

# AINDA, INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: PODER IMPLÍCITO OU LIMITE EXPLÍCITO? PROPOSTA DE NOVO ENFOQUE

Renato Stanziola Vieira

## 1. O caso

No último dia 10 de março a 2ª Turma do STF, em HC 91.661<sup>(1)</sup>, voltou a discutir a chamada investigação criminal direta pelo Ministério Público.

O colegiado, dele ausente o min. Eros Grau, denegou a ordem e, entre outras razões para tanto, disse ser “*princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim — promoção da ação penal pública — foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que ‘peças de informação’ embasem a denúncia.*”

Polêmicas constitucional e processual penal da repartição de atribuições à parte<sup>(2)</sup>, quer-se acrescer ao debate aspecto de técnica processual.

## 2. A regra

O Código de Processo Penal, no artigo 252, I e II, veda ao juiz atuar em caso no qual “*ele próprio houver desempenhado*” funções de “*defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito*” ou tiver “*servido como testemunha*”. Aos promotores “*se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes*” (art. 258)<sup>(3)</sup>.

O tema merece atenção para evitar engano seduzido por belas mas incertas premissas (ex.: “*quem pode o mais, i.é., promover a ação penal, pode o menos, i.é., investigar*”<sup>(4)</sup>) e desafia nova interpretação. Uma coisa é dizer que um “poder implícito” existe como instrumento para atingir fim previsto em *espaço jurídico predeterminado*; outra é vedar, ante clara repartição de atribuição de funções o tal “poder implícito” porque o que é explícito já é *explícito demais*<sup>(5)</sup>.

A investigação criminal, sabe-se, tem inerente risco de cerceamento da liberdade e da propriedade. É de sua essência cogitar de atual ou futura **limitação de direito individual**. Daí a melhor interpretação dever seguir a **legalidade estrita** e não poderes implícitos ou *conveniências casuais* — como parece, *data venia*, ter sido o julgamento em tela, pois a investigação do Ministério Público se amparou na circunstância de se tratar de possível crime cometido por policiais<sup>(6)</sup>. A persecução penal, mesmo pré-processual, não está alheia à legalidade dos delitos e das penas.

O Código vigente impede ver atribui-

ção ao Ministério Público como órgão e legitimidade ao promotor como membro para promover, a seu talante, investigação pré-processual<sup>(7)</sup>. Quando a linguagem do CPP menciona a prescindibilidade do inquérito policial ou que as peças de informação bastem a formar a *opinio delicti*, daí não vem que na sua falta possa se investigar o quanto se pretenda e como se queira. Diz-se *prescindir* de algo; não *substituir* algo. Se não há elementos suficientes a embasar denúncia; não se abre a porta para investigar-se a esmo. Ou é assim, ou que se revoguem os artigos 5º, II, e 13, II, do Código de Processo Penal.

Se não se *precisa* de investigação, que se ofereça denúncia; se a situação é con-

trária, requisite-se instauração de inquérito. Se *na investigação*, quer o Ministério Público tomar parte, seja-o como interveniente do trabalho da polícia. Aquilo para o que se fechou a porta com a não-aprovação do anteprojeto **Frederico Marques** não pode agora entrar pela janela.

Não tem sentido o destinatário do *elemento informativo* (art. 155, CPP) ser seu produtor. Como não se confunde a notícia do ato criminoso com circunstancialidade necessária à apresentação da denúncia com a *falta da notícia* como permissiva para sem oficialidade e legalidade, em antecipação de juízo formado com a conclusão do trabalho policial dirigido ao *parquet*, ir-se à *cata* das tais informações.

Sobre essa tentação já falou **Tornaghi**, esclarecendo que “*o Ministério Público pode requisitar a investigação, o inquérito (CPP, art. 5º, II), bem como diligências policiais (art 13, II), esclarecimentos e documentos que possam ser ministrados ou fornecidos por qualquer funcionário (art. 47), mas não tem ele próprio funções de polícia judiciária*”<sup>(8)</sup>.

Pode, então, não ser o melhor o pensamento que liga, como premissa, que: “*A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal*”, para concluir ser “*perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da*

*autoria e da materialidade de determinado delito*” sem inquérito.

O *parquetier*, que exerce função de indisputável relevância jurídica, não é, *venia concessa*, *dublê* nem substituto de delegado de polícia no exercício de funções dele, não menos relevantes. Não pode, para tanto se arvorando em *poder implícito* ou em *poder de diligenciar inerente à função*, conduzir algo que se pareça com inquérito policial, chame-se tal como quiser.

Se não se *precisa* de investigação, que se ofereça denúncia; se a situação é contrária, requisite-se instauração de inquérito. Se *na investigação*, quer o Ministério Público tomar parte, seja-o como interveniente do trabalho da polícia.

O perfil constitucional da atividade do Ministério Público, de “*exercer o controle externo da atividade policial*” (art. 129, VII, CF) — pois quem fiscaliza externamente não se traveste de fiscalizado — im-

pede que a atuação se misture à de delegado de polícia. O promotor, hoje *dublê* ou sucessor de delegado, amanhã é parte na relação processual<sup>(9)</sup>.

Quando falou sobre o perigo de atribuir ao *parquet* os poderes inatos aos órgãos da polícia judiciária, antes do novo *Codice de Procedura Penale* italiano, **Franco Cordero** deu lição que ecoa no tempo e espaço: “*Infelizmente nosso legislador construiu na instrução sumária a figura de um acusador-juiz, que bons motivos levam a considerar pior do que o juiz-acusador. Esse era um protagonista exclusivo, enquanto o Ministério Público, travestido de juiz, forma as provas das quais ele próprio se vale para obter a condenação do acusado. Parece incrível, mas uma distorção desse gênero encontrou apolo-gistas, como se o processo exorbitasse da esfera racional.*”<sup>(10)</sup>

## 3. A Súmula 234, do STJ

O teor da Súmula 234 do STJ<sup>(11)</sup> não atrapalha a colocação de limites à atuação do Ministério Público. Afinal, se *pelo sim, pelo não*, cogita-se de algum “poder implícito”, a tal “poder” corresponde o *limite* (explícito) sob pena de soçobrar o Estado de Direito.

*Participação* na fase investigativa criminal, diz a Súmula; nunca *presidência*. Quem participa não preside e não substitui outra autoridade mas esforça-se para não desnaturar a função de controlar *externamente* o trabalho da polícia judiciária.

Se há direitos que são tutelados na fase

pré-processual da persecução penal, a quem recorrer para exercer o controle *externo* da atividade que, da Polícia Judiciária, foi tomada pelo promotor para ele mesmo formar sua convicção com vistas ao oferecimento da denúncia, se não ao juiz? Àquele juiz que irá decidir pelo recebimento ou não da inicial oferecida por promotor que atuou como delegado e que, percebida a desnaturada e ilegítima atuação investigativa, terá de se deparar com nulidades no que deveria ser inquérito policial mas não se sabe o que é.

Não é jurídico que uma parte voluntariosamente desnature seu papel para amearhar na fase preliminar o que lhe interesse — notadamente nesses dias em que das oitavas em gabinete pululam idéias de produção de elementos de investigação de prova irrepetíveis como p. ex., pedidos de interceptação telefônica —, em investida à atribuição do outro órgão público; para depois deduzir imputação como acusadora<sup>(12)</sup>.

Não parece jurídico nem justo que o inocente arque com o exercício de **atividade investigatória impedida**, que antecipa sob patrocínio de uma das futuras partes processuais um tipo de verdade que não passa de uma contradição: interessada, unilateral e inválida<sup>(13)</sup>. A cidadania não pode pagar o custo dessa confusão.

Não foi à toa que, a respeito da distinção enunciada na Súmula 234 do STJ, conhecido magistrado e professor disse: “*No entanto, se o membro do Ministério Público investigar alguém, isoladamente, sem a instauração de inquérito policial, colhendo provas em seu gabinete, sem a fiscalização de qualquer órgão, nem a ciência do suspeito, como poderia apresentar uma denúncia isenta? Como se pode, ao mesmo tempo, defender o princípio do promotor natural e imparcial e validar a investigação conduzida unilateralmente pelo acusador?*”<sup>(14)</sup>

O **impedimento** da atuação do promotor — que representa una e indivisível instituição — como duplê ou substituto de delegado, traz segurança jurídica e ao investigado; respeita a dignidade humana. Não é suportável a idiossincrasia de se colher informações — inclusive, como no precedente citado, oitiva em gabinete de investigados e testemunhas — sob critério casual e pessoal de quem escolheu não fiscalizar os trabalhos da polícia judiciária, mas tomar-lhe o lugar<sup>(15)</sup>.

#### 4. Conclusões

É muito difícil crer que a atuação pautada em oficialidade e legalidade leve a crer que um promotor conduza investigação criminal sozinho com vistas a formar *sua própria opinio delicti* não esteja **legalmente impedido** de assim agir.

O órgão (MP) é distinto daquele que se desincumbe tipicamente de investigar (Polícia); a pessoa que o encarna representa e materializa a acusação não pode se confundir com quem lhe dê provas de materialidade e autoria. A divisão é funcional, gizada pela lei: quando acaba o mister de um (delegado), começa *ou não* o do outro (acusador); até lá e para que não se misturem, esse *fiscaliza, auxilia* aquele.

Ao se dar atenção a isso é impossível não perceber que no exercício da atividade **impedida** — na medida em que visa produção de elementos informativos para si mesmo, num solipsismo estranho à transparência, ao controle e ao respeito aos direitos individuais — não se atinge verdade processual. Da função impedida vem dano irreparável: a imprestabilidade dos elementos informativos colhidos por quem se antecipa como parte interessada; que quicá são usados ao oferecer denúncia criminal.

O critério alvitado não é subjetivo a ponto de evitar mal maior ao cidadão, ao processo e à sociedade com a substituição deste ou daquele promotor que tenha atuado como se delegado fosse e oferecido a denúncia. A razão de ser do **impedimento** espelha a contaminação dos elementos de convicção colhidos à margem da lei, que nulifica o processo na origem por vício orgânico que decorre de desvirtuamento institucional do MP. A face individual e subjetiva do promotor apenas desvela a gravíssima existência. No processo penal *não* vale tudo.

#### NOTAS

- (1) HC 91.661, rel. min. **Ellen Gracie**, DJE 20.3.2009. Foi fundamental a cautelosa menção da culta relatora no sentido de que não há um pronunciamento definitivo do Pleno sobre o tema.
- (2) **Luis Roberto Barroso**. “Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. In: *Temas de Direito Constitucional*. T.III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 219/34; **José Afonso da Silva**. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 49, São Paulo: RT. Jul./ago. 2004. pp. 368/88; **Rogério Lauria Tucci**. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: RT. 2004; **José Reinaldo Guimarães Carneiro**. *O Ministério Público e suas Investigações Independentes. Reflexões Sobre a Inexistência de Monopólio na Busca da Verdade real*. São Paulo: Malheiros. 2007.
- (3) Assim, o CPP português, no art. 54. Lá, contudo, como diz **Figueiredo Dias** (*Direito Processual Penal*. reimpr. Coimbra: Almedina. 2004 pp. 367 e ss.), o promotor é **órgão auxiliar da Justiça** (art. 53, CPP).
- (4) No rigor da lógica, o advogado que pode propor queixa-crime *poderia* intimar e ouvir o imputado em seu escritório; *poderia* expedir ofícios a órgãos diversos, tudo na forma de, paralelamente e igualmente à acusação, efetivar *investigação defensiva* — como está encampado, já agora, no art. 14 do PLS 156/2009, que altera na íntegra o Código de

Processo Penal. A lembrança remete a outro ponto quanto ao raciocínio de “*mais*” e “*menos*”: desrespeita-se a *igualdade de tratamento* entre investigado e acusação antecipada.

- (5) Na dicção de **Cezar Roberto Bitencourt**, “*não há poder implícito onde este foi explicitado, expressamente estabelecido, mesmo que tenha sido em favor de outra instituição*” (“A Inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 66. São Paulo: RT. Julho. 2007. p. 260).
- (6) Uma *denúncia caluniosa privilegiada* (art. 339, § 2º, CP).
- (7) No anteprojeto de CPP **Frederico Marques** (Projeto 633-B, 1975) essa atividade era prevista no art. 90.
- (8) *A Relação Processual Penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva. S.d. p. 173.
- (9) Crítica-se o vetusto Código de Processo, mas é ele que diz ser inoponível à autoridade policial a exceção de suspeição (art. 107), e que estabelece liame entre juiz e promotor — não delegado — para arquivamento de inquérito. O delegado não é parte (salvo se, por motivo seu, mover ação penal de iniciativa privada). Se fosse, as regras de impedimento o abrangeriam como abrangem o promotor.
- (10) *Procedura Penale*. Varese. 1966. p. 63. citado por **Tornaghi**, ob. Cit., rodapé 53.
- (11) “*A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia*” (3ª Seção, DJ, 07.02.2000. p. 185).
- (12) É esse o alerta de **Giulio Luminatti**, ao pontuar que “*la atribución al ministerio público de potestad exclusiva para desarrollar las funciones de investigación del hecho delictivo, debe estar compensada con la eficacia probatoria de las diligencias de averiguación que él mismo lleva a cabo*” (“El Sistema acusatorio en Italia. In: *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. **Lorena Bachmaier Winter** (coord.) Marcial Pons. Madri. Barcelona. Buenos Aires. 2008. p. 153).
- (13) Cuidado com os paralelismos de sistemas distintos. No CPP português há razão em tratar o Ministério Público como órgão da administração da Justiça e sujeito às mesmas regras de impedimento e suspeição dos juizes porque lá, como dito pelo art. 54, compete-lhe “*colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito*”. Nada disso se vê entre nós, mas o CPP elastece as regras de impedimento e suspeição aos promotores. Daí se pode ver difícilima questão sistemática a ser enfrentada: se ao representante do ministério público, se parte processual — pois encarna a acusação — seria inoponível a exceção de *suspeição ou impedimento*. O desafio é de *lege ferenda* pois remanesce a colocação do art. 258, CPP. Suportemos a lei vigente.
- (14) **Guilherme de Souza Nucci**. *Código de Processo Penal Comentado*. 6ª ed. rev., at. e ampl., 2ª tiragem, São Paulo: RT. 2007. pp. 528/9.
- (15) Esse é um dos “mistérios” dessas “investigações”, lembrados por **Bitencourt**: “*O Ministério Público reconhece que não teria condições materiais de abarcar toda a investigação criminal, limitando-se a atuar em um ou outro caso, quando o interesse público exigir, mas, desarrazoadamente, quem definiria quando se faz presente a exigência do interesse público seria o próprio parquet*” (art. cit., p. 257). Ressalva seja feita: tivesse passado o anteprojeto **Frederico Marques**, a lei permitiria tais investidas — com os mesmos mistérios. Mas não passou.

**Renato Stanzola Vieira**

Advogado criminalista em São Paulo, mestre em Direito Constitucional (PUC-SP), membro do IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa