério Público instaurar o inquérito civil ou outros procedimentos administrativos pertinentes, ao curso dos quais se permite que realize diretamente diligências, inclusive a colheita de depoimentos (item I e alíneas do art. 26, cit.); já em sede penal, matéria prevista em item diverso (IV) do mesmo art. 26, é-lhe facultado meramente requisitar diligências ou a abertura de inquéritos, “podendo acompanhá-los”. Aliás, é atribuição do Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para “acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória” (art. 10, IX, e, da Lei 8.625, cit.).

Entretanto, apesar desta diferenciação fixada nos textos ora invocados, o Ministério Público, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, nas esferas federal e estadual, está querendo adquirir o vazo de promover, diretamente, investigações preliminares, expedindo notificações e

tomando depoimentos, numa verdadeira usurpação das atribuições da autoridade policial, a quem a Constituição comete as funções de polícia judiciária (art. 144, § 1.º, IV e § 4.º).

Seria, sem dúvida, de extrema valia que o Ministério Público acompanhasse as diligências investigatórias e os inquéritos realizados pelas autoridades policiais, ainda mais porque isto traduziria, de alguma forma, o exercício do controle externo da atividade policial. Porém, a faculdade de o Ministério Público produzir, direta e pessoalmente, sem qualquer controle, as peças de informação que virão a servir, no futuro, de base para o oferecimento de denúncia, ou para o pedido de arquivamento, implicaria risco para o princípio da paridade de armas, e conferiria a este verdadeiro quarto poder um arbítrio incontestável no exercício, que lhe é privativo, da função de promover a ação penal.

O importante é que o sistema legal brasileiro vigente não autoriza o Ministério Público a promover as investigações preliminares, em substituição à polícia judiciária. Neste sentido, recentemente a 1.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em *habeas-corpus* relatado pelo Eminentíssimo JD. Subst. Silvio Teixeira, concedeu a ordem por unanimidade, tendo acórdão a seguinte ementa:

“Ementa: Processual Penal. *Habeas-Corpus*. Conhecimento. Investigações criminais. Atribuição da polícia judiciária. Atribuições do Ministério Público. O devido processo legal.

A ação de *habeas-corpus* controla não somente o direito à liberdade, senão também a validade do procedimento de que possa resultar a restrição a esse direito.

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 inquérito policial e de inquérito 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”.

Por fim, cumpre ressaltar que nada impede que se passe a adotar sistema semelhante ao dos países do continente europeu, transferindo-se para o Ministério Público, com todos os riscos que tal mudança possa desencadear, a atribuição de instaurar e comandar o inquérito preparatório da ação penal. Para tanto, basta operar-se as mudanças necessárias no texto constitucional e na legislação ordinária que, no momento, estão sendo desprezados com a realização de procedimentos investigatórios por parte do Ministério Público, nas órbitas federal e estadual, no Estado do Rio de Janeiro.

Nesta hipótese, entretanto, é de todo necessário que seja expressamente vedado ao juiz de mérito fundamentar a sentença condenatória nas provas colhidas pelo Ministério Público, na fase das investigações preliminares. À semelhança do que ocorre no Código de Processo Penal Militar, terá de haver dispositivos expressos proclamando que o inquérito “tem caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal” (art. 9, CPPM), e que “o juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto de provas colhidas em juízo” (art. 297 CPPM, grifo nosso). Do contrário, estará violentada a garantia constitucional do devido processo legal, e seus corolários: a ampla defesa e o contraditório.