



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

THAINNÁ SOBRAL MARQUES DE ALMEIDA

**A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MEMBRO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO E O ART. 28 DO CPP**

CAMPINA GRANDE-PB

2011

THAINNÁ SOBRAL MARQUES DE ALMEIDA

**A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MEMBRO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO E O ART. 28 DO CPP**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado à coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mestre Luciano de Almeida Maracajá.

**CAMPINA GRANDE-PB
2011**

A447i Almeida, Thainná Sobral Marques de.
A Independência Funcional do Membro do Ministério Público e o Art. 28 do CPP [manuscrito] / Thainná Sobral Marques de Almeida .– 2011.

68 f.

Digitado.

Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

“Orientação: Prof. Me. Luciano de Almeida Maracajá, Departamento de Direito Público”.

1. Ministério Público 2. Independência funcional 3. Inquérito policial 4. Controle jurisdicional I. Título.

21. ed. CDD 352.293

THAINNÁ SOBRAL MARQUES DE ALMEIDA

**A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MEMBRO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO E O ART. 28 DO CPP**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado pela aluna Thainná Sobral Marques de Almeida, do Curso de Bacharelado em Direito, tendo obtido o conceito de 10,0 (dez), conforme a apreciação da Banca Examinadora.

Aprovado em 27 / 05 / 2011

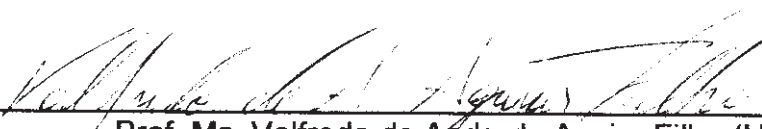
BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Luciano de Almeida Maracajá (UEPB)
(Orientador)



Profa. Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral (UEPB)
(Membro)



Prof. Ms. Valfredo de Andrade Aguiar Filho (UEPB)
(Membro)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a **Deus**, fonte inesgotável de paz e certezas, por sempre traçar, ainda quando eu inicialmente não entenda, os melhores caminhos em minha vida. Obrigada por todas as vitórias que me concedestes e ainda sim por todas as coisas que me negaste. Ao nosso Pai, ofereço mais esta conquista.

Aos meus pais, Rosinha e Dionísio, donos do amor mais sincero, por toda a minha formação, pelo apoio constante, pela fé no meu futuro de objetivos alcançados e por tudo o mais que não caberia ser listado neste espaço, externo meu agradecimento eterno.

A meu namorado, **Caio**, por tornar mais leve a estrada da vida, recheando-a de amor, companheirismo, carinho, zelo e compreensão. Pela confiança no meu êxito ante todos os obstáculos necessários, meu reconhecimento especial.

Aos **professores do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba**, pelos ensinamentos repassados e o direcionamento na minha formação como profissional, meus sinceros agradecimentos.

Ao professor mestre **Luciano de Almeida Maracajá**, pelo primoroso trabalho desenvolvido como orientador, por toda a dedicação e paciência, pela vastidão da sua inteligência que contagia e por ter sido fundamental, não só para a conclusão deste trabalho, mas por grande parte do meu evoluir no conhecimento jurídico, minha estimada gratidão.

À banca examinadora pela disponibilidade em compô-la, agradeço a atenção ofertada.

"É graça divina começar bem. Graça maior é persistir na caminhada certa. Mas graça das graças é não desistir nunca"
(Dom Helder Câmara)

RESUMO

A Independência Funcional é um dos princípios constitucionais essenciais ao completo desenvolver das atividades ministeriais. O art. 28 do Código de Processo Penal preceitua o controle jurisdicional realizado no pedido de arquivamento do inquérito policial pelo agente ministerial. O presente estudo tem o fito de demonstrar que a liturgia desse dispositivo não coaduna com a independência funcional assegurada aos membros do *Parquet*, em virtude de autorizar a interferência judicial na decisão da conveniência em promover a ação penal pública, encargo privativo do seu titular, o representante ministerial. Nessa medida, foi desenvolvida uma pesquisa teórico-exploratória, caracterizando-se por meio da pesquisa bibliográfica. Analisou-se, assim, a evolução histórica e constitucional da instituição Ministério Público, mostrando as atuais garantias e princípios constitucionais atinentes ao órgão ministerial, dando atenção especial ao da independência funcional de seus membros. Ademais, foram analisadas as modalidades de sistemas processuais vigentes e abordou-se os procedimentos desenvolvidos na fase pré-processual, notadamente o inquérito policial e seu controle externo, realizado pelo *Parquet*, bem como a investigação criminal por ele conduzida. Além disso, foram retratados os procedimentos que podem ser adotados pelo agente ministerial no momento em que recebe o inquérito policial relatado, destrinchando-se a possibilidade de arquivamento, suas espécies, efeitos e como o art. 28 do CPP interfere nesse pedido. Por fim, apresentou-se os momentos em que ocorrem essas interferências, a judicial e a realizada pelo Procurador-Geral, mostrou-se a tese que defende esta primeira e concluiu pela responsabilidade do art. 28 em mitigar o princípio da independência funcional do Ministério Público.

Palavras-chave: Independência Funcional; Ministério Público; Inquérito Policial; Arquivamento; Controle Jurisdicional.

ABSTRACT

The Functional Independence is a fundamental constitutional principles to develop the full ministerial activities. Art. 28 of the Code of Criminal Procedure stipulates the court held control in the application for filing of the police investigation by ministerial staff. The present study has the aim of demonstrating that the liturgy of this device does not fit with the operational independence afforded to members of the Parquet, due to permit judicial interference in the decision of convenience to promote the public prosecution, private burden of its owner, the ministerial representative. As such, we developed a theoretical and exploratory research, characterized by the research literature. Consideration was, therefore, the historical and constitutional institution's public prosecutor, showing the current constitutional principles and guarantees pertaining to the ministerial body, giving special attention to the functional independence of its members. Furthermore, we analyzed the terms of procedural systems in place and discussed the procedures developed in the pre-trial, notably the police investigation and its external controls, performed by the Parquet, and the criminal investigation conducted by him. Furthermore, procedures have been portrayed that can be adopted by the ministerial staff at the time it gets to the police investigation reported by unpacking the possibility of filing, its species, effects and as art. 28 CPP acts on this request. Finally, he presented the moments when such interference, the judiciary and conducted by the Attorney General, was the thesis argues that this first and found the responsibility of art. 28 to mitigate the principle of functional independence of the prosecution.

Keywords: Functional Independence, Prosecutors, Police Investigation, Archiving, Judicial review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DE SEUS MEMBROS	12
1.1 MINISTÉRIO PÚBLICO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA ATÉ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	12
1.2 GARANTIAS E VEDAÇÕES.....	16
1.3 PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS.....	18
1.3.1 A Independência Funcional dos Membros do Ministério Público...19	
2 SISTEMAS PROCESSUAIS	22
3 FASE PRÉ-PROCESSUAL: A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	24
3.1 INQUÉRITO POLICIAL	24
3.2 O INQUÉRITO POLICIAL E O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	28
3.2.1 Conceito e Fundamento.....	29
3.2.2 Instrumentos de Controle.....	32
3.3 INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS PRESIDIDAS DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	35
4 O ART. 28 DO CPP E O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	40
4.1 PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO AO RECEBER O INQUÉRITO POLICIAL.....	40
4.2 O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL.....	43
4.2.1 Espécies de Arquivamento.....	45
4.2.2 A Possibilidade de Desarquivamento do Inquérito Policial.....	47
4.2.3 A Inexistência de Recurso da Decisão de Arquivamento.....	49
4.2.4 Arquivamento de Inquérito e Foro Por Prerrogativa de Função.....	50

4.3 ANÁLISE DO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	52
4.3.1 A Interferência Judicial no Inquérito Policial.....	53
4.3.2 A Interferência do Procurador Geral na Independência Funcional dos Membros do Ministério Público.....	54
4.4 TESES FAVORÁVEIS À MANUTENÇÃO DA INTERFERÊNCIA JUDICIAL NO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL.....	55
4.5 O ARTIGO 28 DO CPP COMO DISPOSITIVO MITIGADOR DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

INTRODUÇÃO

A evolução histórica e constitucional da instituição Ministério Público, no Brasil, evidencia a árdua busca pelo seu reconhecimento como órgão autônomo e não pertencente ou subordinado a qualquer um dos três poderes que compõem o nosso Estado.

A Constituição Federal de 1988 traz o Órgão Ministerial como sendo uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Visando assegurar o correto deslinde de suas atividades profissionais, a Lei Maior conferiu ao *Parquet* certas prerrogativas, garantias e princípios institucionais. Dentre esses preceitos, destaca-se, por sua fundamental importância, o da independência funcional de seus membros, representando a segurança de que, no desenvolver de suas atividades técnicas, os agentes ministeriais não se subordinam a qualquer autoridade, de qualquer órgão, devendo obediência tão somente às leis, à Constituição e ao seu próprio convencimento, respeitada a razoabilidade.

A Lei Fundamental também tratou de elencar quais seriam as funções a serem desenvolvidas pelo órgão ministerial e, compondo estas atribuições, estão o controle externo da atividade policial e a titularidade privativa para a promoção da ação penal pública.

Cumprindo ressaltar que, atualmente, vigora o trâmite direto entre a autoridade policial e o Ministério Público e, em assim sendo, os autos do inquérito são encaminhados diretamente ao representante ministerial para que este adote as providências cabíveis, a saber, requeira novas diligências, ofereça denúncia ou requeira o arquivamento dos autos.

Não dispondo de justa causa para o oferecimento da denúncia e, por conseguinte, optando pelo pedido de arquivamento do inquérito, tem-se o controle judicial desta solicitação, previsto pelo art. 28 do Código de Processo Penal.

Este dispositivo reza que, requerido o arquivamento pelo *Parquet*, os autos serão encaminhados ao juiz para análise das razões ministeriais atinentes ao pedido, e, em havendo discordância, o procedimento será remetido ao Procurador-

Geral de Justiça para que este promova nova apreciação, optando por oferecer a denúncia ou insistir no arquivamento.

Nessa senda, percebe-se que a liturgia da referida norma do CPP, ao promover o controle jurisdicional do inquérito policial, além de ir de encontro à premissa processual de que os procedimentos administrativos só serão analisados sob o aspecto da estrita legalidade, permite a interferência de um órgão alheio ao Ministério Público em um mister que só a ele compete, a promoção da ação penal pública. No momento em que requer o arquivamento do inquérito, o agente ministerial não queda-se inerte. Ao reverso, manifesta-se no sentido de que, em razão dos elementos colhidos na investigação criminal, o oferecimento da peça acusatória não tem viabilidade, devendo os autos serem arquivados.

Por esse vértice, há de se verificar o efeito que o art. 28 do Código de Processo Penal provoca no princípio da independência funcional do membro Ministério Público, visto que, em detrimento deste, o dispositivo submete o livre convencimento do *Parquet*, no tocante ao exercício da sua função privativa de promover a ação penal, ao controle jurisdicional.

Sob tal ângulo, partiremos de uma análise acerca da evolução histórica e constitucional do Ministério Público, no sentido de mostrar o seu papel na sociedade, suas funções, garantias e princípios. Dessa forma, será possível aferir o crescimento da instituição e sua autonomia e independência em face dos três poderes da União.

Ademais, será possível destrinchar como ocorre todo o desenvolver do inquérito policial, relacionando-o sempre ao Órgão Ministerial e mostrando qual deve ser o agir deste ao receber o relatório conclusivo do procedimento. Também será mostrado o poder de investigação próprio do *Parquet* e o trâmite desenvolvido para o arquivamento do inquérito policial, abordando suas espécies e efeitos.

Por derradeiro, proceder-se-á à análise do art. 28 do CPP, evidenciando os controles judicial e ministerial promovidos por este dispositivo no arquivamento do inquérito, sempre fazendo a sua correspondência com a questão de fundo, que é a consequência da vigência desta norma na independência funcional do Ministério Público. Será apontada a tese defensora da interferência do juiz no pedido arquivamento do inquérito e, ao fim, apresentada a solução para que o controle deste requerimento não afete este princípio tão imprescindível aos membros da instituição.

1 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DE SEUS MEMBROS

1.1 MINISTÉRIO PÚBLICO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA ATÉ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente, cumpre ressaltar que as primeiras figuras semelhantes ao Ministério Público eram qualificadas como órgão de defesa judicial dos interesses privados do soberano, estando ainda ausente a sua natureza típica de defensor da sociedade.

Progressivamente, com o desenvolver da história e o domínio das idéias revolucionárias, atribuiu-se ao Ministério Público, por serem necessárias, funções relacionadas à promoção e à fiscalização das leis.

Os chamados *procuradores do rei*, no Egito Antigo, por terem amparado as viúvas e os órfãos e satisfeito a função de perseguidores dos criminosos, são considerados uma das origens mais remotas do Ministério Público.

Todavia, em que pese o exercício de tais atribuições, essas figuras fiscalizatórias não podem ser apontadas como a gênese do Ministério Público, assim como as do *praefectus urbis*, *praesides* e *procuratores caesaris*, de Roma. Posto que desempenhassem na seara penal atividades análogas às atualmente desenvolvidas, também cumpriam funções administrativas e judiciais, sendo conhecidas, em razão daquela, como *a língua e os olhos do rei*.

O real papel executado pelo órgão jurisdicional só veio surgir, de fato, em 1302, na França. Instaurou-se uma luta contra o poder papal, emergido em decorrência da ascensão da Igreja no período da Alta Idade Média, e, com a queda deste poder e conseqüente concessão do monopólio jurisdicional aos reis, foi editado o primeiro diploma legal a mencionar expressamente o *procureur du roi (les gens du roi)*.

A *Ordonnance* de Felipe, o Belo, é pacificamente atestada como sendo responsável pelo nascimento da Instituição Ministério Público. Esse documento regeu as atribuições ministeriais, desta vez o tratando como tutor dos interesses do

Estado, estranhos aos bens e a pessoa do rei.

Em virtude da Revolução de 1789, com a conseqüente separação de funções, foi criado em 1790, novamente na França, o primeiro diploma legislativo específico do *Parquet*, com atribuições essenciais distintas daquelas atribuídas aos órgãos judiciários, legislativos e administrativos.

No Brasil, a Instituição do Ministério Público passou a existir por intervenção das Ordenações Filipinas de 1603, que atribuíam ao Promotor da Justiça da Casa de Suplicação, que era nomeado pelo Rei, entre outras funções, a de “requerer todas as coisas que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pareça. E a seu Ofício pertence formar libelos contra os seguros, os presos, que por parte da justiça não hão de ser acusados na Casa de Suplicação por acordo da Relação.”

Impende observar que, apesar do diploma de 9 de janeiro de 1609, que disciplinava a composição do Tribunal da Relação da Bahia (*A relação será composta de dez desembargadores...um procurador de feitos da Coroa e da Fazenda e um promotor de Justiça*) ter sido o primeiro texto legislativo nacional a evidenciar o Promotor de Justiça, o primeiro código de nosso país a destinar tratamento abrangente e sistemático ao *Parquet* foi o estatuto criminal de 1832, cuja regra do artigo 37 continha as seguintes funções: “denunciar os crimes públicos e policiais, o crime de redução à escravidão de pessoas livres, cárcere privado, homicídio ou tentativa, ferimentos com qualificações, roubos, calúnias, injúrias contra pessoas várias, bem como acusar os delinquentes perante os jurados, solicitar a prisão e punição dos criminosos e promover a execução de sentenças e mandados judiciais, dar parte as autoridades competentes das negligências, omissões e prevaricações dos empregados na administração da justiça.”

Com as mudanças jurídicas e políticas advindas da Proclamação da República, Campo Sales, precursor da independência do Ministério Público no Brasil, lançou o seu esboço institucional por meio do Decreto n. 848, de 10 de outubro de 1890, contudo, a Carta Magna de 1891 quedou-se silente acerca da instituição. Somente foi feita uma menção, no Título destinado ao Poder Judiciário, ao Procurador Geral da República. De igual maneira ocorreu na Lei Maior de 1937.

A Constituição de 1946, com seu espírito democrático, outorgou ao Ministério Público um Título especial, desvinculado de qualquer dos outros poderes. Foram

instituídos os Ministérios Públicos Estadual e Federal, suas estruturas e atribuições, o concurso de provas e títulos, a promoção, a estabilidade na função e a remoção somente por representação motivada do Procurador Geral.

Adotando a mesma linha da anterior, a Lei Fundamental de 1967 regulamentou o concurso de provas e títulos, abolindo os internos, sempre caracterizados pela acentuada influência política. Noutra banda, retrocedeu ao inserir o Ministério Público como instituição subordinada ao poder Judiciário.

A Carta de 1969 (EC nº 1, de 17 de Outubro), em consonância com a fase histórico-política enfrentada, também representou um atraso para o Ministério Público. A instituição viu suprimidas as suas condições de vencimento e aposentadoria similares às atribuídas aos juízes e perdeu a sua independência, ficando subordinada, juntamente com as Forças Armadas e os funcionários públicos, ao capítulo que estruturava o Poder Executivo.

A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, ao alterar o que dispunha o artigo 96 da Constituição, permitiu que os Ministérios Públicos dos Estados se organizassem em carreira, por lei estadual, devendo ser observadas as normas gerais a serem estabelecidas em lei complementar. E assim se fez. A Lei Complementar nº 40, de 1981, foi responsável por traçar, com o tratamento digno que exige o seu mister, o perfil do Ministério Público, renunciando a Constituição de 1988, que veio a consagrá-lo como grande instituição democrática.

Tratando deste sucessivo crescimento, bem asseverou o brilhante mestre José Afonso da Silva (1992, p. 510):

“O Ministério Público vem ocupando um lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos. A Constituição de 1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas uma lei de 1890 (de n. 1.030) já o organizava como *instituição*. A Constituição de 1934 o considerou como *órgão de cooperação nas atividades governamentais*. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário e sua Emenda 1/69 o situou entre órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição lhe dá o relevo de *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.” (grifos nossos)

Ampliando de sobremaneira a sua competência e o classificando como função essencial à justiça, a Lei Maior de 1988 estabelece as regras que regem o Ministério Público entre o arts. 127 e 135, lhe fornecendo o *status* de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem

jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.¹

Do fracionar desse seu *status* constitucional, tem-se que, sendo instituição permanente, não podendo ser abolido nem mesmo por Emenda Constitucional, o Ministério Público é órgão de manifestação da soberania estatal, combatendo com dinamismo as ameaças à ordem jurídica, à democracia e aos interesses mais elevados da sociedade. E, daí, advém a sua capacidade para promover ações cíveis e penais.

Por ser primordial para a atuação nos processos que tratam de direitos indisponíveis, é essencial à função jurisdicional do Estado.

A incumbência da defesa da ordem jurídica, por sua vez, denota nada mais que a busca do Ministério Público pela completa adequação entre a prestação jurisdicional do direito indisponível e a vontade do direito objetivo processual e material.

A seu turno, a defesa do regime democrático significa a garantia de participação ativa e eficaz do *Parquet* na seara política.

Em arremate, fechando o fracionamento da definição do órgão dada pelo *caput* do art. 127, tem-se a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E esta é o próprio escopo da Instituição, que sempre age no afã de satisfazer o interesse comum, interpretado como sendo o que, de qualquer modo, interessa à sociedade.

Ainda percorrendo a sistemática da Constituição vigente, vêem-se as funções do Ministério Público elencadas na regra do artigo 129. Em seu inciso I, esta norma reza que é função institucional do *Parquet* promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. E está é a sua função típica.

De fato, é bem apropriado que o Ministério Público seja o titular da pretensão punitiva do Estado. Afinal, a própria natureza dos bens indisponíveis é conflitante com a legitimidade do particular, por vezes imbuído apenas do desejo de vingar-se. Ademais, o que há de se permitir é a defesa dos interesses de toda a sociedade, em detrimento dos anseios particulares. E o Ministério Público é assim. Atua visando a satisfação da coletividade.

Esse encargo privativo de interpor a ação penal pública, todavia, comporta uma única ressalva prevista no art. 5º, LXI, que admite ação privada nos crimes de

¹ CF, art. 127, *caput*

ação pública, desde que esta não tenha sido intentada no prazo legal. Situação esta que não tem o condão de transferir a titularidade da ação penal pública do *Parquet* para aquele que a promoveu. O particular somente pode ajuizar a ação quando já fixada a inércia do Ministério Público.

As funções institucionais, trazidas no rol do mencionado art. 129, consoante se deflui do seu inciso IX, são meramente exemplificativas, nada impedindo a existência de outras, e só podem ser exercidas por integrantes da carreira, organizados conforme o art. 128, I e II e sempre pautados nas garantias e princípios previstos na Carta Magna para o órgão.

1.2 GARANTIAS E VEDAÇÕES

Visando garantir a imparcialidade inerente ao Ministério Público, o Poder Constituinte atribuiu aos membros do *Parquet* garantias equivalentes às conferidas à magistratura.

Cumprir observar que não se trata de privilégio. Tais garantias são intrínsecas não ao indivíduo, mas ao órgão, sendo confiadas para tornar possível o desempenho da função dos agentes públicos, e não para estabelecer benefícios pessoais. Assim sendo, são indispensáveis para que o binômio imparcialidade-independência seja assegurado aos promotores verdadeiramente atuantes na defesa da Constituição, das leis, dos direitos e liberdades dos cidadãos.

Acerca da natureza das garantias, a saber, prerrogativas destinadas à defesa dos Direitos Fundamentais e do Estado Democrático de Direito, leciona o saudoso Hely Lopes Meirelles (1998, p. 132):

“[...] são atribuições do órgão ou do agente político, inerentes ao cargo ou função que desempenha na estrutura do Governo, na organização administrativa ou na carreira a que pertence. São privilégios funcionais, normalmente conferidos aos agentes políticos ou mesmo aos altos funcionários, para a correta execução de suas atribuições legais. As prerrogativas funcionais erigem-se em direito subjetivo de seu titular, passível de proteção por via judicial, quando negadas ou desrespeitadas por qualquer outra autoridade.”

Do compulsar das normas dos artigos 127 e 128 da Constituição, infere-se que essas prerrogativas podem ser classificadas em garantias institucionais, que

transcendem a posição do agente, e garantias dos membros.

As garantias institucionais subdividem-se em duas espécies, quais sejam: a autonomia funcional, administrativa e financeira (prevista no art. 127, §§2º e 3º e que representa autogoverno e administração própria daquilo que é próprio) e o modo de nomeação e destituição do Procurador-Geral, explicitado no art. 128, §§1º, 2º, 3º e 4º.

No tocante às garantias dos membros, tem-se a divisão em garantias de liberdade e garantias de imparcialidade ou vedações. Assim também pensa Alexandre de Moraes (2008, p. 609).

As prerrogativas de liberdade abarcam a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio, a teor do que reza o art. 128, §5º, I, da Constituição.

Por vitaliciedade entende-se a garantia que o membro do Ministério Público possui de só poder ser afastado de seu cargo em razão de sentença judicial transitada em julgado, exoneração a pedido, extinção do cargo e aposentadoria.

A inamovibilidade é interpretada como sendo o direito de permanência no cargo na sede em que está localizado, sem que seja deslocado ou transferido. Tal garantia, entretanto, não é absoluta em virtude da possibilidade de remoção, prevista constitucionalmente, no caso de interesse público e mediante decisão do respectivo órgão colegiado.

Versando acerca das garantias conferidas constitucionalmente aos agentes ministeriais, Gilmar Mendes (2009, p.1041) pontua:

“[...] Note-se que essas garantias servem de escudo para o membro do Ministério Público, mas têm por finalidade derradeira acautelar a autonomia com que o constituinte desejou revestir a instituição. Por isso mesmo, os integrantes da carreira não podem dispor nem lhes é dado dispensá-las.”

No que concerne às garantias de imparcialidade, pautadas no propósito de fortalecer a própria Instituição, estas são retratadas pelas vedações de receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, vantagem, honorários, percentagens ou custas processuais; exercer a advocacia; participar de sociedade comercial, na forma da lei; exercer ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério e exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei. Proibições estas que visam afastar qualquer risco à autonomia conquistada.

1.3 PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS

A Lei Fundamental vigente, por intermédio da norma contida no artigo 127, §1º, relaciona os princípios institucionais que regem o Ministério Público, são eles: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Como demonstram os próprios *nomen iuris* dos princípios, o *Parquet* é uno e indivisível, ou seja, os membros da instituição integram um só órgão sob a direção ímpar de apenas Procurador-Geral, e, assim sendo, não se vinculam aos processos em que atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros consoante as previsões legais. Contudo, essa substituição só pode ocorrer caso, além de previamente prevista, esteja em absoluta conformidade com o texto legal, sob pena de restar caracterizado o promotor de exceção, vedado pela Constituição.

Cumprе salientar que só existe unidade no interior de cada Ministério Público, não ocorrendo entre o Ministério Público dos Estados e o Federal, tampouco entre um estado e outro, nem entre os variados ramos que compõem o Ministério Público da União.

Assim também é o princípio da indivisibilidade, verdadeiro corolário do preceito da unidade, ao permitir que os membros da carreira possam fazer-se substituir uns pelos outros, desde que sejam do mesmo ramo, conforme as prescrições legais.

Sobre estes dois princípios norteadores do Ministério Público, bem define Maurício Augusto Gomes (1989, p. 69):

“O princípio da unidade significa que, toda vez que um membro do Ministério Público estiver agindo, em qualquer que seja a área, momento e local, sua atuação será legítima se dirigida ao alcance das finalidades da instituição antes mencionada. Por outras palavras, todos os membros de determinado Ministério Público fazem parte de único órgão sob a direção de único chefe, sendo que a divisão do Ministério Público em diversos organismos ocorre apenas por causa de racional divisão do trabalho, mas todos eles atuam pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades, constituindo-se, pois, numa única Instituição.

O princípio da indivisibilidade significa que quem está presente em qualquer processo é o Ministério Público, embora esteja por intermédio de um determinado Promotor ou Procurador de Justiça. Este princípio permite que os membros do Ministério Público sejam substituídos uns pelos outros no processo, nunca arbitrariamente, mas em casos legalmente previstos (promoção, remoção, aposentadoria, morte, etc.), sem que isto importe em qualquer alteração processual.”

Impende ressaltar, também, o princípio do promotor natural, reconhecido

doutrinariamente como decorrente do princípio da independência funcional. Pois, para que exista independência e imparcialidade, faz-se necessária a presença de um promotor natural que tenha por único escopo o cuidado com o interesse público. A existência deste princípio é devidamente reconhecida por nosso Pretório Excelso e, tratando dele, sábia é a lição de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (1989, p. 52):

“Este princípio, na realidade, é verdadeira garantia constitucional, menos dos membros do *'parquet'* e mais da própria sociedade, do próprio cidadão, que tem assegurado, nos diversos processos em que o MP atua, que nenhuma autoridade ou poder poderá escolher Promotor ou Procurador específico para determinada causa, bem como que o pronunciamento deste membro do MP dar-se-á livremente, sem qualquer tipo de interferência de terceiros. Esta garantia social e individual permite ao Ministério Público cumprir, livre de pressões e influências, a sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Ante o exposto, e, não podendo ser diferente em razão da própria natureza, percebe-se que os princípios norteadores do Ministério Público acima elencados, somado ao da Independência Funcional adiante destrinchado, constituem verdadeiras normas máximas, longe das quais a própria função do *Parquet* restaria inócua, ou ao menos prejudicada.

1.3.1 A independência funcional dos membros do Ministério Público

Dentre os princípios explicitados constitucionalmente, destaca-se, por sua reconhecida importância, o da independência funcional dos membros do Ministério Público, que representa, em total consonância com a própria instituição que os integra, a não subordinação, a qualquer que seja a ordem, órgão ou poder, quando do exercício de suas funções.

Nas palavras de Pedro Lenza (2008, p. 672), a independência funcional é uma autonomia de convicção, ao passo em que os membros do Ministério Público não se submetem a qualquer poder hierárquico ao exercer o seu mister, podendo agir, no processo, da maneira que melhor entenderem.

Assim sendo, os integrantes do *Parquet*, ao exprimirem seus conhecimentos relativos à matérias de fato e direito, quando atuando no seu mister, apenas precisam agir conforme a Constituição, as leis e, obviamente, o bom senso. Para

que se evitem manifestações desarrazoadas, estas devem ser sempre fundamentadas, à semelhança da imposição às sentenças proferidas pelos juízes.

Nessa senda, sábio é o antigo ensinamento de Bento de Faria (1960, p. 120) ao afirmar que “O Ministério Público, como fiel fiscal da lei, não poderia ficar constrangido a abdicar das suas convicções, quando devidamente justificadas. Do contrário seria um instrumento servil da vontade alheia.”

O procurador de justiça Rômulo de Andrade Moreira², ao tratar da independência funcional, citou autores grandiosos que retratam o princípio com propriedade:

“Roberto Lyra já afirmava que “nem o Procurador-Geral, investido de ascendência hierárquica, tem o direito de violentar, por qualquer forma, a consciência do Promotor Público, impondo os seus pontos de vista e as suas opiniões, além do terreno técnico ou administrativo.” Para este autor (que dedicou toda a sua vida ao estudo do Direito Criminal e ao Ministério Público, a ponto de ser chamado por Evandro Lins e Silva de o “Príncipe dos Promotores Públicos brasileiros”) “quanto ao elemento intrínseco, subjetivo, dos atos oficiais, na complexidade, na sutileza, na variedade de seus desdobramentos, como a apreciação da prova, para a denúncia, a pronúncia, o pedido de condenação, a apelação, a liberdade provisória ou a prisão preventiva, é na sua consciência livre e esclarecida, elevada a um plano inacessível a quaisquer injunções ou tendências, que o Promotor Público encontra inspiração”, concluindo “que a disciplina do Ministério Público está afeta ao Procurador-Geral. No entanto, esse não intervem na consciência do subordinado.

Desde há muito, Esmeraldino Bandeira já escrevia que o Promotor de Justiça na “sua palavra é absolutamente livre e independente, e em suas requisições não atende senão à sua consciência.

Ainda a propósito, certa vez um antigo Promotor de Justiça do Distrito Federal, Dr. Murillo Fontainha, ao recusar determinação do Procurador-Geral de oferecer denúncia em um caso, escreveu:

“No exercício das suas elevadas funções, o Ministério Público ‘só recebe instruções da sua consciência e da lei’ (Sentença do saudoso Magistrado Raul Martins, D. Oficial de 10 de outubro de 1914, p. 10.844) e ‘as ordens que o Chefe do Ministério Público tem o direito de impor aos seus inferiores são ordens que não afetem à consciência dos mesmos. E o Promotor, que fugindo aos impulsos da sua convicção, deixar-se suggestionar pelas imposições extrínsecas, é um que homem ultraja à sua consciência e um Magistrado que prostitui a lei. Vê, pois, V. Ex^a., que nas funções em que entra a convicção do Promotor, como elemento principal, a ordem do Chefe do Ministério Público não pode ter o caráter de preceito imperativo obrigatório’ (Auto Fontes, Questões Criminais p. 75-6).” (...) “Todas essas explanações evidenciam que nas hipóteses em que o Ministério Público tem que opinar da sua conduta no caso que lhe for concluso, quer de oportunidade ou cabimento de recurso legal a interpor, quer de apreciação sobre elementos para denúncias ou arquivamento de processos, só deve receber instruções da sua íntima convicção, de sua consciência. Nessa esfera, as instruções do Chefe do Ministério Público não podem penetrar,

² MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O conflito negativo de atribuições e a independência funcional do promotor de Justiça**. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3113/o-conflito-negativo-de-atribuicoes-e-a-independencia-funcional-do-promotor-de-justica>>. Acesso em: 08. Abr. 2011.

porque é a própria lei em vigor que o diz quando terminantemente dispõe que incumbe aos Promotores Públicos oferecer denúncia quando se convençam da existência de crimes de sua competência.

Jorge Americano, por sua vez, pontuava: “Dentro da esfera das suas atribuições, cada membro do Ministério Público tem independência de movimentos para requerer diligência, para denunciar ou pedir arquivamento inicial de processos, para opinar, a favor ou contra o réu, para recorrer ou não, para expor certos argumentos, de preferência a outros.”

Essa independência dos membros do *Parquet* não dá margem à existência de superioridade hierárquica nem mesmo na estrutura interna do Ministério Público. A única hierarquia possível e vislumbrada constitucionalmente, referente ao órgão, é a de ordem administrativa e de gestão, partindo da chefia da instituição, não existindo a de caráter funcional ou técnico.

Pode-se afirmar, então, que o princípio da independência funcional foi intentado no afã de impedir reprimendas e retaliações a seus membros em razão das suas atuações, tanto é que o artigo 85, II da Lei Maior considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios ao livre-exercício das atribuições do Ministério Público.

De fato, a nossa Constituição, na norma do seu art. 127, § 2º, içou o Ministério Público ao patamar de órgão possuidor de autonomia funcional e administrativa, assim dispendo:

“Ao ministério público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no artigo 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento”.

E, nessa vertente, válidos são os dizeres de Hugo Nigro Mazzilli³:

“Temos dito que a independência funcional faz parte da nobreza da instituição do MP, e sem ela os órgãos do MP nada mais seriam que meros funcionários subordinados ou hierarquizados; não o são, porém, precisamente porque se vêem apenas sob a égide da lei e de suas consciências.”

Ante o exposto, não se pode olvidar que o princípio da independência funcional do Ministério Público, “constitui uma das mais expressivas prerrogativas político-jurídicas do *Parquet*, na medida em que lhe assegura o desempenho, em toda a sua plenitude e extensão, das atribuições a ele conferidas.”⁴

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Os Limites da Independência Funcional no Ministério Público**. Disponível em: <http://www.fiscolex.com.br/doc_6222305_OS_LIMITES_INDEPENDENCIA_FUNCIONAL_MINISTERIO_PUBLICO.aspx>. Acesso em: 08. Abr. 2011.

⁴ STF, Pleno, Adin 789-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26-2-1993

2 SISTEMAS PROCESSUAIS

Tomando-se por base a descoberta da verdade material como finalidade imediata e específica do processo penal, existem três sistemas pelos quais pode revestir-se o processo para que esse objetivo especial e precípua seja alcançado: o inquisitivo, o acusatório e o misto.

No procedimento acusatório, fundado nos ideais de liberdade do iluminismo, o juízo penal é composto por três personagens (autor, juiz e réu), existindo assim uma verdadeira relação processual. Autor e réu encontram-se no mesmo patamar e o juiz, tal como preleciona o ordenamento jurídico brasileiro, sobrepõe-se a ambos, aplicando a lei de maneira imparcial. O órgão jurisdicional apenas aplica a lei para sanar o conflito, sendo o Estado o detentor da pretensão punitiva, representado pelo Ministério Público.

Nas sábias palavras de NUCCI (2009, p. 72):

“O sistema acusatório possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.”

Contrariamente, no processo inquisitivo, surgimento em Roma e na Europa medieval, a investigação da verdade é ato unilateral, se antepondo a tudo. Nesse sistema, o órgão judicial concentra em si mesmo as funções de acusar, julgar e defender, caracterizadoras do processo. Só existe um exame da presunção do juiz, não sendo verificada a pretensão das partes e, por conseguinte, as garantias de imparcialidade e objetividade são afastadas, o que vai de encontro aos fundamentos das garantias individuais.

Tratando das características desse sistema, Paulo Rangel (2005, p. 53) leciona:

“a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, ex officio, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade;
b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo;
c) não há contraditório, nem ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia;
d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas.”

Por sua vez, o misto é uma fusão dos sistemas anteriores. Compõe-se de duas fases, a saber, uma instrução preliminar, a cargo do juiz, escrita e secreta, com poderes inquisitórios, visando à colheita de provas, e a fase em que acontece o julgamento, marcada pelo contraditório e sendo aceitos o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela provenientes.

Sobre este último sistema, também conhecido como acusatório formal, TOURINHO FILHO (2009, p. 88) aponta:

“(...) qual no tipo inquisitivo, desenvolve-se em três etapas: a) investigação preliminar (*de la policie judiciaire*), dando lugar aos *procés verbaux*; b) instrução preparatória (*instruction préparatoire*); e c) fase do julgamento (*de jugement*). Mas, enquanto no inquisitivo essas três etapas eram secretas, não contraditórias, escritas, e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se nas mãos do Juiz, no processo misto ou acusatório formal somente as duas primeiras fases é que continuaram secretas e não contraditórias. Na fase de julgamento, o processo se desenvolve *oralement, publiquement et contradictoirement*. As funções de acusar defender e julgar são entregues a pessoas distintas”

O que diferencia os sistemas ou modelos processuais é o princípio que norteia cada um. No modelo acusatório, está presente o princípio acusatório, que atribui a sujeitos processuais diferentes o desempenho dos papéis de defender, acusar e julgar. Já no modelo inquisitivo, exsurge o princípio inquisitivo, consoante o qual as referidas funções são convergidas.

Em que pese as opiniões contrárias de muitos processualistas brasileiros, coaduno com o entendimento de NUCCI ao dizer o nosso sistema de processo penal é o do tipo misto. Os doutrinadores que o classificam como acusatório o fazem com fulcro nos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da presunção da inocência, dentre outros.

“Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.) Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se do procedimento do sistema acusatório. Ora, fosse verdadeiro e genuinamente acusatório, não se levariam em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nossos processos na esfera criminal.” (NUCCI, 2009, p. 72-73)

3 FASE PRÉ-PROCESSUAL: A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

3.1 INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial é um procedimento administrativo destinado a subsidiar futura e eventual ação penal. Presidido por autoridade policial, visa à colheita preliminar de elementos probatórios para que a prática e a autoria de uma infração penal sejam apuradas. É intentado no afã de fomentar a convicção do membro do Ministério Público, garantir o não perecimento de provas urgentes ou difíceis de serem obtidas na instrução judiciária e compor a base das informações consideradas indispensáveis para que a ação privada seja proposta pela vítima.

Nas palavras de Salles Junior (1995, p. 3):

“Inquérito policial é o procedimento destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal. É o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária, para apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto.”

A sua natureza administrativa é devida ao fato de o procedimento ser levado a cabo por órgão estatal não pertencente ao Poder Judiciário e, desse modo, não pode ser considerada atividade jurisdicional e nem de natureza processual.

Por ostentar, como única finalidade, o subsídio de uma futura e eventual ação penal a ser proposta pelo Ministério Público (nos delitos de ação penal pública) ou pelo ofendido (nos crimes de ação penal privada), resta realçado o seu caráter eminentemente instrumental. Consoante Aury Lopes Jr. (2001, p. 33), “o inquérito policial não faz – em sentido próprio – justiça, senão que tem como objetivo imediato garantir o eficaz funcionamento da justiça.”

O inquérito policial, ao passo em que não é processo, mas sim procedimento administrativo, prescinde da observância ao contraditório e à ampla defesa. Inclusive porque no âmbito do inquérito, que não ostenta a finalidade sancionadora, inexistem qualquer imputação.

No que tange à sua natureza jurídica, tem-se que o inquérito policial é procedimento escrito, sigiloso e inquisitivo, tendo como características a oficiosidade, a oficialidade e a indisponibilidade.

Conforme dito anteriormente, a grande finalidade do inquérito é servir de base para uma posterior ação penal. Desta forma o art. 9º do CPP deixa claro que as peças do inquérito serão reduzidas a escrito ou datilografadas, não sendo possível a ocorrência de uma investigação verbal.

Em consonância com o que dispõe o art. 20 do Código de Processo Penal, o sigilo é um elemento de que dispõe a autoridade policial para facilitar seu trabalho na elucidação do fato, devendo ser observado, também, como forma de preservar a intimidade do investigado, resguardando-se seu estado de inocência. Esse sigilo encontra-se extremamente atenuado, pois, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, é um direito do advogado examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento. Também é permitido o acesso total aos autos ao Ministério Público e ao Juiz.

É inquisitivo o procedimento em que as atividades, visando à elucidação do fato e à determinação da autoria, ficam concentradas em uma única autoridade, no caso do inquérito policial, a figura do Delegado de Polícia. Este poderá, discricionariamente, decidir como vai proceder para alcançar a finalidade do inquérito. Durante o inquérito não estão presentes o contraditório e a ampla defesa. Ainda não existe acusado, somente o indiciado, que não é sujeito de direitos, mas objeto de investigação. O ilustre mestre Alexandre de Moraes dispõe que (1998, p. 256):

"O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público".

A característica da oficiosidade provém do princípio da legalidade (ou obrigatoriedade) da ação pública. O início do inquérito independe de provocação e deve ser determinado de ofício quando um crime for noticiado. É importante frisar que não é qualquer notícia que terá o condão de instaurar o inquérito, sendo razoável uma avaliação preliminar para determinar se o ato noticiado realmente constitui crime. Entretanto, a requisição de instauração do inquérito por parte do Ministério Público ou do Juiz tem natureza de ordem e não deve ser questionada ou verificada pela autoridade policial.

A oficialidade reside no fato de apenas órgãos de direito público poderem realizar o inquérito policial. Não caberá ao particular ofendido, na hipótese de ação

penal privada, efetuar os procedimentos investigatórios, ainda que a titularidade da ação penal seja a ele atribuída.

Por fim, a indisponibilidade existe em cumprimento ao que reza a norma do art. 17 do Código de Processo Penal, ao preceituar que a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

A instauração do inquérito policial é atribuição da polícia judiciária. Nada obstante, pode ser determinada pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário. O início do inquérito dependerá do tipo da ação penal que ele virá a subsidiar.

Nos crimes de ação pública incondicionada, conforme preleciona o artigo 5º do Código de Processo Penal, o inquérito poderá ser iniciado por portaria da autoridade policial, de ofício, mediante simples notícia do crime; por requisição do Ministério Público ou do Juiz de Direito, possuindo estas conotação de exigência, razão pela qual não poderão ser descumpridas pela autoridade policial; por requerimento de qualquer pessoa do povo ou ainda por auto de prisão em flagrante, hipótese em que portaria subscrita pelo delegado de polícia é dispensável.

Noutra banda, os crimes de ação pública condicionada têm como forma de seu início a requisição feita pelo Ministro da Justiça – no caso dos delitos que, por questões de política, necessitam de sua manifestação – ou a representação do ofendido ou de seu representante legal. Por representação, também conhecida como *delatio criminis* postulatória, compreende-se a manifestação pela qual a vítima ou seu representante legal autoriza o Estado a desenvolver as providências necessárias à investigação e apuração judicial nos crimes que a requerem. Sobre esta espécie de iniciativa, manifestou-se o nosso Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MENOR DE QUATORZE ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AUMENTO DE PENA. CORRETA APLICAÇÃO DO ART. 9º DA LEI N.º 8.072/90. MISERABILIDADE DA VÍTIMA E DE SUA FAMÍLIA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

O estupro e o atentado violento ao pudor - ainda que praticados na forma simples - seja com violência real ou presumida, configuram crimes hediondos, alcançados pela Lei nº 8.072/90 e suas disposições. A representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade, sendo necessário apenas a vontade inequívoca da vítima ou de seu representante legal, mesmo que realizada na fase policial.”
(STJ, HC 46455/RJ, Rel. Ministro Paulo Medina, DJ 25/09/2006)

Finalizando as possibilidades de início de inquérito policial, tem-se, na ocorrência dos crimes de ação penal privada, o requerimento escrito ou verbal, reduzido a termo neste último caso, do ofendido ou de seu representante legal.

O prazo para a sua conclusão é gerido pelo art. 10 do CPP, que estabelece prazos distintos conforme a situação do indiciado. Se estiver preso, o limite para o término do inquérito policial é de dez dias. Estando solto, trinta dias. O parágrafo 3º do supracitado artigo admite a prorrogação do prazo quando o fato for de difícil elucidação e o indiciado estiver solto. Tal prorrogação não encontra um limite definido no Código, entretanto, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial deve ser razoável à elucidação dos fatos, o que, na prática, não costuma ocorrer.

“Dilação da investigação: tornou-se, infelizmente, uma regra, no Brasil. As delegacias não têm estrutura para conduzir rapidamente uma investigação e o prazo de 30 dias para o seu término é uma ilusão, atualmente. Assim, ainda que o fato não seja de difícil elucidação, tem sido requerida a dilação de prazo, como praxe, o que vem sendo deferida pelos juízes, em prazos variando de 30 a 120 dias, com a concordância do Ministério Público.”
NUCCI (2008, p. 103)

Algumas regras especiais excepcionam o artigo 10 ao fixar outros prazos para a conclusão do inquérito policial. A lei nº 1.521/51, dos Crimes Contra a Ordem Popular, estabelece o prazo de dez dias, independente de estar o indiciado preso ou solto. A Lei de Drogas, nº 11.343/06, institui o limite de trinta dias para o acusado preso e noventa para o solto. O inquérito policial militar tem o prazo de vinte dias para o réu preso e quarenta dias, prorrogáveis por mais vinte, para o solto. E, por fim, a polícia federal deve concluir as suas investigações, conforme a Lei 5.010/66, em quinze dias, prorrogáveis por igual período, na hipótese de indiciado preso e em trinta dias se estiver solto.

Esses prazos para o término do inquérito seguem a regra do art. 798, § 1º do Código de Processo Penal, a saber, despreza-se o dia inicial e inclui-se o dia final. Impende ressaltar que nessa contagem não há que se falar em sábados, domingos e feriados, pois a polícia judiciária possui expediente em tempo integral.

No tocante aos elementos de convicção colhidos nessa fase pré-processual, a doutrina tradicional reconhece a impossibilidade de uma sentença condenatória lastrear-se exclusivamente em provas emergidas do inquérito policial, em razão destas não terem sido produzidas observando os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. E, nesse sentido, já se manifestou o STJ:

“HC. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. NULIDADE PROCESSUAL. CONDENAÇÃO FUNDADA EXCLUSIVAMENTE NO INQUÉRITO POLICIAL E NÃO CONFIRMADAS EM JUÍZO.

1. A prova para ser considerada idônea, de modo a conduzir a uma sentença condenatória não pode encontrar-se fundada exclusivamente nos elementos informativos do inquérito policial; antes, deverá ser produzida ou confirmada em juízo, sob pena de sua desconsideração, sobretudo quando estas se

baseiam em provas orais, não ratificadas na instrução criminal, por terem sido desmentidas. 2. Precedentes do STF e STJ. Ordem conferida para que outra sentença seja proferida.” (STJ, HC 16.079/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU: 04/02/02)

Consoante o entendimento acima exposto, para que os elementos probatórios sejam validados faz-se necessária a sua confirmação em juízo, afora as situações em que a prova produzida, pela sua própria natureza, não se presta a uma confirmação ulterior, a exemplo do exame de corpo de delito ou outras de caráter pericial cuja urgência é determinante à revelação do fato que se pretende comprovar.

Outrossim, também diante da natureza inquisitiva do inquérito policial, o que o torna mera peça de informação destinada a subsidiar eventual propositura de uma ação penal, há muito tempo decidiu o Pretório Excelso que eventuais irregularidades verificadas no âmbito do inquérito não têm o condão de anular o processo penal que dele decorra⁵.

Tratando desse assunto, sabiamente explicitou o mestre Salles Junior (1998, p. 73):

“Toda e qualquer irregularidade observada no inquérito policial não terá idoneidade para provocar a nulidade da ação penal. É que o inquérito não passa de fase informativa e preparatória da ação. O inquérito policial, por isso, poderá simplesmente informar bem ou mal; informar de modo completo ou incompleto. (...) Vício de inquérito policial não se projeta na ação penal, uma vez que se trata de peça meramente informativa.”

Assim, a título exemplificativo, se uma confissão foi obtida mediante tortura na fase do inquérito, esta situação não será passível de gerar a anulação da ação penal em virtude da impossibilidade de os vícios do inquérito contaminarem ou ocasionarem nulidades no processo.

3.2 INQUÉRITO POLICIAL E O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A nossa Lei Maior atual preconiza uma sistemática na qual se pressupõe que,

⁵ “VÍCIOS DO INQUÉRITO POLICIAL. Eventuais vícios formais concernentes ao inquérito policial não têm o condão de infirmar a verdade jurídica do subseqüente processo penal condenatório. As nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória. Precedentes.(...)” (STF, HC 73.271/SP, Rel. Ministro Celso de Melo, DJU 04/10/96)

sobre qualquer função do Estado, incidirá um controle feito por uma instituição diversa. É a chamada *checks and balances*, fórmula jurídica dos freios e contrapesos que, além de ser uma premissa necessária para que os direitos fundamentais do indivíduo sejam garantidos, é também uma base para o efetivo funcionamento do Poder Público.

Nesse ângulo, a legislação brasileira dispôs ao Ministério Público, como sendo função institucional, o controle externo da atividade policial. Da mesma maneira que o *Parquet* é controlado, em sua atividade-fim, pelo Poder Judiciário, a Constituição de 1988 o incumbiu de, igualmente, controlar a atividade-fim da polícia judiciária.

Desse modo é o posicionamento do Promotor de Justiça Paulo Antonio Locatelli (2005, p. 55):

“A Constituição da República de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, estabelece diversos sistemas de controle, os quais visam ao equilíbrio entre os Poderes do Estado, sendo a sociedade a maior beneficiada pela eficácia desses sistemas. O Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público integra essa diretriz de freios e contrapesos, característica do Estado Democrático de Direito, em que os Poderes e instituições públicas são independentes e harmônicos entre si, no entanto, são controlados externamente de forma recíproca.”

Impende asseverar que o Ministério Público exerce o controle externo da atividade-fim da polícia judiciária e não dos policiais individualizados, visto que esses são sujeitos ao controle interno exercido por seus órgãos hierarquicamente superiores.

3.2.1 Conceito e Fundamento

Em seu artigo 129, notadamente no inciso VII, a Constituição Federal estabeleceu, como uma das funções institucionais do Ministério Público, o controle externo da atividade policial, preconizando que a legislação complementar regulamentaria a forma de cumprimento desse controle.

Ante a ausência legislativa de conceituação do que seria o controle externo da atividade policial, servimo-nos da doutrina para tentar defini-lo. O ilustre mestre Hugo Nigro Mazzilli (2003, p. 64) assim leciona “é um sistema de vigilância e verificação

administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta de elementos de convicção que se destinam a formar a '*opinio delictis*' do Promotor de Justiça, fim último do próprio inquérito policial”.

De maneira sucinta, o referido controle pode ser conceituado como sendo a reunião de normas regulamentadoras da fiscalização que o Ministério Público exerce perante a Polícia e é chamado de externo em razão do *Parquet* não compor a estrutura policial. Cumpre salientar, todavia, que entre os membros dessas duas instituições não existe subordinação. E, nesse sentido, o estimado Hugo Nigro Mazzilli (1989, p. 117) outra vez nos ensina:

“Por certo não é intuito do legislador criar verdadeira hierarquia ou disciplina administrativa, subordinando a autoridade policial e seus funcionários aos agentes do Ministério Público. Na área funcional, se o promotor de justiça verificar a ocorrência de quaisquer faltas disciplinares, tendo esse órgão ministerial atribuições de controle externo - forma irrecusável de correição sob a polícia judiciária - há de dirigir-se aos superiores hierárquicos do funcionário público faltoso (Delegado de Polícia, escrivão, investigador, carcereiro etc.), indicando as falhas e as providências que entenda cabíveis, para que a autoridade administrativa competente possa agir.”

A ausência de hierarquia e subordinação entre o Ministério Público e a polícia nesse sistema fiscalizatório faz-se necessária ao passo em que o *Parquet* está adstrito, como dito anteriormente, apenas às atividades-fins da polícia judiciária.

Em sendo assim, pode-se dizer que a finalidade do controle externo é ampliar as possibilidades de fiscalização das atividades policiais, por um órgão não pertencente à estrutura policial e, concomitantemente, incumbido de promover a ação penal e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Considerando que a atividade policial é exercida por órgãos que compõem o Poder Executivo, possuindo, portando, natureza administrativa, se pode concluir que o controle externo da atividade policial também é de natureza administrativa.

No tocante a sua previsão legislativa, tem-se que essa forma de controle está juridicamente fundamentada na Constituição e nas leis referentes à própria organização da Instituição Ministério Público.

Como anteriormente citado, a Carta Magna, em seu art. 129, inciso VII, instituiu como função institucional do Ministério Público o controle externo da atividade policial, a ser regulado na forma da legislação complementar da União e dos Estados.

Acerca desse dispositivo, leciona Fauzi Hassan Choukr⁶:

“Trata-se de norma que guarda equivalência a muitas outras encontradas na mesma matriz, como temos na Constituição espanhola, italiana e portuguesa. Na verdade, nada mais é que uma decorrência lógica do figurino acusatório tantas vezes mencionado, onde o Ministério Público, titular da ação penal pública, tem na polícia judiciária sua *longa manus*.”

A seu turno, a Lei Complementar nº 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, definiu em seu artigo 3º os preceitos fundamentais do controle externo da atividade policial, a saber:

“Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista:

- a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;
- b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;
- c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;
- d) a indisponibilidade da persecução penal;
- e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.”

No Capítulo III da mesma lei, encontram-se descritos os tipos de medidas adotadas para a realização do controle:

“Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:

- I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
- II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
- III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
- IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
- V - promover a ação penal por abuso de poder.

Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.”

Noutra banda, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, [nº 8.625/93](#), não se referiu expressamente ao controle externo da atividade policial, apenas dispendo em seu artigo 80: “Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União”. Em assim sendo, pode-se afirmar que o referido controle é também mantido para os Ministérios Públicos Estaduais.

⁶ CHOUCKR, Fauzi Hassan. O Relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária no Processo Penal Acusatório. Disponível em <<http://www.mp.pe.gov.br/index>>. Acesso em 18 de abril de 2011.

Demais disso, o controle externo da atividade policial e os artigos 9º da Lei Complementar nº 75/93 e o 80 da Lei nº 8.625/93, recentemente, foram regulamentados pela Resolução nº 20, de 28 de maio 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, na intenção de uniformizar esse controle externo, em virtude da falta de normas reguladoras sobre o assunto, em alguns Estados, somada à resistência por parte dos órgãos policiais de serem externamente controlados.

E, tratando dos destinatários, objetivos e princípios norteadores desse controle externo, a Resolução acima citada assim preconiza:

“Art. 1º Estão sujeitos ao controle externo do Ministério Público, na forma do art. 129, inciso VII, da Constituição Federal, da legislação em vigor e da presente Resolução, os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução criminal.

Art. 2º O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público, atentando, especialmente, para:

I – o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis;

II – a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;

III – a prevenção da criminalidade;

IV – a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal;

V – a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal;

VI – a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal;

VII – a probidade administrativa no exercício da atividade policial.”

3.2.2 Instrumentos de Controle

Ainda analisando a Resolução 20/2007 do CNMP, o seu artigo 3º reza que o controle externo da atividade policial pode ser exercido de duas maneiras: com sede de controle concentrado ou pelo controle difuso. Sendo o primeiro realizado apenas por membros do *Parquet* com atribuições específicas para o referido controle, conforme disciplinado no âmbito de cada Ministério Público, e o segundo por todos os membros com atribuições criminais, quando examinando os processos a eles atribuídos.

Em seu artigo 4º, a resolução do Conselho Nacional do Ministério Público preceitua as principais atividades para o exercício ou resultado da atividade do controle externo:

“Art. 4º (...) I – realizar visitas ordinárias periódicas e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição;

II – examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade;

III – fiscalizar a destinação de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e objetos apreendidos;

IV – fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão, das requisições e demais medidas determinadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, inclusive no que se refere aos prazos;

V – verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário;

VI – comunicar à autoridade responsável pela repartição ou unidade militar, bem como à respectiva corregedoria ou autoridade superior, para as devidas providências, no caso de constatação de irregularidades no trato de questões relativas à atividade de investigação penal que importem em falta funcional ou disciplinar;

VII – solicitar, se necessária, a prestação de auxílio ou colaboração das corregedorias dos órgãos policiais, para fins de cumprimento do controle externo;

VIII – fiscalizar cumprimento das medidas de quebra de sigilo de comunicações, na forma da lei, inclusive através do órgão responsável pela execução da medida;

IX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços policiais, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de responsabilidade do Ministério Público, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis”

Percebe-se que essa resolução forneceu ao Ministério Público importantes ferramentas de atuação para o controle externo das polícias, a exemplo da obtenção ao acesso de todo documento concernente à atividade-fim policial; do livre acesso às penitenciárias, unidades policiais ou outros estabelecimentos; do acompanhamento da condução da investigação policial, seja ela civil ou militar; além do exercício da fiscalização do cumprimento das medidas de quebra de sigilo das comunicações; dentre outras.

Ao dispor acerca deste controle Hugo Nigro Mazzilli (1989, p. 244) acentua que:

“o controle externo deve ser exercido, entre outras áreas, sobre: a) notitiae criminis recebidas pela Polícia, que nem sempre na prática são canalizadas para a instauração de inquéritos policiais; b) a apuração de crimes em que são envolvidos os próprios policiais (violência, tortura, corrupção, abuso de

autoridade); c) os casos em que a polícia não demonstra interesse ou possibilidade de levar a bom termo as investigações; d) as visitas às delegacias de Polícia; e) a fiscalização permanente da lavratura de boletins ou talões de ocorrências criminais; f) a instauração e a tramitação de inquéritos policiais; g) o cumprimento das requisições ministeriais”.

É de bom tom observar que o controle externo exercido pelo Ministério Público sobre a atividade policial não é configurado como sendo poder disciplinar. E, diante disso, caso o membro do *Parquet* detecte falhas, deve representar à autoridade policial superior para que esta tome as providências oportunas à apuração e, a depender do caso, aplicação de sanções administrativas.

Nesse sentido, manifesta-se Luiz Fabião Guasque (1996, p. 241):

“O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público não significa ingerência que determina a subordinação da polícia judiciária ao *Parquet*. Mas a prática de atos administrativos por este, de forma a possibilitar a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa assegurados na Carta de 1988, conforme o dever jurídico que lhe é imposto pelo art. 127, *caput*, da lei maior.”

No tocante às requisições ministeriais, quando referentes à instauração de inquérito policial ou realização de diligências, a qualquer tempo, são ordens que não podem ser descumpridas pela autoridade da polícia judiciária, sob pena de incidência no crime de prevaricação.

Outra ordem utilizada para exercer o controle externo da atividade policial é a notificação. Por ela, é determinado que alguém compareça perante o membro do *Parquet* com o intuito de prestar declarações em sede de procedimentos administrativos. Sua recusa pode implicar no delito de desobediência.

Igualmente como instrumentos controladores, ao Ministério Público é dada a possibilidade de acompanhar a colheita de provas, informações, interrogatórios e oitiva de testemunhas, podendo, inclusive, fazer perguntas; além de ter ingresso total aos documentos relacionados à atividade policial, na intenção de averiguar se as ações realizadas estão regulares.

Ademais, os membros do *Parquet* têm a garantia de ingresso em qualquer local, seja ele público ou privado, até mesmo, nas delegacias de polícia, respeitada a inviolabilidade domiciliar. Essa forma de controle foi intentada no afã de examinar se os direitos individuais dos presos estão sendo infringidos e, em caso positivo, identificar, de pronto, os responsáveis e adotar as medidas cabíveis.

Nessa urbe, assevera Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2006, p. 117):

“Essa prerrogativa é de suma importância na efetivação do controle externo da atividade policial, pois que não é dado à autoridade policial impedir o acesso do membro do Ministério Público ao interior das Delegacias de

Polícia ou de qualquer outro órgão a ela vinculado, como, por exemplo, o Instituto Médico Legal ou o Instituto de Criminalística. Assim, o Ministério Público tem condições de, em caso de denúncias de abuso de poder da Polícia, ocorridos ou que estejam ocorrendo no interior de estabelecimentos comerciais, impedir que o mesmo prossiga, identificar *in loco*, os responsáveis e tomar imediatamente as medidas cabíveis.”

Ainda como forma de controle, existem os casos em que, diante do interesse público, a atuação do Ministério Público é imposta para que investigue diretamente a infração penal. São os procedimentos administrativos, meio que visa a apuração da ocorrência de determinado delito e sua autoria, notadamente quando a polícia judiciária estiver agindo com omissão, negligência ou sob a influência da corrupção ou poder político ou mesmo no caso de os próprios policiais serem suspeitos no crime investigado.

Em referência à importância desse procedimento, bem pautou Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2006, p. 115)

“Este instrumento legal é importantíssimo para o desempenho do controle externo da atividade policial na medida em que se tenha notícia das faltas ou abusos de autoridade por parte das Polícias. É salutar que, nesses casos, a par de outros tantos, o Ministério Público não fique aguardando providências das próprias Polícias em investigar e responsabilizar administrativamente seus agentes, mas sim, promova, de imediato, a necessária investigação para assegurar-se da veracidade, ou não, da notícia de abuso de poder que lhe chegue ao conhecimento. [...] Para tanto, será necessária a instauração do que se usou denominar ‘procedimento administrativo investigatório’ no âmbito da Promotoria ou Procuradoria da República encarregada.”

Por fim, pode-se elencar a promoção da Ação Penal e da Ação Civil Pública no rol dos instrumentos para o exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, na hipótese de, presentes os requisitos essenciais à propositura das ações, serem constatadas a prática, por autoridade policial, de uma infração penal ou ato de improbidade, respectivamente.

3.3 INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS PRESIDIDAS DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A doutrina atual evidencia a legitimidade que certos órgãos públicos possuem para conduzir diligências investigativas, desde que se relacionem às suas atividades. Demais disso, essa possibilidade encontra-se expressamente prevista na norma do

artigo 4º do nosso Código de Processo Penal, abaixo transcrito:

“Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)

Parágrafo único. *A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.*”
(grifos nossos)

Nesse diapasão, além do inquérito policial, podem ser citadas diversas outras espécies de investigações, conduzidas em âmbitos distintos do ambiente policial e igualmente hábeis a servir de subsídio a posterior ação do Ministério Público. A exemplo, tem-se os inquéritos levados a efeito pelas Comissões Parlamentares de Inquérito; as sindicâncias administrativas elaboradas na esfera da administração direta e indireta e as investigações realizadas pelo Banco Central, pela Receita Federal e pela Controladoria-Geral da União.

É de bom alvitre ressaltar que existem outras possibilidades de investigações, além das que ainda podem vir a ser criadas. Para que isso aconteça, somente se faz necessária a previsão legal e a correlação da missão institucional do órgão a que se cominou o poder investigativo com o objeto investigado.

Da análise desses dois requisitos, pode-se afirmar que o Ministério Público é detentor desse poder investigatório. A própria Lei Fundamental vigente, especialmente em seu artigo 129, responsável por elencar a título exemplificativo as funções institucionais do *Parquet*, prevê a legitimidade do órgão para o exercício da atividade investigativa, ao dispor:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

Ademais, impede observar que a própria Constituição transferiu à legislação complementar a hipótese de serem estabelecidas outras atribuições ao Ministério Público. E, nessa vertente, tornando concreta essa previsão constitucional, a Lei Complementar nº 75/93, Estatuto da Instituição, reza que: “Art. 5º. São funções institucionais do Ministério Público da União: (...) VI – exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei.”

Ainda nesse sentido, em total sintonia com essa diretriz legislativa, preceitua o art. 8º da lei acima referida:

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

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de

ausência injustificada;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX - requisitar o auxílio de força policial.” (grifamos)

E, a seu turno, a Lei n.º 8.625/93, que dispõe acerca da atuação do Ministério Público dos Estados, estabelece em seu artigo 26:

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

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;”

Pode-se afirmar, então, que as medidas de cunho investigativo conferidas ao *Parquet* foram bastante ampliadas, em razão do próprio poder de investigação intrínseco a essa instituição.

Outrossim, o Código de Processo Penal também traz precioso dispositivo nesse sentido, qual seja, o art. 47:

Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

Da mesma maneira, ainda existem outros diplomas normativos que igualmente conferem poderes de investigação ao Ministério Público. A título exemplificativo podem ser citados: o artigo 201, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso (art. 74, VI) e o Código Eleitoral (art. 356, § 2º).

Noutra banda, analisando a compatibilidade da investigação com as demais

funções institucionais atribuídas ao *Parquet* na atual Constituição, tem-se que, sendo ele o órgão com legitimidade para invocar a jurisdição penal, através da denúncia, é imperioso perceber que esta função abarca toda a persecução penal.

Assim, compete ao Ministério Público não somente a persecução criminal em juízo, mas também a extrajudicial, esta inclusive direcionada à formação da *opinio delicti* do Órgão Ministerial. É bastante coerente que o órgão responsável pelo ajuizamento da ação penal detenha o poder para realizar a investigação que lhe proporcione o exercício dessa atribuição.

Tratando do poder investigativo do Ministério Público, muito bem leciona a Procuradora da República Ilia Borges⁷:

“A investigação criminal direta pelo Ministério Público apresenta profunda coerência com o propósito de imprimir maior efetividade à persecução penal, sobretudo em se tratando de casos de corrupção e de delitos relativos à criminalidade contemporânea, além de materializar o conteúdo do princípio da proibição da proteção deficiente dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos, pois contribui para a eficiência na aplicação da lei penal.

A tendência das legislações atuais de outros países é reconhecer os poderes de investigação do Ministério Público, tal como sucede na Alemanha, Itália, Portugal, Chile, Bolívia e Venezuela, de sorte que suprimir esta possibilidade do ordenamento jurídico brasileiro configuraria um verdadeiro retrocesso.

Por óbvio, a investigação, quando realizada diretamente pelo Ministério Público, estará subordinada à estrita observância dos direitos fundamentais do investigado, em especial o devido processo legal, a vedação da auto-incriminação e a presunção de inocência.

Também é imperioso lembrar que a investigação direta pelo Ministério Público reveste-se de peculiar relevância quando se verifica que a independência funcional atribuída aos seus membros propicia uma maior capacidade de atuação em face de outras esferas do poder público, garantindo maior efetividade na apuração de delitos que implicam graves violações de direitos humanos, como ocorre em inúmeros casos de crimes de tortura.

Em face do exposto, não é difícil concluir que os opositores do reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público se pautam em uma interpretação superficial texto constitucional, em nada contribuindo para a eficiência da persecução penal no Brasil.

Forte nestas evidências, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já sedimentou a legitimidade da investigação realizada pelo Parquet, além de corroborar o teor do verbete nº 234, no sentido de que o membro que participou da investigação não se torna impedido ou suspeito para o oferecimento da denúncia. Por fim, forçosa a referência ao julgamento proferido em 2009 pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, na apreciação do HC 91.661/PE, quando reconhecido o poder investigatório do Ministério Público, tendo a Ministra Relatora Ellen Gracie consignado expressamente que o órgão pode promover a colheita de provas de forma direta, eis que a atividade de investigar não pertence exclusivamente à Polícia, até mesmo porque o inquérito policial não é indispensável à

⁷ BORGES, Ilia. Poder de Investigação do MP. Disponível em <http://www.prpb.mpf.gov.br/artigos/artigos-procuradores/copy_of_artigo-teste>. Acesso em 23 de abril de 2011.

propositura da ação penal, além de corroborar que tal possibilidade decorre da aplicação da teoria dos “poderes implícitos”, inerente à hermenêutica constitucional.”

Verifica-se então a incontestável compatibilidade entre a precípua função institucional do Ministério Público e a investigação. Esta é desencadeadora da propositura da ação penal, atribuição do *Parquet*. E, nessa conjectura, foi desenvolvida a *Teoria dos Poderes Implícitos*, idealizada por John Marshall e concretizada por meio de julgados da Suprema Corte Americana.

Para a *Theory implied and inherent powers*, poderes implícitos são todos os indispensáveis à prática de expressa finalidade. Nessa tese, considera-se que, se o Constituinte atribuiu à certo órgão uma determinada missão, lhe deve ser dada a possibilidade de manejo dos instrumentos necessários ao efetivo cumprimento daquela meta.

Nesse sentido, é imperioso transcrever a sábia lição do próprio MARSHALL (1997, p. 110) no momento em que argumentava no citado julgado da Suprema Corte Norte-Americana, *verbis*:

“(...) um governo, investido de tão amplos poderes, de cujo oportuno desempenho a felicidade e a prosperidade da nação dependem vitalmente, deve também ser investido de amplos poderes para seu desempenho”.

No mesmo contexto, o ensinamento do constitucionalista FERREIRA (1998, p.132):

“As Constituições não procedem a enumerações exaustivas das faculdades atribuídas aos poderes dos próprios Estados. Elas apenas enunciam os lineamentos gerais das disposições legislativas e dos poderes, pois normalmente cabe a cada órgão da soberania nacional o direito ao uso dos meios necessários à consecução dos seus fins. São os chamados poderes implícitos”.

Ante tudo o que aqui restou explicitado, pode-se afirmar com propriedade que o Ministério Público detém vasto poder de investigação. Além de existirem variadas leis com autorização expressa para tal mister, há, na ordem constitucional vigente, total compatibilidade entre as funções institucionais do Ministério Público e os escopos de uma investigação criminal ou, ainda, de uma instrução preliminar.

4 O ART. 28 DO CPP E O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1 PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO AO RECEBER O INQUÉRITO POLICIAL

Atualmente, e desde a edição do Provimento nº 63/2009 pelo Conselho Nacional de Justiça, vigora no inquérito policial o trâmite direto entre o Ministério Público, titular da ação penal pública, e a polícia. Significa dizer que durante a condução deste procedimento investigatório não há a necessidade, ainda, da atuação do poder judiciário.

A requisição da dilação de prazo para conclusão do inquérito, quando necessário, bem como a apresentação do relatório final pela autoridade policial é feita diretamente ao *Parquet*. De igual modo, a requisição das diligências a serem tomadas para o correto deslinde das investigações é oferta pelo Ministério Público diretamente ao delegado de polícia, sem necessidade de autorização judiciária, salvo nos casos em que essa autorização seja constitucionalmente obrigatória, como nas hipóteses de pedido de quebra de sigilo.

Em sendo assim, ao concluir o procedimento do inquérito, indiciando ou não o investigado, em razão da presença ou ausência dos requisitos de materialidade e autoria, respectivamente, o delegado de polícia encaminha os autos ao membro do *Parquet* para que este adote as providências que entender cabíveis.

É de bom alvitre ressaltar que a manifestação a ser ofertada pelo Ministério Público não está vinculada ao que restou concluído pelo trabalho da polícia. A exemplo disso, pode a autoridade policial indiciar o investigado e o membro do *Parquet* opinar pelo arquivamento ou pela realização de novas diligências, caso não vislumbre indícios de autoria e materialidade suficientes ao oferecimento de denúncia e conseqüente propositura da ação penal cabível.

Igualmente, também é possível que o delegado encerre as investigações concluindo pela atipicidade da conduta, ou ausência dos elementos necessários ao indiciamento e, o Ministério Público, firme na existência desses requisitos, manifeste-

se pela continuidade do inquérito para obtenção de novos elementos probatórios ou mesmo denuncie os investigados, quando certo do cometimento do crime por este.

Outrossim, é plenamente plausível que a autoridade policial promova o indiciamento do acusado por um determinado delito, enquadrando-o em um determinado artigo do Código Penal, e o *Parquet*, entendendo tratar-se de outro crime, outras circunstâncias ou, até mesmo, em caso de erro na sua capitulação, denuncie o investigado como incurso nas penas de um dispositivo legal diverso ao inicialmente trazido pela polícia.

Outra observação importante é a que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, cabe a ele decidir sobre a propositura da denúncia ou eventual arquivamento do procedimento investigatório. É muito comum vermos relatórios finais de delegados de polícia concluindo, erroneamente, pelo arquivamento do inquérito. O artigo 17 do nosso Código de Processo Penal é claro ao determinar que a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito. Essa apreciação cabe a quem compete promover a ação, no membro do *Parquet*. Este sim é o responsável por opinar pelo arquivamento dos autos ou por dar início à ação penal, cuja titularidade somente a esta instituição pertence.

“Não pode a autoridade policial determinar o arquivamento do inquérito. Nos termos do art. 17 do Código de Processo Penal, ‘a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito’. Cumpre à autoridade policial levar ao fim as diligências necessárias para a elucidação do fato e concluir o inquérito respectivo, nos termos da legislação processual penal. (...) Cabe ao promotor de justiça, apreciando os elementos de informação, formular o pedido de arquivamento. Essa função é específica do Ministério Pública, uma vez que, em se tratando de crimes de ação penal pública incondicionada, ele é o *dominus litis*, o senhor da ação.”⁸

Feitas essas considerações, retornemos ao momento em que o inquérito policial, já concluído, é encaminhado ao Ministério Público pelo delegado de polícia. Pois bem, quando o membro dos *Parquet* recebe os autos desse procedimento, ele tem três caminhos a seguir: requer a realização de novas diligências, oferecer a denúncia ou opinar pelo seu arquivamento.

Ao encerrar as investigações, a autoridade policial deve elaborar um relatório contendo tudo o que foi realizado no decorrer do inquérito, de maneira a averiguar a presença, ou ausência, da materialidade e autoria na infração penal. Na ocasião desse relato, devem estar esgotados todos os elementos probatórios que poderiam

⁸ SALLES JUNIOR, 1998, p. 123

ter sido colhidos. Contudo, o Órgão Ministerial, titular da ação penal, inconformado com as informações até então contidas no inquérito e julgando necessária a realização de novas diligências complementares para formar o seu convencimento, antes de pedir o arquivamento ou oferecer a denúncia, pode devolver os autos à delegacia para que seja dada continuidade às investigações.

Acerca dessa requisição de diligências por parte do Ministério Público, pertinente é a colocação do estimado NUCCI (2009, p. 112):

“(...) *requisitar* tem o sentido de *exigir* legalmente e não simplesmente dar uma ordem. A autoridade policial está obrigada a cumprir as requisições tanto do juiz quanto do promotor, competentes – é óbvio – para fiscalizarem investigações criminais, porque, assim fazendo, em última análise, segue o determinado em lei e não a vontade ou capricho de uma autoridade qualquer.”

Convém ressaltar, entretanto, que o retorno dos autos à autoridade policial, a teor do que dispõe o art. 16 do nosso Código de Processo Penal⁹, somente deverá ser levado a efeito quando as diligências se mostrarem fundamentais para o oferecimento da denúncia. Se as diligências não podem afetar a *opinio delicti* é desaconselhável o pedido de devolução. Em assim sendo, o membro do *Parquet* deve indicar expressamente quais as diligências que julga serem imprescindíveis. Nessa vertente, leciona NUCCI novamente (2008, p. 170):

“Se a autoridade policial declarou encerrados os seus trabalhos, relatando o inquérito, não é cabível que os autos retornem para o prosseguimento, sem que seja apontado o caminho desejado.”

Assinale-se, ainda, que a requisição dessas outras colheitas complementares pode ser apresentada, inclusive, após o oferecimento da denúncia pelo membro do Ministério Público. Neste caso, entretanto, as novas diligências deverão ser processadas em autos apartados, remetidos posteriormente ao juízo.

Noutra banda, tendo em mãos elementos de informação suficientes a comprovar a autoria e a materialidade do delito investigado, pode o Órgão Ministerial oferecer a denúncia, dando início à ação penal, na hipótese dos crimes de ação penal pública incondicionada.

Em que pese a prevalência, no tocante à ação penal pública, da obrigatoriedade da propositura desta ação pelo Ministério Público quando este, ante a ocorrência de um fato ilícito, disponha de elementos mínimos a lhe possibilitar o

⁹ Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, **imprescindíveis ao oferecimento da denúncia**. (grifos nossos)

oferecimento da denúncia, tem-se que o *Parquet* conserva o seu poder de apreciação em relação ao caráter criminoso do fato levado ao seu conhecimento.

Como sabiamente ensina o mestre José Frederico Marques (1998, p. 338), o princípio da legalidade não tem o condão de retirar do Órgão Ministerial o poder de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal e, nessa apreciação, não pode deixar de entrar certa dose de fato subjetivo.

Outra não é a lição do sempre preciso SALLES JUNIOR (1998, p. 171), ao explicar que:

“Mesmo considerando o princípio da obrigatoriedade, de um ponto não se pode fugir: a ação penal pública tem início por meio da denúncia, nos termos do art. 24 do Código de Processo Penal. E a denúncia origina-se da *opinio delicti*. Os elementos de informação (inquérito ou quaisquer peças) são levados ao promotor de justiça, que somente pode oferecer denúncia após haver formado sua convicção. O princípio da obrigatoriedade não elimina o poder de apreciação do promotor de justiça quanto ao caráter do fato noticiado.”

Ademais, conforme anteriormente mencionado, o membro do Ministério Público, ao ofertar a denúncia, não está vinculado à capitulação do delito observada no momento da autuação do inquérito policial. Ao compor a sua convicção para o oferecimento da denúncia nada impede que o Órgão Ministerial conclua que os fatos narrados nos autos do procedimento criminal configuram outro crime e, conseqüentemente, classifique a conduta do autor como sendo um dispositivo divergente do que consta no inquérito.

Ao ensejo da conclusão dos caminhos a serem trilhados pelo *Parquet* ao receber os autos do inquérito policial concluído, tem-se a possibilidade do pedido de arquivamento por parte do Promotor de Justiça ou Procurador da República.

4.2 O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Ao analisar os autos do inquérito policial, o membro do Ministério Público, ao constatar que os fatos constantes no procedimento não representam uma conduta típica ou ainda que a conclusão investigativa carece de indícios suficientes de materialidade ou autoria, pode requerer o arquivamento dos autos.

Impende outra vez asseverar que, nos termos do art. 17 do Código de

Processo Penal, a autoridade policial não pode mandar arquivar os autos do inquérito, sendo essa atribuição exclusiva do Órgão Ministerial. E, nessa linha de raciocínio, NUCCI (2008, p. 174) leciona:

“Somente o Ministério Público, titular da ação penal, órgão para o qual se destina o inquérito policial, pode pedir o seu arquivamento, dando por encerrada as possibilidades de investigação. Não é atribuição da polícia judiciária dar por findo o seu trabalho, nem do juiz, concluir pela inviabilidade do prosseguimento da colheita de provas.”

O dispositivo processual acima mencionado conserva total sintonia com o art. 28 do mesmo diploma legal, abaixo transcrito, o qual prevê que o arquivamento do inquérito é decretado exclusivamente pelo juiz, e sempre a requerimento do Ministério Público.

“Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então o juiz estará obrigado a atender.”

Saliente-se que, a teor deste artigo, não pode o juiz mandar arquivar os autos do inquérito policial de ofício, sendo imprescindível a audiência do Ministério Público, órgão titular da ação penal pública.

Além disso, caso discorde do pedido de arquivamento feito pelo membro do *Parquet*, não é possível que o juiz determine a realização de novas diligências pela polícia judiciária, ao invés de fazer a remessa dos autos ao Procurador-Geral. Por não ser ele o titular da ação penal, não lhe compete analisar detalhadamente as provas fundamentais ao oferecimento da denúncia, atribuição esta do Órgão Ministerial.

Outra observação importante diz respeito ao cabimento da ação penal subsidiária da pública quando arquivado o inquérito policial a requerimento do Ministério Público. Consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal adiante reproduzido, tem-se que a propositura dessa ação é inaceitável.

“Ação Penal Privada Subsidiária: A admissibilidade da ação penal privada subsidiária da pública pressupõe, nos termos do art. 5º, LIX, da CF (*será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;*), a inércia do Ministério Público em adotar, no prazo legal (CPP, art. 46), uma das seguintes providências: oferecer a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou requisitar novas diligências. À vista desse entendimento, a Turma deferiu *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que determinara o prosseguimento de ação penal privada ajuizada contra o paciente após o arquivamento do inquérito policial ordenado em primeira instância a requerimento do Ministério Público formulado dentro do prazo

legal. Em consequência, julgou-se extinta a ação penal privada movida contra o paciente. Precedentes citados: Inq 172-SP (RTJ 112/474), HC 67502-RJ (RTJ 130/1084) [STF- HC 74.276-RS, rel. Min. Celso de Mello, 03/09/96, Informativo/STF 43].”

Ora, se a ação penal subsidiária da pública é uma hipótese constitucional destinada a suprir a inércia institucional do Órgão Ministerial, pode-se afirmar que ela é incabível quando arquivado o inquérito a requerimento do *Parquet*, situação em que ocorre a manifestação do titular da ação penal acerca da inviabilidade da instauração da ação penal, a qual traduz ato comissivo do agente ministerial.

4.2.1 Espécies de Arquivamento

Atualmente, além do arquivamento direto, comum, explícito, previsto no art. 28 do Código de Processo Penal e realizado por decisão expressa do Juiz, tem-se ainda a presença de outras duas espécies de arquivamento, a saber, o indireto e o implícito.

O arquivamento indireto ocorre quando o agente ministerial se julga incompetente para atuar em um certo processo e o juiz, ao reverso, declara que possui atribuição para julgar o feito. De modo resumido, pode-se dizer que essa modalidade de arquivamento corresponde à intenção do membro do *Parquet* de arquivar a contenda em uma certa esfera jurisdicional.

De maneira exemplificativa, verifica-se a presença do arquivamento indireto quando um Procurador da República manifesta-se no sentido de que os fatos versados nos autos são de competência da Justiça Estadual e o Juiz Federal entende ser ele o competente.

Tratando dessa hipótese de arquivamento, pouco abordada na doutrina, já se manifestaram os nossos Tribunais Superiores nos termos dos julgados adiante reproduzidos:

“PENAL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO. MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS. NÃO-INCIDÊNCIA DE QUAISQUER DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 105, INCISO I, ALÍNEA G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO OU DE COMPETÊNCIA. EVENTUAL ARQUIVAMENTO INDIRETO. CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO NÃO-CONHECIDO. 1. O dissenso entre representantes ministeriais implica hipótese de conflito não-elencada no preceito constante

do art. 105, inciso I, alínea g, da Carta da República. 2. Tratando-se de matéria eminentemente processual, incumbe aos representantes do Ministério Público indicar suas razões e opinar pela competência jurisdicional, cabendo à autoridade judiciária perante a qual atuam decidir sobre a questão. 3. Não sendo hipótese de conflito de atribuição, para que exista eventual conflito de competência, é necessário o pronunciamento controverso das autoridades judiciárias sobre a competência para conhecer do mesmo fato criminoso ou sobre a unidade de juízo, junção ou separação de processos. **4. Quando o órgão ministerial, por meio do Procurador-Geral de Justiça, deixa de oferecer denúncia em razão da incompetência do Juízo, entendendo este ser o competente, opera-se o denominado arquivamento indireto.** 5. Conflito de atribuição não-conhecido. (STJ – CA 200802074500 – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJE 08/10/09)” (grifos nossos)

“CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. JUIZ E MP FEDERAL. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO INDIRETO (ART-28 DO CPP). **A RECUSA DE OFERECER DENUNCIA POR CONSIDERAR INCOMPETENTE O JUIZ, QUE NO ENTANTO SE JULGA COMPETENTE, NÃO SUSCITA UM CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES, MAS UM PEDIDO DE ARQUIVAMENTO INDIRETO QUE DEVE SER TRATADO A LUZ DO ART-28 DO CPP.** CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES NÃO CONHECIDO. (STF – CA 12 – Rel. Min. Rafael Mayer – AUD 09/12/83)” (grifamos)

A outra espécie de arquivamento corresponde ao denominado implícito, verificado quando o membro do Ministério Público, no exercício da titularidade da ação penal pública, não insere na peça acusatória determinado indiciado ou mesmo um fato investigado, deixando de justificar ou manifestar-se expressamente sobre essa conduta omissiva.

Esse tipo de arquivamento, não previsto legalmente, é uma consequência da omissão não só do agente ministerial, mas também do juiz, visto que a sua consumação se dá quando o magistrado, ao receber a denúncia omissa, não se manifesta sobre os fatos que nela deveriam constar.

Dependendo do que restou omissivo na peça de acusação, o arquivamento implícito pode ser classificado sob dois aspectos, subjetivo ou objetivo. Aquele na hipótese da omissão ser concernente a um ou mais indiciados e este quando se refere aos fatos investigados.

Em que pese a sua presença constante, o arquivamento implícito é uma modalidade malquistada, em virtude de ir de encontro ao dever que possui o membro do *Parquet* de sempre explicitar em suas peças os motivos determinantes de sua opção por não incluir na denúncia o nome de um acusado ou mesmo um fato criminoso.

4.2.2 A Possibilidade de Desarquivamento do Inquérito Policial

O membro do *Parquet* pode requerer o arquivamento do inquérito policial ao deparar-se, de maneira sucinta, com duas situações genéricas, a saber: quando não constate a presença dos requisitos para a formulação da denúncia, inscritos no art. 41 do Código de Processo Penal, ou caso verifique alguma das situações previstas no art. 43 do mesmo diploma legal, hipóteses em que haveria a rejeição da denúncia oferecida. E é com base nos motivos determinantes do arquivamento que se pode estabelecer os seus efeitos.

Em regra, o despacho que determina o arquivamento dos autos do inquérito, não faz coisa julgada material, podendo a polícia judiciária, a teor do que reza o art. 18 do Código de Processo Penal, proceder a novas pesquisas, caso tenha notícias de outras provas.

Saliente-se que, consoante tal dispositivo, essa possibilidade de ser proposta uma ação penal, mesmo depois de arquivado o inquérito policial, só acontece quando são colhidos novos elementos probatórios e o arquivamento tenha se dado por falta de base empírica à denúncia.

O citado art. 18, inclusive, motivou o STF a editar a Súmula 524, a seguir transcrita:

“Súmula 524 – STF: Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas Provas.”

Diante desses preceitos legislativos, faz-se mister a definição do que seriam as denominadas novas provas, hábeis a promover o desarquivamento do inquérito. E, nessa vertente, o próprio Supremo Tribunal Federal já esclareceu a necessidade de que essa prova ulterior seja realmente inovadora, e não apenas formalmente nova:

“PROCESSUAL PENAL. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. Novas provas, capazes de autorizar início da ação penal, segundo a Súmula 524, serão somente aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual fora concebido e acolhido o pedido de arquivamento. A nova prova há de ser substancialmente inovadora e não apenas formalmente nova. (STF – RHC 57.191/RJ – Rel. Min. Décio Miranda – DJ 28/08/79)”

Em assim sendo, pode-se concluir, em apartada síntese, que ao serem desarquivados os autos do inquérito ante a notícia de novas provas, fazendo-se o

acréscimo das novas diligências promovidas pela polícia judiciária e procedendo-se o retorno dos autos ao Órgão Ministerial, pode este modificar a sua opinião primária e oferecer a denúncia, promovendo de tal forma a ação penal, consoante o art. 41 do Código de Processo Penal.

Ao reverso, se o pedido de arquivamento for formulado em virtude do fato, manifestamente, não constituir crime, é incabível a ulterior propositura da ação penal. Nessa conjectura, houve efetivamente a apreciação do fato, do mérito, e constatou-se a sua não interferência na seara penal. Em assim sendo, pode-se afirmar que o arquivamento quando formulado nesses termos faz coisa julgada material e, conseqüentemente, está impedida a posterior instauração da ação penal. Nesse sentido, já se manifestou o Pretório Excelso:

I - Habeas corpus: cabimento. É da jurisprudência do Tribunal que não impedem a impetração de habeas corpus a admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão impugnada, nem a efetiva interposição deles. II - Inquérito policial: arquivamento com base na atipicidade do fato: eficácia de coisa julgada material. A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, quando fundado o pedido do Ministério Público em que o fato nele apurado não constitui crime, mais que preclusão, produz coisa julgada material, que - ainda quando emanada a decisão de juiz absolutamente incompetente -, impede a instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio. Precedentes : HC 80.560, 1ª T., 20.02.01, Pertence, RTJ 179/755; Inq 1538, Pl., 08.08.01, Pertence, RTJ 178/1090; Inq-QO 2044, Pl., 29.09.04, Pertence, DJ 28.10.04; HC 75.907, 1ª T., 11.11.97, Pertence, DJ 9.4.99; HC 80.263, Pl., 20.2.03, Galvão, RTJ 186/1040. (STF – HC 83346 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 17/05/05) (grifamos)

A impossibilidade de reabertura das investigações também pode ser constatada na hipótese de a decisão de arquivamento ter se dado com base na extinção de punibilidade do indiciado. Esse também é o entendimento do STF¹⁰ e ao relacionar essa possibilidade de arquivamento com a fundada na atipicidade da conduta, o sábio mestre NUCCI (2008, p. 180), nos leciona:

“Em nosso ponto de vista, o mesmo deveria ocorrer se o arquivamento se der por exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, afirmando o Ministério Público ao juiz que deixa de denunciar o indiciado ou investigado, tendo em vista inexistir crime. Da mesma forma que a solução acerca da *atipicidade*, cremos estar formada a coisa julgada material, em caso de arquivamento, sem possibilidade de continuidade das investigações no futuro.”

Noutra banda, há uma hipótese extrema de desarquivamento do inquérito policial ainda que este tenha se dado com fulcro no art. 43, II, do Código de Processo Penal. Na situação em que se tenha declarado a extinção de punibilidade em virtude da suposta morte do agente e esta decisão tenha dito proferida baseada

¹⁰ RO 84.253 – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 17/12/2004

em uma certidão de óbito falsa. Comprovadamente vivo, pode o indiciado ser denunciado.

Por fim, cumpre destacar uma nova e distinta espécie de arquivamento do inquérito policial recentemente reconhecida pelo Pretório Excelso, o denominado arquivamento provisório, distinto da hipótese prevista no art. 18 do CPP. Tal situação teria sido criada, de forma implícita, pelo art. 72 da Lei nº 9.099/95, verificando-se na hipótese de não localização da vítima.

*“Juizado especial criminal: crime de lesões corporais simples: **arquivamento "provisório" do inquérito policial e posterior desarquivamento em consequência da apresentação da vítima, não localizada antes em decorrência de erro material constante do mandado de intimação: validade.** 1. O art. 72 da Lei dos Juizados Especiais - na medida em que faz necessária a presença da vítima à audiência preliminar, para a tentativa de conciliação - criou implicitamente, na hipótese de não ser ela encontrada, outra modalidade de arquivamento das peças informativas, diversa daquela de que cuidam o art. 18 C.Pr.Pen, a Súmula 524 e, também, o dispositivo invocado da lei local do Ministério Público (LC 28/82, RJ, art. 10, XXXIII). 2. Esse arquivamento - cuidando-se de crime perseguível mediante representação do ofendido - só se faria definitivo se, ciente dele, a vítima se mantivesse inerte. 3. No caso, jamais intimada do arquivamento, a ofendida se apresenta ao Juizado, denunciando o erro na tentativa de sua intimação para a diligência do exame complementar de corpo de delito. 4. **Correto, pois, o desarquivamento consequente**, ao qual só poderia opor-se o indiciado se, entretanto, se houvesse consumado a extinção da punibilidade, o que não se deu. (STF – HC 84638 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 23/05/05)”* (grifos nossos)

4.2.3 A Inexistência de Recurso da Decisão de Arquivamento

Quando o agente ministerial formula o pedido de arquivamento do inquérito policial, este deve ser submetido ao controle judicial, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal. Ao deferir essa solicitação, os autos serão remetidos ao arquivo e, contra esse despacho, prevalece o entendimento de que não é cabível a interposição de recurso.

Em assim sendo, pode-se asseverar que a decisão que, a requerimento do *Parquet*, determina o arquivamento do inquérito policial, é irrecorrível nos crimes de ação penal pública. Outro não é o entendimento de nossos Tribunais Superiores:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINA ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL COM BASE NO

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRECORRIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. I - Esta Corte tem entendido que não é recorrível a decisão judicial que, acolhendo o parecer do Ministério Público, determina o arquivamento de inquérito policial. II - Não se conhece de recurso especial quando a decisão recorrida está de acordo com o entendimento fixado nesta Corte (Súmula 83/STJ). Agravo desprovido. (STJ- AGA 200700500767 – Rel. Min. Felix Fischer – DJE 16/06/2008)” (grifamos)

Não se deve confundir a possibilidade de desarquivamento dos autos ante o surgimento de novas provas, nos moldes da legislação processual penal, com a impossibilidade de recurso contra a decisão que determinou o arquivamento do inquérito.

Outrossim, conforme já mencionado, em que pese o não cabimento do recurso, igualmente não é possível que o ofendido ou mesmo seu representante legal inicie a ação penal subsidiária da pública. O pedido de arquivamento de inquérito não é caso de inércia do Ministério Público, situação necessária para o oferecimento da queixa-crime subsidiária da denúncia. E, nesse vértice, é a lição do sempre preciso SALLES JÚNIOR (1998, p. 202):

“No caso do pedido de arquivamento, o Ministério Público não permite que o prazo simplesmente se escoe, sem qualquer manifestação. Ao contrário. O promotor de justiça examina o inquérito policial e somente não inicia a ação penal pelo fato de haver concluído não ser caso de deduzir em juízo qualquer pretensão. Não pode o particular pretender sobrepor-se ao convencimento do Ministério Público, confirmado pelo Poder Judiciário com o deferimento do pedido, e propor a ação penal em caráter subsidiário.”

4.2.4 Arquivamento de Inquérito e Foro Por Prerrogativa de Função

Existem ações penais que correm nos Tribunais Superiores. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça detêm competência originária para o julgamento de certos crimes no caso do agente investigado possuir o foro de prerrogativa por função.

Nesses casos, quando o inquérito é controlado diretamente pelo Procurador-Geral, o pedido de arquivamento dos autos é feito diretamente ao tribunal, não sendo possível a utilização do art. 28 do Código de Processo Penal, sendo obrigatório o acolhimento do pedido.

Na hipótese de o Procurador-Geral da República ser o competente para

processar a ação penal ou o inquérito policial, ele pode, neste último caso, requerer o arquivamento por insuficiência de provas ou por vislumbrar a atipicidade na conduta. Feito este pedido, o STF não o analisa, devendo arquivar os autos do inquérito ante a impossibilidade de reavaliação do pedido de arquivamento em virtude de o PGR ser o próprio superior hierárquico da instituição, sendo incabível a aplicação do art. 28 do CPP.

Corroborando este entendimento, faz-se imperioso trazer à baila importante julgado do Supremo Tribunal Federal:

"INQUÉRITO E PEÇAS CONSUBSTANCIADORAS DE "NOTITIA CRIMINIS" - ARQUIVAMENTO REQUERIDO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, QUE NÃO VISLUMBRA A OCORRÊNCIA DE ILÍCITO PENAL - IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DA "OPINIO DELICTI" - IRRECUSABILIDADE DESSE PEDIDO DE ARQUIVAMENTO - DECISÃO DO RELATOR QUE DEFERE A POSTULAÇÃO DEDUZIDA PELO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ATO DECISÓRIO IRRECORRÍVEL - RECURSO NÃO CONHECIDO. O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL, MOTIVADO PELA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE PERMITAM AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA FORMAR A "OPINIO DELICTI", NÃO PODE SER RECUSADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - Se o Procurador-Geral da República requer o arquivamento de inquérito policial, de peças de informação ou de expediente consubstanciador de "notitia criminis", motivado pela ausência de elementos que lhe permitam formar a "opinio delicti", por não vislumbrar a existência de infração penal (ou de elementos que a caracterizem), essa promoção não pode deixar de ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em tal hipótese, o pedido emanado do Chefe do Ministério Público da União é de atendimento irrecusável. Doutrina. Precedentes. IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO DO RELATOR, QUE, NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DEFERE O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL FORMULADO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. - O ato judicial que ordena, no Supremo Tribunal Federal, o arquivamento do inquérito ou de peças de informação, a pedido do Procurador-Geral da República, motivado pela ausência de "opinio delicti" derivada da impossibilidade de o Chefe do Ministério Público da União identificar a existência de elementos que lhe permitam reconhecer a ocorrência de prática delituosa, é insuscetível de recurso (RT 422/316), embora essa decisão - por não se revestir da autoridade da coisa julgada (RT 559/299-300 - RT 621/357 - RT 733/676) - não impeça a reabertura das investigações penais, desde que (a) haja provas substancialmente novas (RTJ 91/831 - RT 540/393 - RT 674/356 - RT 710/353 - RT 760/654) e (b) não se tenha consumado, ainda, a prescrição penal. Doutrina. Precedentes. (STJ- Pet-AgR 2509 - Rel. Min. Celso de Mello - DJ 03/11/04)" (grifamos)

Do exposto, percebe-se que, assim como as decisões de arquivamento dos autos do inquérito proferidas pelos juízes de primeiro grau, o ato judicial que ordena o arquivamento do inquérito, a pedido do Procurador-Geral da República, é irrecorrível.

Ponderadas essas considerações, há de se verificar a existência de duas

exceções no tocante à análise, por parte do Supremo Tribunal Federal, do requerimento de arquivamento formulado pelo PGR quando envolve o próprio mérito da ação.

De fato, o Pretório Excelso analisa a solicitação de arquivamento quando o seu fundamento for a atipicidade ou o fato tiver sido atingido por extinção de punibilidade, a exemplo de prescrição. Essa conduta é justificada em razão dessas decisões, nessas circunstâncias, darem ensejo à coisa julgada material. Todavia, é raríssimo que haja a discordância do pedido e seja dada continuidade às investigações.

4.3 ANÁLISE DO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O artigo 28 do Código de Processo Penal preceitua:

“Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então o juiz estará obrigado a atender.”

Desse dispositivo, pode-se inferir certos elementos de caráter processual, a saber: o arquivamento do inquérito é decretado exclusivamente pelo juiz, sempre a requerimento do membro do Ministério Público; o poder judiciário não está vinculado ao pedido do agente ministerial, podendo decidir pelo não arquivamento do inquérito e, em assim sendo, será suscitada a opinião do Procurador Geral acerca desse pedido.

Verifica-se então que, em razão da necessidade de o pedido formulado pelo representante do *Parquet* ser acolhido pelo juiz e, em não o sendo, de sofrer a reapreciação por parte do Procurador Geral, há a interferência do órgão jurisdicional no inquérito policial e, em um segundo momento, a interferência do chefe da instituição Ministério Público na independência funcional dos seus membros, aspectos adiantes destrinchados.

4.3.1 A Interferência Judicial no Inquérito Policial

O agente ministerial, ao receber os autos do inquérito policial, pode, no lugar de optar por apresentar a denúncia, requerer o seu arquivamento ao se defrontar com um dos seguintes motivos: desconhecimento da autoria do delito, atipicidade do fato, ausência de provas razoáveis da materialidade do fato ou mesmo de sua autoria.

Em quaisquer desses casos, o pedido ofertado pelo membro do *Parquet* deve conter as razões nas quais se funda o promotor de justiça para requerer o arquivamento. Com efeito, bem assevera o doutrinador SALLES JUNIOR (1998, p. 197):

“Examinando o art. 28 do Código de Processo Penal, observa-se que o dispositivo fala em ‘razões invocadas’, o que significa que o promotor de justiça deverá sustentar o pedido. Não se deve admitir que o Ministério Público limite o seu pedido a mera manifestação de arquivamento dos autos, sem considerações sobre os elementos contidos no inquérito e sem uma análise, ainda que rápida, no sentido de alicerçar o seu requerimento.”

Essa necessidade de fundamentação do pedido deve-se justamente ao fato de o requerimento de arquivamento sofrer o controle jurisdicional. Os autos do inquérito, já com a solicitação de arquivamento colacionado, são encaminhados pelo Órgão Ministerial ao juiz e este, ao analisar as “razões invocadas” no apelo irá decidir se acolhe ou não o requerimento do membro do Ministério Público.

Caso decida pelo arquivamento, os autos do inquérito serão baixados e só poderão ser reiniciadas as investigações ante o surgimento de novas provas, conforme explicitado anteriormente.

Por outro vértice, pode ocorrer de o magistrado não acatar o requerimento do agente ministerial e, nesse caso, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, os autos serão remetidos ao Procurador-Geral de Justiça, para que este proceda a uma nova apreciação. Se este ratificar o pedido de arquivamento, só então o juiz estará obrigado a atendê-lo.

Forçoso reconhecer, dessa forma, que o famigerado art. 28 do CPP acaba por ferir a premissa processual de que os procedimentos administrativos só serão analisados judicialmente sob a ótica da subsunção à legalidade.

Ao promover a completa análise dos motivos expendidos no pedido de arquivamento feito pelo membro do Ministério Público, o órgão jurisdicional adentra

profundamente no mérito de um procedimento que ainda não é judicial, mas meramente administrativo, o inquérito policial.

4.3.2 A Interferência do Procurador Geral na Independência Funcional dos Membros do Ministério Público

Consoante anteriormente mencionado, a teor do que reza o art. 28 do Código de Processo Penal, havendo discordância do magistrado quanto ao requerimento de arquivamento formulado pelo agente ministerial, os autos do inquérito serão remetidos ao chefe do Ministério Público, o Procurador-Geral de Justiça, a fim de que este apresente o seu parecer acerca do pedido.

Na hipótese de o superior hierárquico da instituição concordar com o pleito formulado pelo representante local do *Parquet*, o magistrado estará vinculado a este entendimento, devendo acolher a requisição de arquivamento e encaminhar os autos do inquérito ao arquivo.

“[...] mantido o entendimento do promotor de justiça subscritor do requerimento de arquivamento, o atendimento deste pedido referendado é imposição legal. O art. 28, na parte final, diz que, se o procurador-geral insistir no pedido de arquivamento, o juiz estará obrigado a atendê-lo. É imposição resultante da lei e não mera de mera vontade do representante do Ministério Público.”¹¹

Constata-se, então, a presença de um segundo momento de controle a respeito da solicitação de arquivamento, qual seja, o realizado pelo chefe do Ministério Público.

Em que pese a sua superioridade hierárquica, de caráter apenas administrativo, ressalte-se, é defeso ao Procurador-Geral de Justiça constranger o agente ministerial que já se manifestou nos autos opinando pelo arquivamento, a intentar a ação penal por meio do oferecimento da peça acusatória. Tudo em respeito ao princípio da independência funcional dos membros do *Parquet*, que os vincula tão somente às leis e às suas próprias convicções.

Sob esse ângulo, caso entenda faltar razão ao membro do Ministério Público que deixou de ofertar a denúncia, ratificando, assim, a decisão do juiz que discordou

¹¹ SALLES JUNIOR (1998, p. 200)

do pedido de arquivamento, deve o Procurador-Geral intentar, ele mesmo, a peça de acusação ou designar outro promotor para fazê-la.

Este segundo promotor nomeado, até então alheio ao inquérito policial, atuará em delegação. A denúncia que oferecerá não será por ele subscrita, mas sim realizada em nome do próprio superior hierárquico da instituição Ministério Público, motivo pelo qual não pode escusar-se de ofertá-la. Na lição do brilhante mestre NUCCI (2009, p. 135):

“Crendo, no entanto, que a razão se encontra com o magistrado, o Procurador-Geral pode denunciar diretamente - o que não costuma fazer - ou designar outro promotor para oferecer, em seu nome, a denúncia - o que é mais comum. **Trata-se de uma delegação e, por esse motivo, o promotor designado não poderá se recusar a dar início à ação penal, sob pena de falta funcional.**” (grifamos)

Expostas estas considerações, resta nebulosa a questão envolvendo a interferência do Procurador-Geral da Justiça na independência funcional do membro do *Parquet* que atuará como seu *longa manus*, em razão de este, ainda que concordando com o primeiro pedido de arquivamento do inquérito, dever dar início à ação penal, oferecendo a denúncia, para que não reste caracterizado o cometimento de falta funcional.

Prevalece na doutrina o entendimento de que, ao agir por delegação, o agente ministerial ulteriormente designado está atuando em nome do chefe do Ministério Público, e, assim, não há qualquer violação no tocante à sua consciência funcional, devendo ofertar a denúncia.

Entretanto, há quem entenda que o membro do *Parquet* designado, ao analisar as informações constantes nos autos do inquérito, pode se convencer da imprescindibilidade do requerimento de arquivamento e, conseqüentemente, deixar de instaurar a ação penal. Inteligência que, ao respeitar a independência funcional deste segundo promotor, avaliando a sua convicção íntima sobre o caso, parece ser o mais razoável.

4.4 TESES FAVORÁVEIS À MANUTENÇÃO DA INTERFERÊNCIA JUDICIAL NO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

De maneira concisa, pode-se assegurar que todos os defensores da

interferência judicial no ato de arquivamento do inquérito policial alegam, basicamente, que, em virtude do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o magistrado deve atuar na decisão do pedido, agindo, nessa situação, como controlador da atividade do Órgão Ministerial, titular da ação.

E, nessa linha de raciocínio, outra não é a defesa de NUCCI (2009, p. 135) ao lecionar:

“Controle de arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação: é feito pelo poder judiciário, justamente em homenagem ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Trata-se de atuação administrativa e não jurisdicional, portanto anormal. Logo, não cabe ao promotor, embora seja o titular da ação penal, a exclusiva deliberação acerca do oferecimento de denúncia ou arquivamento do inquérito. Deve submeter o seu pedido ao juiz que, analisando o material recebido e as razões invocadas pelo órgão acusatório, pode acatar ou não.”

Ausentes quaisquer outros argumentos favoráveis à manutenção da interferência judicial no arquivamento do inquérito policial, ousa-se discordar da doutrina majoritária, que se posiciona nesse sentido.

Ao que parece, a formulação dessa tese muito pecou ao deixar de ponderar o poder de apreciação do membro do Ministério Público quando na ocasião de oferecimento da ação penal pública.

Com efeito, mister se faz insistir na análise, já realizada, acerca do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Nessa urbe, tem-se que, a despeito da prevalência desse preceito jurídico, é indubitável a necessidade de o agente ministerial conservar o seu poder de apreciação em relação ao caráter criminoso do fato levado ao seu conhecimento. O princípio da legalidade não é capaz, por si só, de arrancar do membro do *Parquet* a garantia de analisar, inclusive subjetivamente, os pressupostos técnicos do exercício da ação penal.

Não se pode exigir que o promotor oferte a peça acusatória sem dispor de elementos mínimos a lhe formar o convencimento. Igualmente não se deve esperar outra atitude, que não o pedido de arquivamento do inquérito policial, quando convicto da inocorrência do crime, de sua atipicidade ou mesmo desconhecendo a sua autoria.

Oportuno se torna dizer, então, que o princípio da obrigatoriedade da ação penal não tem caráter absoluto, devendo estar sempre em total consonância com o poder de exame do membro do Ministério Público quanto ao caráter do fato

noticiado.

4.5 O ARTIGO 28 DO CPP COMO DISPOSITIVO MITIGADOR DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Consoante noção cediça, dos princípios constitucionais atinentes ao Ministério Público, destaca-se, por sua relevância, o da independência funcional de seus membros, constante no §1º do art. 127 da Lei Fundamental vigente.

Em síntese, tal princípio legal condiz com a própria instituição que os integra, devendo ser interpretado como sendo a não subordinação, por parte do agente ministerial, a qualquer que seja a ordem, órgão ou poder, quando no exercício de suas funções. Os membros do *Parquet*, ao promoverem suas peças jurídicas, devem estar vinculados somente às leis e a Constituição Federal, podendo agir conforme a sua convicção, obviamente dentro dos limites plausíveis.

Posta assim a questão, é de se dizer que, ao elaborar os seus pareceres, o promotor não está subordinado, exceto administrativamente, nem mesmo ao Procurador-Geral de Justiça, chefe da instituição a qual pertence, tampouco ao poder judiciário, podendo expressar-se de acordo com seu próprio convencimento.

Nessa linha de raciocínio, ao receber os autos do inquérito policial relatado, sendo ele o titular da ação penal pública e vigorando atualmente o trâmite direito entre a polícia judiciária e o Órgão Ministerial, cabe ao membro do Ministério Público incumbido da análise do procedimento decidir qual será o caminho a ser percorrido para o correto deslinde das investigações.

Do compulsar do inquérito, pode o agente ministerial persuadir-se de que os fatos ali constantes se amoldam a uma figura atípica, ou que não existem indícios suficientes de comprovação de materialidade e autoria do delito, ou ainda de que esta é desconhecida. Ao defrontar-se com alguma dessas situações, ausente a justa causa para o oferecimento da denúncia, o membro do *Parquet* tem a faculdade de, evidenciando as suas razões, pedir o arquivamento do inquérito policial.

Esse requerimento é regulado pelo art. 28 do Código de Processo Penal, dispositivo que mostra a necessidade de o pedido de arquivamento passar pelo crivo do órgão jurisdicional, em um primeiro momento e, caso não seja recepcionado, de

ser novamente apreciado, desta vez pelo Procurador-Geral de Justiça.

Do dispositivo mencionado, tiram-se importantes conclusões.

Inicialmente, impende lembrar que o inquérito policial ainda não é um processo judicial, mas sim um procedimento administrativo, o que é absolutamente diferente. Possui inclusive um sistema processual distinto do utilizado judicialmente, o inquisitivo, não havendo razão para que se façam questionamentos quanto a sua classificação. É presidido pelo delegado de polícia e o responsável por seu controle externo é o Ministério Público.

Sendo assim, em virtude da sua própria natureza jurídica, o domínio realizado pelo juiz, no inquérito, deveria apenas atingir a estrita legalidade que rege a sua condução. Em qualquer procedimento administrativo prevalece o total respeito à separação dos poderes, devendo o órgão jurisdicional envolver-se tão só em questões que vão de encontro aos preceitos legais e constitucionais vigentes.

De tal forma, convém notar que o art. 28 do Código de Processo Penal, proclamando o controle judicial do inquérito policial, inovou a ordem jurídica ao conferir ao juiz a prerrogativa de infiltrar-se no mérito de um procedimento administrativo.

Reza a norma que, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, o magistrado fará a remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral. Ressalte-se a expressão “considerar improcedentes as razões invocadas”. Da sua leitura, resta clarividente a intenção, por parte do legislador, de que o órgão jurisdicional aprecie e julgue o livre convencimento do agente ministerial que elaborou o pedido de arquivamento.

Sob tal angulação, é preciso insistir nos fatos de que o inquérito policial é um procedimento administrativo e que o membro do Ministério Público é independente funcionalmente, não estando subordinado a qualquer um dos três poderes.

Outrossim, por ser o titular privativo da ação penal pública, cabe ao Órgão Ministerial, e somente a ele, decidir, conforme as informações constantes nos autos, se o inquérito em manejo é hábil a subsidiar a propositura da ação penal ou se a sua insuficiência de dados ou manifesta atipicidade da conduta serão responsáveis por ensejar o seu arquivamento, expondo assim as suas razões.

A toda evidência, não se pode olvidar que o artigo 28 do Código de Processo Penal, ao preceituar o controle jurisdicional do arquivamento do inquérito policial,

permitindo a análise do mérito de um procedimento administrativo, representa, senão uma afronta, a completa mitigação do princípio da independência funcional do Ministério Público.

Ora, é o agente ministerial quem se debruça sobre os autos do procedimento, acompanhando todo o desenrolar das investigações, analisando criteriosamente todos os fatos, requerendo as diligências necessárias, fiscalizando a atuação da polícia judiciária, tudo em razão do poder lhe foi dado pela própria Constituição Federal de 1988.

Tal qual o magistrado, o membro do *Parquet* é um cidadão aprovado em concurso de provas e títulos, detentor de notável saber jurídico e reputação ilibada. Sua capacidade e competência são indubitáveis. Não parece razoável que o membro do poder judiciário se envolva em sua função privativa, exclusiva, que é a promoção da ação penal pública.

No momento em que requer o arquivamento do inquérito policial, o agente ministerial não está quedando-se inerte quanto à promoção da ação penal, o que daria margem à propositura da ação penal privada subsidiária da pública. Ao reverso, está manifestando-se no sentido de que aquela ação não tem razão de existir, carece de justa causa o seu oferecimento, sendo juridicamente inviável.

Se o poder judiciário não detém a prerrogativa de obrigar o particular a intentar a ação privada quando este não o faça, porque haveria de tentar coagir o membro do Ministério Público a promover a ação penal pública? De se indagar também se existe órgão mais preparado para a ponderação dos fatos investigados no inquérito e da conveniência da promoção da ação penal que o seu controlador externo e titular privativo, respectivamente.

Ademais, conforme anteriormente explicitado, a obrigatoriedade da ação penal pública não é um princípio absoluto, devendo ser ponderado com o convencimento do agente ministerial. Destarte, esse argumento não serve de escusa para a intervenção judicial no inquérito policial.

Sob essa ótica, é bem pertinente dizer que o dispositivo constante no art. 28 do Código de Processo Penal é, verdadeira e inquestionavelmente, um mitigador do princípio constitucional da independência funcional do *Parquet*. Por ser norma hierarquicamente inferior, é de se refletir, inclusive, acerca da sua constitucionalidade, vez que, sendo norma infraconstitucional, não respeitou a

subsunção obrigatória à Constituição Federal ao ferir o art. 127, em seu §1º.

Por outro vértice, reconhece-se a impossibilidade de que a decisão do promotor de justiça quanto ao arquivamento do inquérito seja absolutamente inquestionável. Em nosso ordenamento jurídico são raríssimas as decisões não passíveis de recurso, até mesmo em função do princípio implícito do duplo grau de jurisdição.

Cumprido encontrar, então, qual seria a maneira mais coerente de fazer coexistir a ulterior apreciação do pedido de arquivamento com a independência funcional do membro do Ministério Público.

Ao que parece, o caminho seguro para se escolher o procedimento mais razoável e preciso, seria o que sopesa a manutenção da titularidade da ação penal pública nas mãos do próprio Órgão Ministerial, sem a ingerência do juiz, devendo deixá-lo responsável apenas pelo que o afeta no curso dos procedimentos administrativos, a observação à estrita legalidade.

Pensa-se, assim, que o procedimento utilizado na Procuradoria da República no deslinde das investigações criminais conduzidas pelo próprio *Parquet* é deveras consistente e oportuno.

Nesses procedimentos, ao deparar-se com as hipóteses que comportam pedido de arquivamento, o Procurador da República em atuação os faz, apresentando as devidas razões, para as Câmaras de Coordenação e Revisão, organizadas conforme a matéria tratada e atuando como autênticas *longa manus* do Procurador Geral da República, visto que seria inviável a análise de todos os tantos processos por uma só pessoa.

Adotando-se essa fórmula de pedido de arquivamento, estaria afastada a afronta ao preceito processual da separação de poderes. O judiciário não adentraria no mérito de um procedimento administrativo e não influenciaria o Ministério Público acerca da conveniência em intentar uma ação cuja titularidade somente a ele pertence.

Com efeito, em razão da necessidade dos autos do inquérito sobre cujo arquivamento se discordou serem encaminhados ao Procurador Geral, vê-se que o art. 28 do CPP não trata o controle judicial, nessa situação, como sendo irrestrito. Todavia, em grande parte de nossa sociedade, infelizmente, ainda está infiltrada a idéia de que o juiz é superior hierárquico de qualquer dos órgãos atuantes no

processo, sejam de acusação ou defesa. De tal modo, é bem fácil encontrar quem não queira discordar da opinião de um magistrado apenas para não se indispor com ele e assim, a concordância com o não arquivamento é uma tendência bastante presente.

Não se pode olvidar que se o pedido de arquivamento do inquérito policial fosse feito diretamente pelo promotor ao seu superior hierárquico, suas razões seriam bem mais acolhidas, estatisticamente falando. O chefe da instituição, por ser também membro, conhece a polícia judiciária atuante no inquérito, reconhece as suas limitações e, assim, sabe que, ante a impossibilidade prática de realização de novas diligências frutíferas, o melhor trilha a ser seguido é arquivar os autos. Sendo ele o único controlador desse arquivamento, poderia abster-se da preocupação com a impressão que causará no juiz ao discordar de sua decisão.

Superado o enfrentamento dessa questão sobre a titularidade do controle de arquivamento do inquérito, resta analisar se, na situação de não acolhimento do pedido, o promotor designado pelo Procurador-Geral para oferecer a denúncia, quando este não a faz, teria a sua convicção íntima e o princípio da independência funcional violados.

Em que pese a lição, prevalente na doutrina, de que este segundo agente ministerial não teria o seu convencimento transgredido em razão de estar atuando como *longa manus* do chefe da instituição e, por conseguinte, oferecendo a denúncia em nome deste, e não no seu, entende-se que, *data vênia*, essa obrigação de ofertar a inicial acusatória representa, sim, uma mitigação à independência funcional desse membro do Ministério Público.

O que se constata, na prática, é que o Procurador-Geral quase nunca oferece, ele mesmo, a denúncia, sempre designando outro membro da instituição para fazê-la. Não soa crível, porém, que esse segundo promotor, popularmente tachado de promotor do 28, em referência ao artigo do Código de Processo Penal, esteja obrigado a promover a ação penal pública ainda quando absolutamente convencido de que assistia razão ao primeiro agente ministerial que requereu o arquivamento dos autos. É de se indagar a consistência de uma denúncia feita contra a vontade de quem deve argumentar a seu favor.

Em sendo assim, não parece recomendável que o membro do *Parquet*

designado tenha por obrigação oferecer a peça acusatória.

Ao ensejo da conclusão do impasse deste confronto de normas jurídicas, sugere-se a adoção de três medidas, a serem tomadas conforme a convicção do representante do Órgão Ministerial, de modo a afastar em absoluto a afronta ao princípio da independência funcional, tão importante para a garantia da autonomia da própria instituição Ministério Público.

A princípio, tem-se a possibilidade de o promotor encarregado corroborar com o pensamento do Procurador-Geral, também discordando do pedido de arquivamento e entendendo que, em virtude da situação em que se encontra o inquérito, a ação penal deva ser promovida. Neste caso, não há o que se questionar. A denúncia deve ser oferecida em consonância com as suas próprias razões, formadas do compulso dos elementos trazidos nos autos.

Outra hipótese é a de que o segundo agente ministerial, posto que discorde do requerimento inicial de arquivamento, entenda que o inquérito ainda não possui indícios suficientes a subsidiar a promoção da ação penal pública. Nessa conjuntura, este promotor pode dar seqüência às investigações policiais, sugerindo novas diligências que julgue necessárias e, de posse do resultado destas, optar por oferecer a peça acusatória ou insistir no pedido de arquivamento (sempre expondo os motivos de seu convencimento) ao qual, em correspondência ao art. 28 do CPP, estaria o Procurador-Geral, sendo hipoteticamente o único controlador dessa requisição, obrigado a atender.

Em arremate, há de se considerar a circunstância em que membro do *Parquet* encarregado de oferecer a denúncia, corrobore, de sobremaneira, com o entendimento formulado pelo promotor que requereu o arquivamento. Nessa hipótese, a solução mais adequada, em respeito à designação que lhe foi dada pelo chefe da instituição e para não ir de encontro ao seu convencimento, parece ser a faculdade de declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo. Dessa maneira, os autos do inquérito seriam encaminhados ao seu substituto legal, que, a seu turno, poderia percorrer qualquer um dos três caminhos apresentados.

Postas essas considerações, conclui-se pela necessidade de modificação do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal. O controle judicial realizado no inquérito policial não tem razão de ser. A solução sugerida para acabar com a

contenda parece inteiramente viável e de simples aplicação.

O princípio da independência funcional do membro do Ministério Público, previsto constitucionalmente, é resultado de uma longa luta da instituição por sua autonomia ante os poderes do Estado e inconcebível é que uma norma infraconstitucional termine por mitigá-lo. No contexto atual, de reformas em nosso Código de Processo Penal, a reapreciação deste dispositivo tão comentado é, não só muito bem-vinda, mas legitimamente necessária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tudo o que restou explicitado no desenvolver deste trabalho, podem ser extraídos certos aspectos conclusivos.

Inicialmente, é de bom alvitre ressaltar que a evolução da instituição Ministério Público se deu de forma bastante gradativa. Com o passar do tempo, o órgão deixou de ser constitucionalmente tratado em vinculação às esferas de poderes do Estado e, nesse sentido, cada conquista referente à sua autonomia e independência funcional é mais que merecida.

A Constituição Federal vigente define o Órgão Ministerial apresentando suas funções, prerrogativas, garantias e princípios institucionais. Dentre estes últimos, destacou-se nesse estudo o da independência funcional de seus membros, preceito importantíssimo que visa garantir ao agente ministerial a não subordinação técnica e funcional a qualquer órgão ou poder, até mesmo ao seu superior hierárquico, devendo emitir seus pareceres observando tão somente as leis, a Carta Magna e o seu foro íntimo.

No que tange às funções institucionais do *Parquet*, verifica-se como suas atribuições o controle externo da atividade policial e a titularidade privativa da ação penal pública.

A polícia judiciária é a responsável pela condução do inquérito policial, que ainda não é um processo judicial, mas um procedimento administrativo regido pelo sistema processual inquisitivo e externamente controlado pelo Ministério Público, devendo este órgão analisar o trabalho realizado no inquérito, podendo acompanhar toda a investigação, requerendo diligências e participando de inquirição de testemunhas. O Órgão Ministerial detém, inclusive, poder de investigação próprio, podendo conduzir pessoalmente certos procedimentos criminais.

Com o vigor do trâmite direto entre a autoridade policial e o *Parquet*, os autos do inquérito concluído são encaminhados ao Ministério Público para que este, analisando os elementos de prova constantes, opte por dar continuidade as investigações, oferecer a denúncia ou requerer o seu arquivamento. Ao defrontar-se com uma conduta atípica, ou ausentes elementos suficientes de materialidade e autoria, ou mesmo sendo esta desconhecida, o agente ministerial pode pedir o

arquivamento do inquérito.

O art. 28 do Código de Processo Penal trata desta solicitação de arquivamento, prevendo que os autos, juntamente com as razões do requerimento, devem ser encaminhados ao juiz para que este, analisando os motivos ofertados, decida se o inquérito deve ou não ser arquivado. Negando este pedido, encaminhará o procedimento ao Procurador-Geral para que este opte por oferecer a denúncia, designe outro promotor para fazê-la ou insista no arquivamento.

Da análise deste dispositivo, infere-se que o controle jurisdicional do pedido de arquivamento do inquérito, nele previsto, é uma completa afronta ao princípio da separação dos três poderes, assegurado na análise judicial dos procedimentos administrativos. Tendo esta natureza jurídica, o inquérito policial deveria submeter-se à interferência do juiz apenas no que toca à subsunção à estrita legalidade e, na contramão desta premissa, o art. 28 promove a ingerência do magistrado no mérito do procedimento ao permitir que este decida consoante as razões ministeriais ofertadas.

Noutra banda, considerando que a ação penal pública é de titularidade exclusiva do *Parquet*, somente a ele cabe decidir acerca da sua eventual propositura, em respeito, inclusive, a sua independência funcional. Nota-se, então, que o disposto no artigo em comento, é também um verdadeiro mitigador deste princípio. O controle jurisdicional do arquivamento do inquérito dá margem à que o juiz decida acerca da conveniência da impetração da ação penal, função privativa do Ministério Público.

Destas considerações, conclui-se pela necessidade de modificação do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, devendo ser afastada a interferência jurisdicional do inquérito policial e, por conseguinte, a mitigação à autonomia funcional do Órgão Ministerial, preceito basilar desta instituição.

Em atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição, igualmente faz-se necessária a implantação de uma nova modalidade para o controle de arquivamento do inquérito, notadamente a sugerida neste trabalho, realizada pelo Procurador-Geral de Justiça, que também é membro do *Parquet* e titular da ação penal, e sempre respeitando a independência funcional do agente ministerial designado para atuar como seu *longa manus*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**. Decreto-Lei n.º 3.689/1941.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Gráfica do Senado Federal.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 75/93**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

BRASIL. **Lei n.º 8.625/93**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª Ed., Editora Saraiva, 2009

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982

MEIRELLES, Hely Lopes, Mandado de Segurança, **Ação Popular e Ação Civil Pública**, Revista dos Tribunais, 2006

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo penal**. São Paulo, Atlas, 2005

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2010

GOMES, Maurício Augusto Gomes, **Ministério Público na Constituição de 1988 (breves anotações)**, Revista dos Tribunais, 1998

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, **O Ministério Público no Processo Civil e Penal – Promotor Natural Atribuição e Conflito com base na Constituição de 1988**, 5ª Edição, Editora Forense, 1994

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida, **Inquérito Policial e Ação Penal**, Editora Saraiva, 1998

FELDENS, Luciano, **Investigação Criminal e Ação Penal**, Livraria do Advogado, 2007

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2003

MARQUES, José Frederico, **Elementos de Direito Processual Penal** (Volume I), Bookseller, 1997

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho, **Investigação Criminal pelo Ministério Público**, Revista dos Tribunais, 2008

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**, Revista dos Tribunais, 2009

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, Revista dos Tribunais, 2010

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Investigações pelo Ministério Público**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.145, p. 4-5, dez. 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 2.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

SILVA, Octacílio Paula. **Ministério Público**. São Paulo: Editora Sugestões Literárias, 1981

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O art. 28 do Código de Processo Penal e a independência funcional dos membros do Ministério Público**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2128, 29 abr. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12732>. Acesso em: 18 maio 2011.

BORGES, Ilia. **Poder de Investigação do MP**. Disponível em: http://www.prpb.mpf.gov.br/artigos/artigos-procuradores/copy_of_artigo-teste. Acesso em: 18 maio 2011

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 74.276-RS. Relator Min. Celso de Mello. Publicado no DJ de 03/09/1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CA nº 12. Relator Rafael Mayer. Publicado no ADU de 09/12/83. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC Nº 57.191/RJ. Relator Min. Décio Miranda. Publicado no DJ de 28/08/1979. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 83346. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DJU de 17/05/2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84638. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DJU de 23/05/2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>