

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIANTE DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O POSICIONAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Revista dos Tribunais | vol. 795/2002 | p. 411 - 451 | Jan / 2002
DTR\2002\104

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Promotor de Justiça da Capital de São Paulo atuando no Gaeco. Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor de Processo Penal no Curso Preparatório para Concursos Jurídicos - "Ductor" e Professor de Processo Penal na Unip, ambos em Campinas-SP.

Área do Direito: Penal

Sumário:

1. Introdução - 2. A investigação criminal no rastro do crime organizado - 3. A atuação do Ministério na investigação criminal - 4. A imprescindibilidade do Ministério Público no combate ao crime organizado - 5. O procedimento investigatório do Ministério Público - 6. Fundamento legal do procedimento investigatório - 7. O procedimento investigatório e os poderes requisitórios do promotor de justiça - 8. A alegação de impedimento do promotor de justiça que presidiu o procedimento investigatório - 9. Propostas legislativas sobre a investigação criminal - 10. Conclusão

1. Introdução

Resulta claro que a investigação criminal antecede a fase processual e visa a preparar a ação penal, através da dinâmica e incessante busca das provas que viabilizam a reconstrução dos fatos delituosos acontecidos, sendo importante observar que, desde a fase investigatória, já se aplica o básico princípio da busca da verdade real.

Com o aparecimento de uma *notitia criminis*, considerando-se a prescindibilidade da manifestação de vontade do ofendido, surge para o Estado o encargo de esclarecer o fato criminoso ocorrido e satisfazer o anseio social no sentido de ninguém permanecer impune. Invocando o magistério de Frederico Marques, a finalidade concreta da persecução penal "é, como diz Roux, não deixar impunes os crimes cometidos e impedir que inocentes sejam condenados. (...) A descoberta da verdade se apresenta, assim, como meio e modo para reconstrução dos fatos que devem ser julgados, e, conseqüentemente, da aplicação jurisdicional da lei penal".¹

Por vezes, a atividade investigatória é reduzida a pouquíssimos atos e não há dificuldade para o esclarecimento do delito, propiciando, destarte, o rápido oferecimento da ação penal.

Há situações, inclusive, em que a ação penal prescinde de qualquer movimentação investigatória, na medida em que, eventualmente, a simples apresentação de documentos comprobatórios de um fato criminoso poderá ser o bastante para justificar uma acusação formal por parte do *dominus litis*.

No entanto, em outras situações, invocando a lição de Aury Lopes Jr., que representa a maioria e é justamente o que interessa ao presente trabalho, "o processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista". Isto porque deve-se, "em primeiro lugar, preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não-processo. É um grave equívoco que primeiro se acuse, para depois investigar e ao final julgar".²

Os ensinamentos acima tornam-se imprescindíveis quando se têm em mira os delitos cometidos por organizações criminosas.

Pretendemos, pois, proceder a análise da investigação criminal frente a realidade do crime transacional e organizado, dando maior ênfase a atuação do Ministério Público neste mister.

Desde já, ponderamos que a investigação criminal brasileira na atualidade tem sido pífia, sem criatividade e, sobretudo, insuficiente à árdua repressão criminal. É que os delitos, mormente aqueles cometidos por organizações criminosas, desde o final do século XX até o início do presente, apresentam-se de forma complexa e, raras vezes, o órgão oficial incumbido da persecução penal

consegue êxito em responsabilizar os verdadeiros envolvidos.

De fato, com o fenômeno do crime organizado, a importância da investigação criminal acentuou-se. O modelo de investigação criminal tradicional não tem alcançado o objetivo almejado. A situação de uma equipe de dois ou três investigadores de polícia saírem às ruas em busca de informações sobre o delito, ou a pernicioso utilização dos gansos (informantes constantes da polícia), é, sem dúvida alguma, útil para o esclarecimento de delitos sem qualquer complexidade, tais como alguns assaltos, homicídios, furtos etc. No entanto, quando um crime de roubo resulta de uma das atividades de uma organização criminosa, se se pretende punir os verdadeiros autores do delito, há que se buscar outras alternativas para o trabalho de investigação criminal.

A legislação penal brasileira tem se ocupado em oferecer uma resposta à globalização e à criminalidade organizada - para grande parte da doutrina: temos, tão-somente, o direito penal simbólico. Novos delitos são tipificados; em alguns crimes as penas ganham uma maior severidade ou um rigor maior em sua punição. Enfim, tem-se procurado estabelecer um sistema de intimidação maior, sem, contudo, qualquer efeito na solução do avanço da criminalidade.³

Felizmente nossa legislação consagra e exige o respeito ao Estado de Direito, notadamente os direitos constitucionais do cidadão bem expressos na Constituição da República (LGL\1988\3). Os doutrinadores brasileiros não descuidam, igualmente, desse tema. Resta agora investir no modelo da investigação criminal brasileira, que deve ser repensada, muito melhor equipada e organizada; valer-se de métodos legislativos que propiciem a utilização de meios eficazes e de tecnologia moderna.⁴

Dentro desse panorama, surge o difícil papel do Ministério Público que, tradicionalmente, aguarda o encerramento da investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária, para, só então e eventualmente, propor a ação penal.

Esse posicionamento ministerial tem sido já alvo de modificações, embora haja significativa resistência dentro de cada Ministério Público brasileiro. Essa reformulação não pode ser tímida. Deve o Ministério Público assumir seu constitucional e exclusivo ofício de promover a ação penal pública e zelar, efetivamente, pela fase pré-processual, notadamente quando o delito a ser investigado resultar da atuação de uma organização criminosa. Este trabalho, pois, tem a preocupação de analisar o papel do Ministério Público na investigação criminal levada a efeito por organizações criminosas.

2. A investigação criminal no rastro do crime organizado

Muitas são as dificuldades encontradas durante a investigação criminal no âmbito do crime organizado. Todas decorrentes das características particulares desse tipo de delinquência.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro ainda não tenha definido a figura do crime organizado,⁵ a doutrina parece consentir quanto às suas características principais, as quais merecem menção dada a influência no campo da investigação criminal:⁶

- a *estrutura hierárquico-piramidal*, sempre com, no mínimo, três níveis, com a presença de um chefe, subchefe/conselheiro, de gerentes, "aviões" e do lavador de dinheiro;
- a *divisão de tarefas* entre os membros da organização, como decorrência de outra característica, a diversificação de atividades;
- a *restrição de seus membros*, isto para melhor controlar a atuação, vale dizer, apenas pessoas de absoluta confiança podem integrar uma organização criminosa;
- o envolvimento de *agentes públicos*;
- a busca constante de *dinheiro e poder*, além do emprego da lavagem do dinheiro criminoso.

A *hierarquia* entre os integrantes de uma organização criminosa e seu constante aprimoramento, nos moldes de uma grande "empresa", permitem que o executor de um delito não tenha qualquer contato com o líder-chefe, que se encontra no ápice da pirâmide. A divisão de tarefas facilita o pouco contato do líder com os que estão na base da organização, de sorte que seu contato se basta em transmitir

ordens ao subchefe ou gerente do grupo.

Diante desse perfil de atuação, o alvo da investigação nunca será visto lidando com o fato ilícito, o que dificulta o ofício investigatório.

O desembargador aposentado do E. TJSP, Dr. Alberto Silva Franco, também é enfático em dizer da dificuldade da investigação criminal nos delitos econômicos e financeiros, cometidos por uma "sofisticada estrutura organizacional". Após mencionar os tipos de crimes cometidos pelas organizações, o desembargador comenta: "Tais formas de criminalidade não decorrem freqüentemente da ação visível de uma pessoa ou de um grupo bem caracterizado de pessoas, o que dificulta sobremaneira a apreensão e captação das atividades postas em prática".⁷

Cumpra admitir outra realidade: o líder de uma organização criminosa, na grande maioria das vezes, tem uma conduta social de destaque na comunidade, pois mora bem, tem bons carros, freqüenta locais onde estão executivos de sucesso e pessoas influentes nos diferentes poderes públicos. Atualmente, inclusive, têm conseguido colocações no Poder Legislativo, seja elegendo adeptos de seus grupos, seja financiando campanhas. Oportuno citar novamente a obra de Mingardi, quando analisa as atividades mafiosas e salienta a aceitação da sociedade com relação ao comportamento de seus integrantes: "os mafiosos não passavam de servos de uma sociedade hipócrita, eram os intermediários que proporcionavam os prazeres e as fugas que o público exigia e a lei proibia".⁸

Em palavras práticas, o dono de uma grande rede de supermercados, responsável pela encomenda de uma determinada carga de mercadoria a assaltantes, nunca é visto ao lado de marginais, sobretudo porque freqüenta a alta sociedade de sua cidade; o mesmo acontece com o grande comerciante de drogas de uma dada localidade; e ainda com o policial que recebe dinheiro para não incomodar uma certa modalidade criminosa; este policial geralmente é visto nos Gabinetes do Fórum e se apresenta como rigoroso com aqueles delinqüentes eventuais, numa falsa demonstração de eficiência policial.

Outro traço característico da atuação do crime organizado, também aceito pela unanimidade da doutrina, é o *envolvimento de agentes públicos*. Estes quando não participam efetivamente do grupo são corrompidos para viabilizar a execução dos atos ilícitos. Na medida em que atuam e crescem, os grupos criminosos não conseguem mais prescindir do auxílio dos agentes públicos. Bem significativa a menção do sociólogo Mingardi ao invocar a expressão de Paul Castelano, líder da Máfia de New York: "Eu já não preciso mais de pistoleiros, agora quero deputados e senadores".⁹

No mesmo sentido tem falado a doutrina internacional: "Na moderna criminalidade organizada tem, de outra parte, uma vital necessidade de sustentação dos expoentes do mundo político que - em troca de votos eleitorais - asseguram empreitadas de obras públicas nas quais investem os capitais de proveniência ilícita, desde que intervenham junto a magistrados corruptos ou corruptíveis para obtenção da absolvição nos processos dos expoentes da organização".¹⁰

E quanto maior a presença de funcionários públicos na atuação criminosa, maior serão as dificuldades no mister investigatório. Seja em razão do possível corporativismo, seja em razão da situação de o delito ser cometido com maior cuidado. Esse fenômeno, aliás, é um dos responsáveis pela devastadora quebra de confiança na administração pública e da Justiça, de uma forma geral.

Ainda, a situação de se buscar sempre a *obtenção de dinheiro e de poder*, além da utilização da lavagem de dinheiro como forma de esconder o lucro, dificulta a visualização do delito ocorrido e impede o desmantelamento da organização. Jorge Alexandre Fernandes Godinho não tem dúvida em concluir que, "em termos criminológicos, verifica-se que a problemática do branqueamento de capitais está sobretudo ligada à criminalidade organizada, em especial se se entender esta como a que desenvolve uma actuação ilícita permanente, com intuito lucrativo".¹¹

De fato, o dinheiro lavado será sempre usado no aperfeiçoamento e desenvolvimento da prática criminosa, investimento esse que jamais será visto facilmente pelos meios repressivos estatais. Aliás, foi a constatação desse fato que levou a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, mais conhecida como Convenção de Viena, em 1988, a criminalizar a conduta da lavagem de dinheiro.¹²

A confirmar esse posicionamento, Alberto Silva Franco, invocando o estudo do Prof. José Faria Costa e ao tecer considerações acerca do crime transnacional, defende a existência de um grupo

"que tem como fim primeiro estabelecer a lavagem de todo o dinheiro ilegalmente conseguido. Operam-se, por conseguinte, ligações com instituições bancárias, com cassinos e ainda com outras sociedades legalmente constituídas. É o grupo que funciona como placa giratória entre o mundo criminoso e o normal e comum viver quotidiano. O que tudo demonstra a forma particularmente racional e elástica deste tipo de organização. Tão elástica e tão fluida que o fato de algumas vezes se destruir um grupo não quer de modo algum significar que toda a rede tenha sido afetada".¹³

De outro ângulo, qualquer um sabe que haverá sempre e sempre um advogado experiente, conhecedor dos mecanismos processuais que podem facilitar a defensoria e dificultar o trabalho da acusação. A experiência dos casos travados no dia-a-dia do combate ao crime organizado revela que, desde o início, será tentada, via *habeas corpus*, uma liminar para que o indiciamento seja evitado; após, através da mesma via, será buscado o trancamento da ação penal, e daí por diante; todas as medidas jurídicas cabíveis e imagináveis serão buscadas para que aquele bom acusado não seja julgado com eficiência e sobretudo agilidade.

Não se quer criticar esse direito processual do investigado. A possibilidade de defesa e o acompanhamento da investigação criminal são coerentes com os princípios do contraditório e da presunção de inocência.

Frisamos apenas que na investigação de um delito comum raramente há resistência do investigado na fase pré-processual. E quando se tem em mira um integrante de organização criminosa, o panorama é bem diferente. Podemos, inclusive, dizer que o próprio Poder Judiciário analisa com redobrado cuidado todas suas decisões. O dia-a-dia do trabalho de investigação criminal, ao menos na Justiça do Estado de São Paulo, autoriza essa assertiva.

Merece registro também outra característica das organizações criminosas: "a utilização de meios de violência para intimidação de pessoas ou exclusão de obstáculos, com imposição do silêncio que assegure a clandestinidade, ocultação e impunidade das ações delituosas praticadas".¹⁴

O medo de retaliação é, sem dúvida, um grande obstáculo. Ele afasta não só a possibilidade de se obter relatos importantes de testemunhas, como também impede a delação dos envolvidos no grupo organizado. E, nestas situações, o integrante da organização não confia nem mesmo em eventual proteção do Estado,¹⁵ posto que ele acredita que irá morrer, caso relate as atividades criminosas em que esteve envolvido.

Por fim, todas essas considerações são mais que suficientes para evidenciar e acentuar a preocupação com a investigação criminal no âmbito do crime organizado.

Não foi por outro motivo que, no mundo inteiro, como se verá mais adiante, houve preocupação de se adequar a legislação processual penal a uma nova realidade, notadamente no que diz respeito aos meios de investigação criminal. Com destaque, houve e ainda há na legislação mundial uma tendência de potencializar os meios e os poderes do responsável pela investigação criminal; tudo para que o crime cometido por organização criminosa possa ser cabalmente esclarecido. E em razão dessa evolução legislativa mundial, houve um combate sistemático em vários países à criminalidade organizada, que persiste nos dias de hoje.

Indiscutivelmente, diante da presença dos crimes cometidos por delinqüentes profissionais, integrantes de verdadeiras empresas criminosas, a análise da investigação criminal ganha outra dimensão, muito mais exigente, muito mais árdua. Definitivamente, o modelo atual de investigação criminal só serve para satisfazer a impunidade dos grandes e organizados criminosos. Por isso, não só o legislador deve procurar aprimorar os meios investigatórios, mas, sobretudo, desde ontem, deve o promotor de justiça criminal, sem prejuízo do trabalho investigativo da Polícia Judiciária, acompanhar e orientar todos os atos tendentes ao esclarecimento de um delito cometido por grupos organizados, seja através de procedimento ministerial, seja através do inquérito policial.

3. A atuação do Ministério na investigação criminal

De acordo com a Constituição Federal (LGL\1988\3) da República, o Ministério Público é o órgão encarregado de iniciar e movimentar a ação penal pública, além de defender os interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e sociais (arts. 127 e 129 da CF (LGL\1988\3)).

Cumpramos lembrar a atuação do Ministério Público na área criminal *antes* do advento da Constituição

Federal (LGL\1988\3) da República de 1988, comparando-a com a atual postura, com o objetivo de rever os reais objetivos ministeriais na área criminal.

Permanece na mente de todo bacharel em direito que a origem da atuação do Ministério Público ocorreu na área penal e, durante muito tempo, ao menos até antes da promulgação da atual Constituição Federal (LGL\1988\3), foi no âmbito criminal que as principais atividades ministeriais estiveram centralizadas. De fato, no exercício de uma parcela da soberania do Estado, o Ministério Público era conhecido e reconhecido, tão-somente, como o titular e o responsável pela ação penal. À figura do promotor de justiça atribuía-se o papel do "condenador implacável" e do "coleccionador de penas", isto exatamente em razão de sua veemente atuação na área criminal.

Como dito, após o advento da Constituição Federal de 1988, ampliou-se significativamente a legitimidade ativa do Ministério Público. A partir de então, foi na defesa intransigente dos interesses indisponíveis, difusos e coletivos, relacionados com o patrimônio público, com a improbidade administrativa, com o meio ambiente, direito do consumidor etc. que o Ministério Público passou a melhor organizar-se e a priorizar sua atuação. E foi nessa área que o *Parquet* resgatou sua imagem social de representante do povo e defensor da comunidade. Nas áreas mencionadas, o promotor de justiça aproximou-se do cidadão e das entidades públicas e privadas de um modo geral, passando a receber diretamente destes seus reclamos através de inúmeras representações.

Os Ministérios Públicos dos Estados, notadamente o de São Paulo, criaram as Promotorias de Justiça da Cidadania, da Habitação, do Consumidor, do Meio Ambiente, do Deficiente Físico, da Infância e Juventude e do Idoso, as quais passaram a proteger os interesses indisponíveis em suas respectivas áreas, instaurando inquéritos civis com fundamento na Lei 7.347/85, e propondo ações civis públicas, instruídas com elementos de convicção obtidos pelo próprio promotor de justiça. Regulamentou-se, em seguida, o trâmite do inquérito civil público, sendo que, no Estado de São Paulo, por força do Ato 19/94 - CPJ, de 25.02.1994, por exemplo, ao arquivar um inquérito civil público, o promotor de justiça tem que submeter sua manifestação à homologação do C. Conselho Superior do Ministério Público.

E tem sido nessa área de atuação - a defesa dos direitos difusos e coletivos - que o Ministério Público tem conseguido cumprir efetivamente sua missão maior de representar os interesses coletivos e difusos da sociedade.

Conquanto seja verdade que o Ministério Público jamais deixou de atuar na área penal, através das Promotorias de Justiça Criminais, é inapelável reconhecer que hoje essa função institucional não tem sido o suficiente para atender aos interesses e anseios da sociedade, relacionados com a questão da segurança pública do Estado, mormente no combate à criminalidade organizada.

Forçoso reconhecer que as Promotorias de Justiça Criminais, como um todo, ordinariamente, têm iniciado a ação penal com fulcro nas informações colhidas em autos de inquéritos policiais e, em juízo, têm tentado, unicamente, confirmar tais elementos de prova. Ao mesmo tempo, pouco tem sido feito como contribuição ao aperfeiçoamento da Polícia Judiciária. Esse quadro, indubitavelmente, favorece o cuidadoso agente do crime, que constitui advogado para acompanhar de perto todos passos das investigações policiais e, normalmente, cuida de tentar desviar a investigação a favor de seus interesses.

A Constituição Federal (LGL\1988\3) concedeu ao Ministério Público o controle externo da polícia. Porém, *data maxima venia*, esse poder-dever não resolveu o problema da corrupção policial. Tampouco houve significativo aprimoramento da persecução penal.¹⁶ A criminalidade organizada, após o advento do controle externo, não está sendo combatida de maneira mais eficaz.

Esse modelo tradicional da atuação ministerial, efetivamente, não tem servido para o combate à criminalidade.

4. A imprescindibilidade do Ministério Público no combate ao crime organizado

Inegavelmente, a questão relacionada com a segurança pública e a atuação do *representante da sociedade* na área criminal não podem mais prescindir de relacionar-se com a investigação das organizações criminosas.

No Ministério Público do Estado de São Paulo criou-se, em 1995, o Gaeco - Grupo de Atuação

Especial de Repressão ao Crime Organizado¹⁷ - que passou a ser integrado por promotores de justiça criminais especialmente designados pelo Sr. Procurador-Geral de Justiça.

Nesse passo, cumpre registrar que a polícia civil do Estado de São Paulo demorou muito para reconhecer a existência do crime organizado entre nós. Essa afirmativa pode ser constatada através dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI da Assembléia Legislativa que, em 1995, reuniu-se para discutir a questão do crime organizado; naquela oportunidade, o então delegado geral de polícia negou a existência de organizações criminosas entre nós; esse fato mereceu o registro na obra de Guaracy Mingardi.¹⁸ Em 1996, ainda como promotor de justiça na Comarca de Campinas, ao participar de um debate comemorativo dos 20 anos de existência de um noticiário matutino de uma emissora de televisão, o então delegado regional de polícia de Campinas também sustentou a inexistência do crime organizado em Campinas e no Estado de São Paulo. Pouco depois, em 1999, através da atuação da CPI do Narcotráfico em Campinas, criada na Câmara dos Deputados Federais, ficou revelado que a região metropolitana dessa cidade reunia o pólo de destaque da atuação do crime organizado e da lavagem de dinheiro.

Essa demora da polícia civil em reconhecer a atuação do crime organizado como sendo um dos fatores responsáveis pelos altos índices de criminalidade no Estado associada ao distanciamento do Ministério Público possibilitaram uma melhor estruturação por parte das organizações criminosas. Assim, não é à toa, resta ainda muito para o combate ao crime organizado.

Como se isso já não fosse o bastante, necessário ainda admitir que, de uma forma geral, a polícia civil não instrui inquéritos policiais voltados a identificar responsáveis por organizações criminosas. No Estado de São Paulo, mesmo através dos Departamentos Especializados da Polícia Civil, como o Denarc, Depatri, Dhpp etc., ainda têm sido poucas as ações penais propostas contra delinquentes responsáveis pelas organizações dos delitos e seus esquemas de atuações.

Graves delitos são investigados e, muitas vezes, perigosos criminosos são surpreendidos e detidos. Contudo, a investigação policial, na maioria das vezes, não transcende da pessoa que está sendo surpreendida. E, assim, a organização criminosa atuante no crime acaba não sendo identificada.

Ao mesmo tempo, necessário reconhecer também que, graças ao profissionalismo que se tem tentado implantar nas diferentes Secretarias de Estados da Segurança Pública, como a do Estado de São Paulo, a qual, com recursos modernos de informática, tem mapeado os locais e horários de alguns dos principais crimes ocorridos na capital e nas grandes cidades, tem havido um aprimoramento na atividade de policiamento ostensivo. Há um visível aumento no número de pessoas presas.¹⁹

Assim, as prisões são efetuadas com freqüência e quase todos os dias temos notícias a respeito. Nesse passo, é costume ainda da mídia exibir policiais, civis e/ou militares, dando entrevistas ao lado de materiais apreendidos (drogas, armas etc.), no qual é sempre colocado às câmeras as insígnias de sua instituição. O sociólogo Guaracy Mingardi, de forma lúcida, afirma: "Quando é feita uma grande apreensão de armas ou drogas a imprensa mostra o material apreendido numa mesa, com o escudo da equipe na frente. Isto já virou padrão. Raramente se comenta que estas apreensões renderam um número relativamente pequeno de prisões".²⁰ Nestas situações tem-se a impressão de que a problemática criminal e a insegurança pública estão sendo resolvidas, o que não é real. A questão é que nessas ocorrências o indivíduo preso nunca é o responsável por uma atividade importante na organização.

A nova forma de atuação do Ministério Público, interessado e participativo na fase pré-processual, teve, talvez, como uma das passagens mais famosas o conhecido "Caso Bodega", no qual a polícia civil tinha responsabilizado e indiciado pessoas absolutamente inocentes, e foi a atuação paralela de um cuidadoso promotor de justiça criminal que, através de sua investigação, conseguiu elucidar a autoria do crime. Essa atuação investigatória do Ministério Público, vista no "Caso Bodega" - um caso marcado pela gravidade da prática delitiva e pela falta de atuação eficiente da polícia -, precisa ser constante.

Analisando ao seu modo, com muita lucidez, o Prof. Aury Lopes Júnior é enfático em concluir que o inquérito policial, de uma forma geral, está "em crise", da seguinte forma:

"O inquérito policial brasileiro é um bom exemplo de sistema de investigação preliminar policial,

inclusive porque reflete os graves problemas e desvantagens do sistema, a tal ponto que se pode falar *em crise do inquérito policial* e na urgente necessidade de modificações. Esta crise está materializada no fato de que as imperfeições do nosso sistema são de tal monta que sobre o inquérito policial só existe uma unanimidade: não satisfaz ao titular da ação penal pública, tampouco à defesa e resulta de pouca utilidade para o juiz (principalmente pela pouca qualidade e confiabilidade do material fornecido)" ²¹ (destaquei).

É fator gerador de dificuldade a situação de a investigação da Polícia Judiciária ter como alvo pessoa poderosa, influente e com trânsito nos Poderes da República. Não há como negar que o poder político ou econômico do investigado acaba abalando o sucesso da investigação policial. A uma porque a autoridade policial não goza da inamovibilidade e, assim, pode ser transferida a qualquer momento por designação de seu superior hierárquico, em face da investigação realizada. A duas, os agentes policiais são muito mais acessíveis à corrupção, não só pelo menor nível cultural, nomeadamente os carcereiros e investigadores de polícia, como também pelo baixo salário existente. ²²

A estreita e às vezes intensa conexão dos criminosos "empresariais" com o poder público acaba neutralizando e impedindo a investigação criminal dos delitos por eles cometidos. Este fenômeno tem propiciado a absoluta impunidade desses delinquentes, com raríssimas exceções.

Por esse motivo, Eugênio Raúl Zaffaroni afirma que "a principal fonte do crime organizado é o próprio Estado". ²³

Enfim, há, sem sombra de dúvidas, no tema, segurança pública e na investigação criminal, um vazio que tem conferido absoluta impunidade aos grandes criminosos, em suas diversas modalidades: os assaltantes - de cargas, carros, caminhões etc. -, os receptadores, os traficantes - drogas, armas, órgãos humanos e pessoas -, os lavadores de dinheiro, estelionatários de grandes fraudes e os políticos, *ladrões* do dinheiro público, que ocupam cargos nos Poderes da República.

Talvez tenha sido a *impunidade* ou o reconhecimento desse vazio na área da investigação criminal que inspirou o legislador, de forma inusitada e manifestamente inconstitucional, ²⁴ a atribuir ao juiz de direito a função de realizar, de ofício e secretamente, investigações criminais, nos termos do art. 3.º da Lei 9.034/1995. Essa função, inexoravelmente, viola o indispensável princípio da imparcialidade judicial. Eis o texto legal, o qual não se tem notícia de sua utilização:

"Nas hipóteses do inc. III do art. 2.º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a *diligência será realizada pessoalmente pelo juiz*, adotado o mais rigoroso segredo de justiça" (destaquei).

Em alguns países esse sistema de investigação é adotado. Em síntese, a figura do juiz de direito investigador ou instrutor consiste no poder-dever do magistrado de apurar, cabalmente, a prática criminosa, presidindo as diligências por ele determinadas. Não será a polícia e tampouco o Ministério Público quem dirigirá a instrução preliminar, mas, sim, o próprio magistrado.

De acordo com o magistrado português, José Mouraz Lopes, "o juiz de instrução é, no âmbito do processo penal, a autoridade judiciária com competência para proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito". ²⁵ Esse sistema é atualmente adotado na Espanha, sendo certo, entretanto, que lá o juiz que participa da colheita preliminar da prova está impedido de julgar, havendo divisão de atribuições entre o juiz da fase preliminar e o juiz da fase processual.

Essa sistemática, sem a menor dúvida, não é a melhor. Como bem enfatizou Aury Lopes Jr. ²⁶ "como principal inconveniente de que a instrução preliminar seja realizada por um juiz está a *estrutura inquisitiva do modelo*, que praticamente outorga a uma única pessoa as tarefas de investigar, acusar lato sensu (imputação) e inclusive defender, o que culmina por matar a própria posição de imparcial, de órgão suprapartes" (destaquei).

Os juristas portugueses, Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Monteiro Guedes Valente, após compararem vários modelos processuais penais, concluem que "a figura do Juiz de Instrução tem tido uma história conturbada" e as legislações de vários países, nomeadamente a França e a Alemanha, abandonaram o "imperativo da jurisdicionalização da investigação criminal". ²⁷

Ainda tratando da figura do juiz instrutor, no Estado de São Paulo, as Normas da Corregedoria da Justiça autorizam o juiz corregedor permanente da Polícia Judiciária presidir todas as investigações criminais relacionadas com as práticas delitivas cometidas por policiais civis. Em algumas comarcas, como a de Campinas, no Estado de São Paulo, o juiz corregedor da polícia, ao receber a notícia de um crime cometido por integrante da Polícia Judiciária, instaura um procedimento denominado "Providências Judiciais". Em São Paulo, os juízes corregedores do Dipo instauram procedimentos denominados "Processo", anotando na capa o tipo penal sob investigação.

Entretanto, a confirmar a pouca valia do sistema, poucos são os magistrados que se sentem à vontade para presidir tais procedimentos preliminares, colhendo pessoalmente os elementos de provas relativos aos crimes cometidos por policiais, por diversos motivos, dentre eles o fato de estarem preparando a prova para o Ministério Público usar no oferecimento da denúncia.²⁸ Na grande maioria das vezes, com exceções, é claro, os juízes requisitam inquéritos policiais para a apuração dos delitos praticados por policiais civis.

De qualquer forma, a Lei 9.034/95 e mesmo as Normas da Corregedoria da Justiça do Estado de São Paulo contrariam em cheio a tendência mundial de atribuir ao Ministério Público a função de dirigir, coordenar e zelar pela investigação criminal, além de haver manifesta afronta ao art. 129, I, da Constituição Federal (LGL\1988\3) da República e desrespeito ao elementar princípio do *ne procedat judex ex officio*.

Reproduzindo o que, de fato, acontece nos países europeus, Aury Lopes Jr. relata:

"Atualmente, existe uma tendência de outorgar ao Ministério Público a direção da investigação preliminar, de modo que o promotor investigador poderá obrar pessoalmente e/ou por meio da Polícia Judiciária (necessariamente subordinada a ele)"²⁹ (destaquei).

Rápida verificação da legislação mundial evidencia o acerto da afirmativa supratranscrita:

- Na *França*, é o promotor de justiça quem dirige o trabalho da Polícia Judiciária; esta, como instituição, não tem autonomia organizacional ou funcional, sendo certo que outras entidades administrativas também têm poderes de Polícia Judiciária (um exemplo, citado por José Manuel Damião da Cunha, é o Prefeito, Chefe do Executivo Municipal³⁰). Ao tomar conhecimento de um delito, a Polícia Judiciária não inicia sua investigação sem antes comunicar o Ministério Público, e, na medida em que as apurações avançam, o membro do Parquet recebe notícias de tudo o que foi elucidado. Enfim, a Polícia Judiciária tem o encargo de conhecer a prática criminal, investigar o ocorrido, buscando os elementos de provas da materialidade e autoria, enquanto cabe ao Ministério Público coordenar essa missão policial.³¹

- Em *Portugal*, a polícia está inserida como órgão auxiliar do Ministério Público³² e, portanto, assim como na França,³³ tem a direção de seu trabalho investigatório. Inclusive, já por duas vezes consecutivas, os dois últimos Chefes da Polícia Judiciária é um Procurador da República, nomeado em cargo de comissão para assumir a coordenação dos trabalhos policiais. O inquérito policial instaurado pela Polícia Judiciária deve ser enviado, periodicamente, através de cópias, ao órgão do Ministério Público competente pela investigação, sendo certo que o Procurador pode, a qualquer instante, avocar os autos.³⁴ Interessante a menção a Claus Roxin feita por José Manuel Damião da Cunha, quando afirma que a polícia ao praticar atos relativos ao inquérito age no exercício pleno de sua competência enquanto braço do Ministério Público, pois "o Ministério Público é uma cabeça sem mãos".³⁵

- Na *Espanha*, há também subordinação funcional da Polícia Judiciária, que é órgão auxiliar do Ministério Público. Este (e o juiz instrutor, conforme o caso) deve ser comunicado imediatamente sobre as atividades policiais. "Interessante é o conteúdo da Instrucción Normativa 2/1988, que trata da relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. Dispõe que os fiscais jefes (Procuradores do Ministério Público) devem despachar - pelo menos -, semanalmente, com os chefes da polícia, sobre assuntos que interessam ao Ministério Público, demonstrando com isso a importante cooperação e relação que deve existir entre os dois órgãos."³⁶ Outrossim, desde 1988, o legislador outorgou maiores poderes ao fiscal na fase pré-processual, embora ainda persista em alguns casos o sistema do juiz instrutor, dependendo da pena abstrata prevista no tipo penal.

- Na *Alemanha* o promotor de justiça tem também a polícia sob seu comando, em virtude de radical

alteração legislativa ocorrida em 1974, que antes contemplava o juiz como o investigador; o Ministério Público, além de fiscalizar o trabalho da polícia, também dirige sua tarefa de apurar o evento criminoso e isto ocorre mais efetivamente na criminalidade mais grave e nos crimes econômicos. De acordo com a monografia de José Manuel Damião da Cunha, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a Polícia Judiciária tem "um chamado direito de primeira intervenção (Recht des erstens Zugriffs), que consiste na obrigação de investigar factos penais e na possibilidade de tomar medidas que não admitem demora, com o dever, porém, de enviar imediatamente ao Ministério Público notícia de todas as suas actividades".³⁷ O mesmo autor ressalva e apresenta a realidade concreta do direito processual penal alemão: "o Ministério Público deveria ser no plano dos factos (e não só meramente de direito) o dominus desta fase processual. Na realidade, porém, este domínio é meramente aparente na grande massa da criminalidade. (...) todo o processo investigatório em geral está dominado pela polícia, a qual procede autonomamente a todas investigações que se mostrem necessárias, cabendo ao Ministério Público um papel de mero depositário dos autos produzidos pela polícia, decidindo, com base naquela actividade, sobre o futuro do caso".³⁸

- Na *Itália*, desde 1988, a polícia trabalha de acordo com a coordenação do juiz/promotor, vinculada que está orgânica e funcionalmente ao Ministério Público.³⁹ A Polícia Judiciária, ao tomar conhecimento de um crime, tem o prazo de 48 horas para transmitir a notícia integralmente ao Ministério Público, que deverá, a partir de então, dirigir a investigação criminal. Não adotou o legislador italiano o modelo francês, vez que a Polícia Judiciária, embora tenha suas particularidades, possui exclusividade funcional.⁴⁰

- Por fim, na *Bélgica*, igualmente, o Ministério Público fiscaliza e dirige o trabalho policial. A atividade da Polícia Judiciária é totalmente voltada ao posterior trabalho do Ministério Público de iniciar a ação penal pública.

Observamos, portanto, que na maioria dos sistemas processuais penais o juiz não exerce as funções de juiz instrutor, contudo é assente em todas as legislações internacionais o princípio da garantia judiciária,⁴¹ a qual é sempre preservada, mormente quando há uma tendência de se potencializar os poderes investigatórios dos órgãos encarregados pela segurança pública e pelo combate às organizações criminosas.

Infere-se, ainda, que, na maioria dos países, mesmo diante de uma Polícia Judiciária preparada e que se destaca pela técnica, os policiais, sob o aspecto funcional e não organizacional, estão sob o comando e coordenação de um promotor de justiça. Há, pois, um espírito de colaboração da Polícia Judiciária em fornecer os subsídios necessários à ação penal, de acordo com as indicações feitas pelo titular desta, o Ministério Público.

Não há mais como conferir absoluta independência da polícia ao órgão do Ministério Público, posto que a atuação da primeira deve estar em perfeita sintonia com os objetivos futuros do titular da lide penal.

Sem dúvida, o inquérito policial é, na maioria das vezes, um pressuposto para a propositura da ação penal. Em consequência, a direção e coordenação do inquérito, assim como a titularidade da ação penal, devem estar sob o encargo de uma única instituição.

E essa coordenação não pode ser traduzida como enfraquecimento do órgão policial. Mas, ao contrário, deve a Polícia Judiciária descobrir que, apoiando-se nas mãos orientadoras do Ministério Público, o trabalho policial fica mais prestigiado, mais forte, e distante de possíveis pressões políticas ou gestões de advogados, o que é muito comum no Brasil.

A legislação brasileira não outorga ao Ministério Público quaisquer vínculos de hierarquia com a Polícia Judiciária. O limite do Ministério Público está no controle externo da Polícia Judiciária⁴² (art. 129, VII, da CF (LGL1988\3)), não tendo a polícia como órgão subordinado.

Independentemente da posição legislativa atribuída à Polícia Judiciária, cabe ao Ministério Público priorizar, em todo o país, sua atuação na área criminal e combater efetivamente a criminalidade organizada que tanto tem abalado a ordem pública. E, para tanto, é imprescindível que, assim como ocorre nas Promotorias de Justiça voltadas à defesa dos interesses difusos e coletivos, haja pleno acompanhamento da investigação criminal por parte do promotor de justiça.

De fato, na área criminal, deve o Ministério Público estabelecer em seu Plano de Atuação o combate às organizações criminosas e, para tanto, a fim de que a previsão torne-se real, defendemos que o promotor de justiça deveria assumir a coordenação da investigação criminal.

Nesse modelo de atuação, o promotor de justiça criminal indica à autoridade policial os elementos de provas necessários para deduzir a acusação e para dismantlar o esquema criminoso. Os meios e a forma de produção dessas provas devem ser empregados pela Polícia Judiciária, vez que esse é seu mister, prescindindo, neste particular, da intervenção direta do promotor de justiça.

E é exatamente nesse sentido que tem atuado o Ministério Público praticamente em todos os países da Europa. Oportuno, pois, mencionar a didática interpretação ao Código Processual Penal português dada por José Manuel Damião da Cunha:

"Por outras palavras, se ao Ministério Público caberá definir o 'que' e o 'se' (que tipo de encargo), deve conceder-se aos órgãos de polícia criminal um poder de co-decisão quanto ao 'como' e, em certas situações, quanto ao 'quando' do cumprimento".⁴³

Mas não é só da Polícia Judiciária que deverá aproximar-se o Ministério Público para desempenhar, com êxito, a investigação criminal no âmbito do crime organizado.

Com efeito. Como antes foi visto, dentre as características sempre presentes numa organização criminosa, a diversidade da atuação e o fato de haver diferentes funcionários públicos envolvidos numa organização (policiais, políticos, fiscais etc.), é imprescindível que o promotor de justiça acione outras instituições para compor uma verdadeira equipe de investigação. Em outras palavras, torna-se imperiosa a criação de *Forças-Tarefas*.

Promotores de justiça, policiais civis e militares, fiscais e delegados tributários, peritos criminais, técnicos em informática e em cruzamento de dados ("Serviço de Inteligência Criminal"), todos especialmente designados para uma determinada missão, num trabalho conjunto e concentrado, cada qual em seu âmbito de atuação, terão muito mais chance de esclarecerem a atuação da organização criminosa.

Não temos dúvidas em concluir que a criação de *Força-Tarefa* é o meio mais eficaz para se combater o crime organizado!

E quando se afirma que cabe ao promotor de justiça assumir a coordenação da investigação criminal e, assim, do desempenho da *Força-Tarefa*, não se está querendo supervalorizar mais uma instituição e desprezar outra, tampouco eleger hierarquias entre profissionais. Com efeito, cabe ao promotor de justiça propor a ação penal, em decorrência da regra prevista no art. 129, I, da CF (LGL\1988\3) e art. 24 e seguintes do CPP (LGL\1941\8). Diante dessa legitimidade exclusiva para a propositura da ação penal, será o promotor de justiça quem poderá indicar as provas necessárias para a formação de sua *opinio delicti*, além de poder antever, desde o início da investigação, quais serão as futuras teses defensivas dos acusados, o que é muito importante para o sucesso da pretensão acusatória do Estado.

Dentre as diversas investigações criminais levadas a efeito pelo Gaeco, sem dúvida a que teve maior êxito foi aquela desempenhada pela "Força-Tarefa da Máfia dos Fiscais", que investigou os inúmeros crimes cometidos pelos funcionários públicos municipais e da Câmara Municipal de São Paulo. O trabalho integrado, despido de hierarquias institucionais, e intenso da polícia civil, do Gaeco, com a participação ainda de Procuradoras do Município e de representantes da Secretaria da Fazenda Estadual, teve o mérito de denunciar cerca de 100 (cem) funcionários públicos, dentre estes 7 (sete) vereadores da Câmara Municipal de São Paulo, sendo que mais de duas dezenas já foram condenados em primeira instância.

Embora a questão seja inquietante e geradora de polêmica - no Brasil a presença do promotor de justiça na investigação criminal ainda incomode muita gente, especialmente a maioria dos advogados criminalistas e alguns delegados de polícia - , não há mais como resistir quanto a necessidade do representante do Ministério Público estar à frente da investigação de organizações criminosas. Destacamos, sobretudo, que, neste tema, esse é o maior anseio da sofrida sociedade brasileira.

5. O procedimento investigatório do Ministério Público

À vista do distanciamento da Polícia Judiciária do órgão do Ministério Público, considerando ainda a já mencionada lacuna nas investigações criminais voltadas ao crime organizado, impõe-se, invariavelmente, a atuação direta do promotor criminal na fase pré-processual.

Essa tem sido a tendência da atuação ministerial em todo o Brasil. Melhor seria a investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária, de acordo com a orientação do promotor de justiça. Mas essa não é nossa realidade, o que tem provocado a instauração de procedimentos do próprio Ministério Público.

Como já mencionado, além de poder acompanhar o trabalho da Polícia Judiciária, o Ministério Público pode colher provas de fatos eleitos como importantes, colecionar depoimentos em seus gabinetes, arrecadar documentos etc. e propor ações penais com fundamento em simples peças de informações grampeadas numa denúncia.

No entanto, isso somente é possível na hipótese de se tratar de um fato criminoso sem qualquer complexidade.

Realmente, muitas vezes propõe o promotor de justiça denúncia com poucos depoimentos instruindo a futura ação penal, sem o acompanhamento do inquérito policial, ou seja, com poucas peças de informações, com fundamento no § 1.º do art. 46 do CPP (LGL\1941\8).

Ocorre que nas investigações relacionadas com organizações criminosas não será possível instruir uma denúncia com singelas peças de informações. Haverá necessidade de se instaurar um procedimento administrativo do Ministério Público⁴⁴ para conferir maior legitimidade e transparência à atividade ministerial; além disso a complexidade da investigação recomendará maior organização no trabalho do promotor de justiça criminal.

Esse procedimento administrativo, no Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado - Gaeco do Ministério Público do Estado de São Paulo, é denominado *procedimento investigatório*. E com essa denominação será doravante tratado.

O procedimento investigatório não deve ter como meta a apuração de qualquer infração penal, mesmo porque normalmente não há tempo livre para assuntos não importantes. Deve sim o procedimento investigatório ser instaurado para viabilizar a deflagração da ação penal nos crimes em que há a atuação de organização criminosa, ou seja, quando esteja presente a macrocriminalidade, preferencialmente. Nesta área, como já se disse, há uma carência da atuação dos órgãos do Estado e, portanto, cumpre ao promotor de justiça criminal zelar por essa investigação, a fim de assegurar a paz social e a segurança pública.

Essa aliás foi a tônica do artigo redigido por Hugo Nigro Mazzilli, endereçado a todos os promotores de justiça criminais, sob o título *Propostas de um novo Ministério Público*:

"À vista dos bons frutos da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), o Ministério Público precisa voltar-se mais à atividade investigatória, como o faz na área civil por meio do inquérito civil (...) Também na área penal deve o Ministério Público conquistar espaços, não para assumir os trabalhos policiais, mas sim para conduzir algumas investigações, até mesmo de caráter criminal, devendo estas recair especialmente sobre os casos em que a polícia não tenha possibilidade, conveniência ou interesse em fazê-lo, como quando estejam envolvidas autoridades governamentais que controlam a ação da polícia, ou quando estejam envolvidos os próprios policiais, ou quando estejam envolvidas pessoas que tenha força econômica, política ou social suficiente para impedir ou interferir nas investigações"⁴⁵ (destaquei).

Contudo, existirão casos em que não há justa causa ainda para a instauração de um procedimento investigatório, já que a *notitia criminis* é ainda vaga, imprecisa e sem detalhes sobre a prática criminosa, como geralmente ocorre numa denúncia anônima. Nestes casos, também afigura-se como inviável o pronto arquivamento das peças de informação, vez que exige-se, ao menos, uma verificação da veracidade da informação enviada ao Ministério Público. Nessa hipótese, recomenda o Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo (Ato 168/98 - PGJ-CGMP, de 21.12.1998), em seu art. 11, o seguinte:

"Art. 11. Ao tomar conhecimento por meio de carta anônima ou pela imprensa da prática de crime de ação pública, convocar a vítima ou seu representante legal para confirmar o fato antes de requisitar a

abertura de inquérito policial."

Essa verificação prévia, mencionada no artigo supratranscrito, no Gaeco deliberou-se denominar de Procedimento Preparatório (ou "PP"). Neste serão confirmados, ou não, os termos da denúncia vaga encaminhada ao Ministério Público, e haverá o objetivo de esclarecer, definitivamente, o fato criminoso mencionado. Se houver verossimilhança na *notitia criminis*, dever-se-á instaurar o procedimento investigatório, ou seja, transformar o procedimento preparatório em investigatório, baixando-se portaria inaugural com a indicação do fato criminoso, com o correspondente artigo que contempla a hipótese, o nome do investigado e quais as primeiras diligências serão ordenadas.

A fim de conferir transparência e impor ordem ao trabalho, é imperioso haver um livro de registro dos procedimentos instaurados, tanto para o investigatório como também para os preparatórios. Aliás, essa cautela também é recomendada no Manual de Atuação Funcional dos promotores de justiça do Estado de São Paulo, no art. 108:

"Art. 108. O procedimento será instaurado por termo de abertura, com numeração em ordem crescente, renovada anualmente, autuado e registrado em livro próprio, e deverá necessariamente conter:

I- a descrição do fato objeto de investigação ou esclarecimentos e o meio pelo qual se tomou conhecimento do mesmo;

II- o nome e a qualificação do autor da representação, se for o caso;

III- a determinação das diligências iniciais."

Todos os procedimentos investigatórios deverão observar rigorosamente todas essas cautelas, sendo que o rigor na forma confere, sem dúvida alguma, maior transparência e permite ao próprio investigado uma melhor visão daquilo que foi feito na fase pré-processual. E nisto os promotores de justiça têm sido, realmente, exigentes.

Por outro lado, defendemos a previsão expressa do procedimento investigatório no Código de Processo Penal (LGL\1941\8).

Atualmente o procedimento investigatório conta com previsão expressa em legislação interna: o Ato n. 98/99 - PGJ e o Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo, previsto através do Ato 168/98 - PGJ - CGMP. Ambos, no entanto, não dispõem de regulamentação suficiente, tal como o prazo de encerramento da investigação criminal.

Com relação ao prazo, tem sido aplicada a regra prevista no art. 113 do Manual, que concede 90 dias para encerramento do procedimento administrativo (*o manual não usa a denominação procedimento investigatório*), prorrogável, se necessário, por igual período.

A investigação que se realiza no procedimento investigatório não conta com o controle do judiciário, tal como acontece com o inquérito civil, havendo, pois, a possibilidade de a fiscalização ser feita pelo próprio órgão superior do Ministério Público, tal como ocorre com o retromencionado inquérito civil.

Ainda quanto ao prazo para se encerrar o procedimento investigatório, a investigação do Ministério Público já vem sendo criticada, como se vê abaixo:

"As deficiências do controle de prazos de encerramento, associadas à absoluta ausência de previsão legal de controle judicial sobre o inquérito civil, têm permitido que procedimentos investigatórios, algumas vezes instaurados sem qualquer fundamento fático relevante, se arrastem durante anos nos armários das Promotorias." ⁴⁶

6. Fundamento legal do procedimento investigatório

A análise da fundamentação jurídica que embasa a existência do procedimento investigatório do Ministério Público reveste-se de importância, porque, invariavelmente, para não dizer sempre, os defensores alegam a impossibilidade de o promotor de justiça agir como investigador. O tema, na verdade, aos poucos vem sendo superado pela doutrina e pela jurisprudência, as quais não vacilam em confirmar a possibilidade de o *Parquet* investigar. Não obstante, existe dentro do Ministério Público uma resistência muito grande de vários promotores de justiça criminais, que ainda

resguardam em suas atuações vínculos com a forma tradicional de se trabalhar e negam-se em instaurar procedimentos administrativos.

Destarte, oportuno mencionar que, freqüentemente, nas investigações criminais procedidas pelo Gaeco de São Paulo, advogados afirmam:

" ... Não é função institucional do Ministério Público pôr-se a campo para realizar investigações."

"... O procedimento investigatório do Ministério Público é ilegal."

"... Ao agir como se delegado de polícia fosse, o promotor de justiça do Gaeco cometeu o crime de usurpação de função pública."

Às vezes, a discussão sai da órbita jurídica e busca-se, por meio de ironia, o desrespeito, como pode ser visto no discurso abaixo de um advogado criminalista paulista:

"Tem o Ministério Público Estadual (em São Paulo) praticado condutas atrabiliárias, pondo-se alguns de seus mandatários (em minoria, felizmente) em poses cômicas, fumando charutos à moda de detetives de histórias em quadrinhos, nas capas de revistas de circulação nacional."⁴⁷

Registramos também que inúmeros *habeas corpus* - nenhum com êxito - já foram impetrados por pessoas investigadas através de procedimentos investigatórios do Ministério Público, visando sempre o trancamento, seja da ação penal, seja do procedimento que a antecedeu.

A polícia civil, em todo o país e de um modo geral, também não aceita a atividade de investigação na fase pré-processual por parte do promotor de justiça.

Essa não aceitação pode ser atestada através das várias ações diretas de inconstitucionalidade interpostas pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - Adepol perante o E. STF, nas quais foi alegada a absoluta impossibilidade do Ministério Público criar Promotorias de Justiça especializadas em investigações criminais e, conseqüentemente, instaurar procedimentos investigatórios em seu âmbito de atuação.

Muito embora o STF tenha negado êxito nas ações movidas pela Adepol, a investigação criminal presidida pelo promotor de justiça, através de procedimentos investigatórios ainda continua sendo objeto de muita controvérsia e ataques jurídicos, notadamente porque diversos advogados, denominados como juristas renomados, defendem a ilegalidade dos procedimentos ministeriais. Alguns Tribunais dos Estados brasileiros, em posição isolada, também rechaçam a possibilidade do promotor de justiça atuar na investigação criminal. Veja-se, como exemplo, a decisão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Goiás, no HC 11651-5/217, de 16.08.1993.

Mais recentemente, em resposta a uma requisição ministerial feita pelo Gaeco, num dos procedimentos investigatórios, em dezembro de 2000, na qual pretendia colher o depoimento de um delegado seccional de polícia, o Delegado de Polícia Diretor do Deinter 2 (Departamento de Polícia Judiciária de São Paulo do Interior - 2 - Campinas), argumentou o seguinte:

" ... forçoso mencionar que, no rol das atribuições inerentes ao Ministério Público, não se insere a realização de atos de investigação policial - é bem verdade que o art. 104, I, a, da Lei Estadual 734/93, autoriza o membro do Parquet a expedir notificações, visando à coleta de depoimentos ou esclarecimentos; contudo, não se olvide que tal faculdade restringe-se unicamente à hipótese de instrução do inquérito civil e de outros procedimentos administrativos que lhe sejam pertinentes...

Aliás, nem poderia ser de maneira diversa, haja vista que o art. 144, § 4.º, da Constituição Federal (LGL\1988\3), assegura, com exclusividade, à polícia civil, as funções de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais.

... as atribuições da Polícia Judiciária obstam o atendimento à pretensão ministerial expendida no ofício requisitório declinado."

A questão reclama discutir se há exclusividade da Polícia Judiciária para a titularidade da investigação criminal através do inquérito policial.

A fundamentação legal não reside num único argumento, como se verá a seguir.

Não se questiona a exclusividade do Ministério Público para promover a ação penal pública, diante dos expressos termos do art. 129, I, da CF (LGL\1988\3) e da limitação do âmbito de atuação da polícia civil preconizada pelo mencionado § 4.º do art. 144 também da Carta Magna (LGL\1988\3). É indiscutível que cabe ao órgão do Ministério Público oferecer denúncia e assumir, privativamente, todos os demais atos processuais, representando o Estado.

Ora, se cabe ao Ministério Público iniciar e propor a pretensão acusatória do Estado, através da apresentação da *denúncia*, a toda evidência, não se pode exigir que sua iniciativa esteja atrelada, vinculada e sempre dependente à existência prévia da investigação realizada sob a presidência de um Delegado de Polícia, ou seja, sempre dependente do inquérito policial, que seria sempre fundamento e embasamento da denúncia. Em outras palavras, o primeiro argumento forte consiste na legitimidade exclusiva para o início da ação penal pública ter como decorrência lógica e inseparável o poder de investigação.

Como é sabido a polícia civil tem relutado em admitir a tese aqui exposta.⁴⁸ E numa das ações diretas de inconstitucionalidade interposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - Adepol, o então combativo Procurador-Geral de justiça, Dr. Luiz Antonio Guimarães Marrey, argumentou exatamente o poder de investigação do promotor de justiça criminal como um *poder implícito*, sem o qual restaria esvaziada sua função. Eis a argumentação, que foi acolhida pelo E. STF:

"... nada impede - e, antes, tudo recomenda - que o titular da ação penal se prepare para o exercício responsável da acusação. Como já se observou, há nessa hipótese um poder implícito, inerente ao seu específico papel na persecução penal: ninguém ignora que a lei, quando confere a um Poder ou órgão do Estado competência para fazer algo, implicitamente lhe outorga o uso dos meios idôneos. 'It is not denied that power given to the government imply the ordinary means of execution', escreve Franklin H. Cook, que acrescenta: 'The government which has a righth to do na act, and has imposed on it the duty of performing that act, must, according to the dictates of reasons, be allowed to select the means'" (destaquei).⁴⁹

De fato, se a Lei Maior concedeu ao Ministério Público a função de dar início à ação penal, sendo esta sua atividade-fim, implicitamente, por óbvio, concedeu-lhe também os meios necessários para o alcance de seu objetivo, caso contrário seu encargo constitucional nem sempre poderia ser cumprido.

Se houvesse a imperativa inércia do promotor de justiça criminal e sua impossibilidade de investigar os fatos, ficando sempre na dependência do trabalho da Polícia Judiciária, como poderia o Ministério Público cumprir sua função constitucional de *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia*, como prescreve o art. 129, II, da CF (LGL\1988\3)? Como poderia defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, previstos no art. 127, caput, da mesma Constituição?

É, pois, com facilidade que se pode dizer ser impossível assegurar ao Ministério Público o importante e árduo encargo de cuidar da ordem jurídica, outorgado pela Constituição, se sua atuação, ao menos na esfera criminal, estivesse sempre vinculada à investigação de terceiros, especialmente da Polícia Judiciária. É que quem deve zelar pelos direitos assegurados na Constituição Federal (LGL\1988\3) e proteger o regime democrático tem que exercer essa enorme responsabilidade *pessoalmente*, sem influências, devendo reunir elementos de prova, sponte sua, diretamente, sem depender de mais ninguém.

Seria inviável ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e pelos direitos assegurados na Constituição, bem como iniciar a ação penal com equilíbrio e com certeza da *opinio delicti*, sem ter o poder de investigação.

De outra parte, é inafastável que o tema segurança integra o conceito do regime democrático e configura um dos serviços de relevância pública. Daí, inapelavelmente, cabe também ao Ministério Público zelar pela segurança pública, já que, com esta frágil ou comprometida, a vida do cidadão torna-se arriscada, restando desprotegidos os direitos assegurados na Constituição Federal (LGL\1988\3).

Ademais, a segurança pública é "dever do Estado, direito e responsabilidade de todos" e "é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio", conforme assegurou a Constituição Federal (LGL\1988\3) em seu art. 144, *caput*.

Ou, ainda, "segurança pública não é só questão de polícia" - afirmação feita pelo eminente Walter Fanganiello Maierovitch em sua palestra proferida no "I Congresso Mundial do Ministério Público", ocorrido em setembro de 2000 na Capital de São Paulo.

Outrossim, como é cediço, a atuação de organizações criminosas compreende a corrupção de funcionários públicos e, com muita ênfase, a de policiais civis e militares. De acordo com os estudos feitos pelo sociólogo Guaracy Mingardi, na obra já citada, *O Estado e o crime organizado*, mais de dois terços dos policiais civis do Estado de São Paulo recebem propinas de criminosos. Parcela significativa desse índice está envolvida com a criminalidade organizada, especificamente com o comércio de drogas e roubos a bancos.

Se é certa a existência de policiais no meio criminoso organizado, não há dúvidas também que esse quadro real coloca em risco a segurança pública e os serviços de relevância pública, exigindo por parte do Ministério Público providências sempre urgentes e rigorosas, notadamente pela inércia institucional do Poder Judiciário, que na grande maioria das vezes limita-se a colher a informação do crime e enviá-lo ao Setor da Corregedoria da própria polícia civil ou militar.

Oportuno voltar a citar os ensinamentos do renomado Hugo Nigro Mazzilli, que enfatiza a necessidade de haver um equilíbrio perfeito entre a atuação ministerial e a defesa do regime democrático, para que a segurança pública seja alcançada:

"A manutenção da ordem democrática e o cumprimento das leis são condições indispensáveis à existência de respeito e ao estabelecimento da paz e da liberdade entre as pessoas. Há, pois, uma íntima relação, delimitada em lei, entre o equilíbrio da vida social e o fiel exercício das funções próprias do Ministério Público."⁵⁰

O mesmo Hugo Nigro Mazzilli, agora em seu *Manual do promotor de justiça*, advertiu: "se não se admitisse a possibilidade de apuração autônoma de crimes (...) haveria grave risco de inviabilizar-se, em certos casos, a apuração administrativa de algumas infrações penais".⁵¹

A confirmar essa tese, a própria Constituição Federal (LGL\1988\3) encarregou-se de prever a possibilidade de o Ministério Público instaurar procedimentos administrativos e expedir notificações, requisitar informações e documentos para instruir seu procedimento, na forma que dispuser a lei complementar respectiva (art. 129, VI, da CF (LGL\1988\3)).

Entendemos, então, que ao conferir ao Ministério Público o encargo de proteger o regime democrático e, por conseguinte, do dever de cuidar da segurança pública, o mesmo legislador constituinte disponibilizou o instrumento através do qual o *munus* ministerial poderá se valer: o procedimento administrativo do Ministério Público.

De todo aplicável aqui o popular e comezinho princípio de que "quem pode o mais, pode também o menos", consoante lembrança feita por Marcellus Polastri Lima.⁵² Se foi atribuído o poder de requisitar inquérito policial e diligências investigatórias à Polícia Judiciária (art. 129, VIII, da CF (LGL\1988\3)), que é o *mais*, também é inafastável o menos, ou seja, colher as provas em seu próprio procedimento administrativo, prescindido do trabalho da polícia, a fim de formar sua convicção e possibilitar a propositura da ação penal.

Aliás, sempre quando um delito grave causa grande repercussão social, revelando complexidade e a presença de policiais na prática criminosa, há sempre o anseio popular de ter um promotor de justiça acompanhado, ao menos, da investigação criminal dos fatos. E isso ocorre devido a vinculação da imagem do promotor público com a garantia da defesa da ordem jurídica. Essa imagem precisa, destarte, ser justificada com muita ênfase! E nessas situações, o promotor de justiça criminal deve sempre se fazer presente. Essa tem sido, inclusive, a constante política do Ministério Público do Estado de São Paulo, o qual, através do Sr. Procurador-Geral de Justiça, sempre há designação de um promotor de justiça para acompanhar investigação criminal de cunho relevante.

Mas o fundamento legal para a instauração do procedimento investigatório do Ministério Público não decorre apenas da sua inquestionável legitimidade para a ação penal, a qual exige, mesmo que

implicitamente, o poder investigatório.

A interpretação da Constituição Federal (LGL\1988\3) permite concluir pela inexistência de exclusividade para a Polícia Judiciária investigar as infrações penais. Assim dispõe a Constituição Federal (LGL\1988\3):

"Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

IV - polícias civis;

(...)

§ 4.º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares."

A toda evidência, tais dispositivos constitucionais não conferem exclusividade às polícias, em seus diferentes âmbitos de atuação, o poder de investigação, muito embora esse fosse seu desejo. Basta mera leitura do § 4.º do art. 144 da CF (LGL\1988\3) para essa conclusão. O constituinte não afirmou que às polícias civis incumbem, privativamente, as funções de polícia judiciária.

Vale transcrever a ementa de um julgado que apreciou esse tema em razão de recurso interposto por pessoa investigada diretamente pelo promotor de justiça:

"Inocorre irregularidade na instauração de ação penal com base em procedimento administrativo promovido por promotor de justiça para apurar fatos que envolvem integrantes da polícia civil, uma vez que a Constituição Federal (LGL\1988\3), em seu art. 144, ao contrário do que dispõe em relação à polícia federal, não confere exclusividade às funções de polícia judiciária atribuídas às polícias civis, e ademais a lei orgânica nacional do Ministério Público, bem como a estadual, atribuem expressamente a esse órgão competência para instaurar inquéritos civis e procedimentos administrativos pertinentes" ⁵³(destaquei).

Ainda com destaque o inc. VI do art. 129 da CF (LGL\1988\3), que reza ser função institucional do Ministério Público: "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva". Como se vê, o mesmo legislador constituinte, que atribuiu à Polícia Judiciária o dever de investigar as infrações penais, conferiu, ao mesmo tempo, ao Ministério Público a faculdade de instaurar procedimentos investigatórios, na forma de sua Lei Orgânica respectiva.

Trata-se, pois, de competência concorrente.

Para ilustrar e confirmar essa questão, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, após invocar o mesmo art. 129, VI, da CF (LGL\1988\3), consagrou, mais uma vez, o entendimento no sentido de que "o Ministério Público é, sim, instituição com competência para produzir provas e colher elementos que lhe permitam formar a convicção necessária para o oferecimento da denúncia com todos os elementos necessários, arrolados no art. 41 do CPP (LGL\1941\8). Destarte, não é, portanto, possível decretar a nulidade do processo e determinar o conseqüente trancamento da ação penal, sob esta fundamentação". ⁵⁴

O E. TJRS também já firmou o seguinte entendimento:

"Ministério Público. Condução de investigação pré-processual. Cabimento. A investigação criminal não é exclusiva da polícia judiciária estadual, estando claro na Constituição que também o Ministério Público pode proceder a investigações, o mesmo se podendo dizer da instância administrativa nos diversos poderes do Estado (processos administrativos, CPIs etc.)." ⁵⁵

O respeitado TJSP, através do eminente Des. Gentil Leite, também tem igual precedente:

"Constrangimento ilegal - Não caracterização - Denúncia baseada em sindicância administrativa -

Sindicância instaurada junto à Vara da Corregedoria da Polícia Judiciária - Irrelevância - Representante do Ministério Público que não quis valer-se do inquérito policial por ser o paciente delegado de polícia - *Habeas corpus* denegado".⁵⁶

Dissertando sobre o mesmo tema, o mestre José Frederico Marques é enfático:

"Além da Polícia Judiciária, outros órgãos podem realizar procedimentos preparatórios de investigação, conforme está previsto, de maneira expressa, pelo art. 4.º, parágrafo único, do CPP (LGL\1941\8)." ⁵⁷

Novamente Hugo Nigro Mazzilli, sempre didático e lúcido, fulmina:

"... enquanto a Constituição deu exclusividade à Polícia Federal para desempenhar as funções de Polícia Judiciária da União, o mesmo não se fez quanto à polícia estadual (cf. art. 144, § 1.º, IV, e § 4.º); de outro, o Ministério Público tem poder investigatório previsto na própria Constituição, poder este que não está obviamente limitado à área não penal (art. 129, VI e VIII). Seria um contra-senso negar ao único órgão titular da ação penal pública, encarregado de formar a *opinio delicti* e promover em juízo a defesa do *jus puniendi* do Estado soberano ... a possibilidade de investigação direta de infrações penais, quando isto se faça necessário." ⁵⁸

Reclama, portanto, a própria Constituição Federal (LGL\1988\3), já desde 1988, que o Ministério Público assumira seu papel. E, neste tema, vem encontrando o necessário da doutrina e da jurisprudência.

De outro prisma, as Leis Orgânicas, no âmbito Federal e Estadual, especificamente a do Estado de São Paulo, conferem legitimidade ao promotor de justiça para instaurar procedimentos investigatórios.

No âmbito estadual, a LC 734/93, em seu art. 104, VIII, prescreve:

"Art. 104. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e ...

(...)

VIII - praticar atos administrativos executórios de caráter preparatório."

E a mesma regra também foi prevista na Lei Orgânica Federal do Ministério Público (art. 26, V).

No Estado de São Paulo, de forma pioneira, através de Ato 098/96, de 30.09.1996, do Sr. Procurador-Geral de Justiça, foram disciplinados os mecanismos e os procedimentos a serem adotados durante o controle externo da Polícia Judiciária, bem como foi mencionada a necessidade de se instaurar procedimento administrativo específico da Promotoria de Justiça, sempre que houver a constatação de falha ou irregularidade no trabalho da polícia judiciária.

Diante da legislação federal e estadual vigentes, a lei faculta ao promotor de justiça ter em seu gabinete livros de registros dos procedimentos investigatórios instaurados, que servirão de fundamento para a propositura da ação penal. Voltando a citar o Gaeco, do Ministério Público do Estado de São Paulo, há um cartório que cuida de todos esses registros.

De outro plano, é mesmo indubitável a prescindibilidade do inquérito policial para o início e propositura da ação penal, muito embora ainda encontremos parcela radical e conservadora do Poder Judiciário, minoritária, é verdade, mas que já deixou de receber denúncias ofertadas pelo promotor de justiça, sem apoio na investigação policial, como foi o caso dos autos do Processo-Crime 679/95, que tramitou perante a 3.ª Vara Criminal de Campinas - São Paulo, onde o magistrado ficou claramente indignado com a ausência do inquérito policial. ⁵⁹

O próprio Código de Processo Penal (LGL\1941\8), em mais de uma vez, não deixa dúvidas da dispensabilidade do inquérito policial. Assim, prescreve o § 5.º do art. 39:

"O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito policial, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia

no prazo de 15 dias."

No mesmo sentido o art. 46, § 1.º, do CPP (LGL\1941\8):

"Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data que tiver recebido as peças de informação ou a representação."

A doutrina acompanha o mesmo entendimento. Fernando da Costa Tourinho Filho leciona que:

"... desde que o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) tenha em mãos informações necessárias, isto é, os elementos imprescindíveis ao oferecimento de denúncia ou queixa, é evidente que o inquérito será perfeitamente dispensável." ⁶⁰

Mas não é só o Código de Processo Penal (LGL\1941\8) que dispensa o inquérito policial, a Lei 8.069/90 - ECA (LGL\1990\37) - Estatuto da Criança e do Adolescente (LGL\1990\37), no art. 201, VII, prevê a possibilidade do promotor de justiça instaurar sindicâncias e investigar os atos infracionais praticados, como um trabalho paralelo e independente da atuação da polícia judiciária:

"Art. 201. Compete ao Ministério Público:

(...)

VII - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude."

A Lei de Abuso de Autoridade também, antes mesmo do ECA (LGL\1990\37), já contemplava a inexistência do inquérito policial para a abertura da ação penal, tudo indicando que o legislador preocupou-se com a possibilidade do inquérito maquiado ou não existir nas hipóteses em que a autoridade policial ou outro policial for o autor do abuso. Assim dispôs a Lei 4.898/65:

"Art. 12. A ação penal será iniciada independentemente de inquérito policial ou justificação, por denúncia do Ministério Público, instruída com a representação da vítima do abuso."

À saciedade, nada, mas nada mesmo, impede que o Ministério Público assuma a investigação criminal, e repito, preferencialmente naqueles delitos que, na maioria das vezes, não vêm sendo alcançados pela Polícia Judiciária, como é o caso da investigação de organizações criminosas.

7. O procedimento investigatório e os poderes requisitórios do promotor de justiça

Assim como o inquérito policial e o próprio inquérito civil do Ministério Público, o mencionado procedimento investigatório deve ser inaugurado através de uma portaria lavrada pelo promotor de justiça, na qual deverá constar o fundamento legal de sua existência, seu objetivo precípuo, quem serão as pessoas, empresas ou organizações criminosas investigadas e quais serão as primeiras providências a serem determinadas.

Para a eficiente condução da investigação criminal deve o promotor de justiça valer-se dos poderes requisitórios previstos expressamente em lei, os quais, embora sejam limitados, são ferramentas de grande utilidade para a busca dos elementos necessários para o esclarecimento do fato criminoso.

De fato, a atual Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo e a Lei Orgânica Federal (art. 104, III, IV e V, da Lei Estadual 734/93 e art. 26, II, III e IV da Lei Federal 8.625/93) detalham quais são os poderes requisitórios do promotor de justiça, os quais devem ser utilizados como meios valiosos para a colheita de informações e documentos hábeis para instruir os procedimentos investigatórios.

Tem o promotor de justiça poder para notificar pessoas para colher depoimento ou esclarecimento, determinando a condução coercitiva, se for o caso (art. 104, I, a, da Lei Estadual 734/93); tem o poder de requisitar: informações, perícias diversas, documentos, tanto de empresas particulares quanto de entidades ou autoridades públicas municipais, estaduais e federais (art. 104, I, b, e art. 104, III, da mesma Lei); também, o poder de tomar conhecimento da prisão processual de qualquer pessoa, através da comunicação da própria autoridade policial responsável pela custódia (art. 103, XIII) etc.

E com grande importância, como alternativa mais eficaz para o combate ao crime organizado, pode e deve ainda o promotor de justiça, na condução do procedimento investigatório, através de seu poder requisitório, reunir e coordenar as atuações conjuntas de outros profissionais, tais como fiscais da Receita Federal, do INSS, delegados e investigadores de polícia, peritos da polícia técnica, médicos legistas, dentre outros. Tais profissionais, dentro de sua competência respectiva, poderão auxiliar na elucidação do esquema criminoso apurado pelo Ministério Público. Trata-se, na verdade, da formação da já citada *Força-Tarefa*.

Poderá ainda o promotor de justiça valer-se de seu poder de livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais, além do acesso não menos livre aos documentos relativos à atividade de polícia judiciária (letras a e b do inc. XIII do art. 103 da Lei Estadual 734/93). A oitiva de presos é uma constante no trabalho investigatório e, portanto, esse poder de ouvir detentos apresenta-se como de grande utilidade.

Outra questão que atormenta o dia-a-dia do promotor de justiça como presidente do procedimento investigatório, tal como ocorre no inquérito policial, é a prerrogativa dos membros da Ordem dos Advogados do Brasil de terem acesso aos documentos relativos à investigação a qualquer instante. A revelação do conteúdo e do caminho da investigação criminal ao advogado do investigado, não raro, frustra os objetivos ministeriais.

A Lei Federal 8.906/94, denominada Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 7.º, XIV, consagrou ao advogado, independentemente da prévia juntada de procuração, a possibilidade de examinar qualquer inquérito policial.

Portanto, teria o membro da Ordem a prerrogativa de examinar os procedimentos investigatórios na Promotoria de Justiça, vez que, inegavelmente, o procedimento ministerial deve ser equiparado ao inquérito policial. O advogado, ao invocar seu Estatuto, teria acesso a todas as informações relativas à investigação do Ministério Público, podendo inclusive antever quais seriam os possíveis passos a serem dados pelo promotor de justiça na condução da investigação, como, talvez, a prisão temporária de seu cliente.

Contudo, assim como no inquérito policial, deve o promotor de justiça assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, conforme expressamente dispõe o art. 20, *caput*, do CPP (LGL\1941\8): "A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato exigido pelo interesse da sociedade"

Existem, pois, dois interesses jurídicos antagônicos: o da sociedade, fundado na necessidade do fato ser investigado em sigilo, e o do advogado, estribado na necessidade de conhecer a investigação para a defesa de seu cliente. A disputa entre o direito individual e o da sociedade, obviamente, não pode ser resolvida em favor do primeiro, sob pena de inversão básica de valores, mormente na fase pré-processual na qual inexistente o contraditório.

Tratando do mesmo assunto, recente decisão do Tribunal Regional Federal decidiu da seguinte forma a questão:

" *Habeas corpus*. Decisão Judicial. Quebra de sigilo bancário. Contraditório e ampla defesa. Direito de vista.

(...)

III - Os procedimentos administrativos visam à colheita de elementos para eventual e futuro processo judicial, não se revestindo das mesmas peculiaridades destes. Não há partes em confronto, ainda, mas apenas fatos que podem incriminar ou não pessoas físicas ou jurídicas. *Não se há de falar, portanto, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa*. Precedentes do STF e do STJ.

IV- *No procedimento investigatório, todavia, há que se assegurar ao eventual investigado, in casu o paciente, acesso às suas respectivas movimentações bancárias cabendo à autoridade judicial velar pela manutenção do sigilo relativo às demais pessoas investigadas.*

V- Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida" ⁶¹(destaquei).

Defendemos, destarte, que a melhor solução, diante do impasse legal criado, deve ser resolvida da seguinte forma: nas hipóteses em que houver denominação específica da pessoa a ser investigada, deve ser franqueado ao seu advogado o acesso ao procedimento investigatório, para que este conheça o objeto da investigação sofrida por seu cliente, *sempre que o momento da consulta seja o adequado para o respeito ao sigilo, necessário para o alcance da elucidação do fato criminoso.*

Poderá, então, o promotor de justiça deixar de entregar os autos do procedimento investigatório, justificadamente, para a proteção do segredo, se este for imprescindível à busca da verdade real dos fatos investigados. Em outras palavras, trata-se a prerrogativa do advogado de regra com força de aplicação relativa, sem caráter absoluto. E o mesmo aplica-se ao inquérito policial da Polícia Judiciária.

A respeito ainda desse polêmico assunto, na mesma linha do presente trabalho, já escreveram Marcelo Batlouni Mendroni, colega do Gaeco, e Carlos Ernani Constantino,⁶² também promotor de justiça. Mendroni enfoca o tema da seguinte maneira:

"Seria na verdade um critério desigual se a defesa pudesse tomar conhecimento do que se investiga, pois jamais revelaria à polícia, ao Ministério Público e tampouco ao juiz onde se encontram as evidências incriminadoras da pessoa investigada."⁶³

Outro entendimento, no mesmo sentido, é apresentado por Aury Lopes Jr.:

"O segredo externo deve ser a regra geral, pois assegura o êxito da investigação e preserva o sujeito passivo da estigmatização social prévia ao processo penal. O segredo interno deve ser tolerado em casos extremos, por um breve período de tempo, mediante resolução judicial fundamentadamente."⁶⁴

De outro lado, instrumentos normalmente utilizados no inquérito policial também poderão ser aplicados na investigação criminal presidida pelo promotor de justiça.

De fato, no procedimento investigatório é ainda possível obter a interceptação telefônica no telefone móvel ou fixo do investigado, sendo, aliás, ferramenta muito útil à investigação em face da possibilidade de surpreender os envolvidos em crimes comentando práticas ilegais. A Lei 9.296/96, que dispõe sobre a interceptação telefônica, prevê que o promotor de justiça poderá pleitear ao juiz a escuta telefônica, desde que sejam atendidos os pressupostos legais delineados nos arts. 1.º e 2.º. Trata-se de legitimidade concorrente com a autoridade policial. Conquanto o art. 6.º disponha que a autoridade policial cuidará do monitoramento da interceptação, no Gaeco tem sido sustentada a tese de que tal missão também pode ser conferida ao Ministério Público, o que tem sido deferido com frequência por diversos magistrados com atuação perante a Corregedoria da Polícia Judiciária.⁶⁵ É inegável que, em certas situações, a polícia judiciária não poderá assumir a investigação criminal e, conseqüentemente, monitorar a interceptação telefônica, já que, havendo o envolvimento de policiais civis, fatalmente o trabalho, necessariamente sigiloso, perderá seu sentido.

Outra questão polêmica refere-se a obtenção das contas ou bilhetes de uma determinada conta telefônica (móvel ou fixa), as quais revelam os telefonemas feitos através da linha telefônica. Tem sido entendido com frequência que tais dados estão inseridos dentre as garantias individuais do cidadão, protegidos no conceito da intimidade ou da privacidade. Assim, as concessionárias de telefonia têm fornecido as informações apenas mediante autorização judicial expressa.

Por fim, possível ainda no procedimento investigatório pleitear a decretação da prisão temporária de uma determinada pessoa investigada. O art. 2.º da Lei 7.960/1989 prevê que o Ministério Público também pode requerer a aludida prisão. E, portanto, a custódia temporária, que tem-se mostrado importante para assegurar o prosseguimento da investigação sem a influência direta do investigado, também deve ser objeto de apreciação no procedimento investigatório ministerial - aliás, registramos, por oportuno, que essa medida, igualmente, já foi deferida em pedido formulado pelo Gaeco.

Com relação ao acesso às informações fiscais e bancárias, exigia a Lei 4.595/64 a prévia autorização judicial. O Projeto de LC 220 de 1998, que originou a atual LC 105, de 10.01.2001, outorgava ao Ministério Público a possibilidade de obter as informações bancárias diretamente, sem intervenção do Judiciário. Contudo, a redação final da mencionada lei complementar exigiu, como antes, a necessidade da autorização judicial. Assim, inevitavelmente, tem o promotor de justiça a necessidade de demonstrar ao juiz de direito a presença dos seguintes requisitos legais para obter

as informações sigilosas: a) indícios da ocorrência do crime; b) indícios da autoria do crime atribuída ao investigado; c) atendimento ao critério da proporcionalidade (a gravidade e excepcionalidade do pedido estão à altura do delito investigado).

Diversos membros do Ministério Público já defenderam haver amparo da lei na requisição direta dos dados bancários e fiscais. Isto porque a LC 75/93 prevê expressamente a possibilidade de o Ministério Público da União obter informações protegidas pelo sigilo bancário e fiscal, devendo, contudo, resguardar o sigilo. E aludida lei tem aplicação subsidiária aos Ministérios Públicos Estaduais, diante dos dizeres do art. 80 da Lei 8.625/1993, de sorte que o promotor de justiça estadual teria autorização legal para exigir a vinda de extratos bancários, sem a intermediação judicial, a fim de instruir seu procedimento investigatório.

Entretanto, esse entendimento já foi negado pelo STF e os Tribunais Estaduais têm julgado no mesmo sentido.⁶⁶

8. A alegação de impedimento do promotor de justiça que presidiu o procedimento investigatório

Quando o promotor de justiça acompanha, participa ou investiga diretamente, *motu proprio*, na grande maioria das vezes os advogados sustentam haver causa de impedimento por parte do promotor de justiça, que fica impedido de atuar no processo-crime, à vista dos atos realizados na fase pré-processual.

Realmente, na capital de São Paulo essa alegação é bastante constante nos feitos em que o Gaeco atuou na investigação criminal, ou participou do trabalho da polícia judiciária, como, por exemplo, acompanhando o cumprimento de um mandado de busca e apreensão na residência de uma pessoa investigada, o que, sem dúvida, exige os olhos atentos do membro do Ministério Público para o encontro dos elementos específicos de provas, os quais, muitas vezes, não são percebidos por um investigador de polícia, que, useiramente, fica distante da condução da investigação criminal.

Pois bem. Os arts. 252 e 254 do CPP (LGL\1941\8) elencam causas de impedimento e de suspeição do juiz de direito, obstando o magistrado, diante da presença de uma das hipóteses legais, de exercer a jurisdição.

E o art. 258 do CPP (LGL\1941\8), em sua parte final, prescreve que " ... e a eles [órgãos do Ministério Público] se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes".

Assim, diz o inc. II, do art. 252, do CPP (LGL\1941\8) que o juiz fica impedido de exercer jurisdição quando "ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha"; também fica vedado o exercício da jurisdição quando o Magistrado "tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão" - inc. III, do art. 252, do CPP (LGL\1941\8). Daí a alegação no sentido do promotor de justiça, que atuou na fase pré-processual, não poder participar da fase processual, posto que estaria impedido por força da regra mencionada - art. 252, III, c/c o art. 258, ambos do CPP (LGL\1941\8).

Ocorre que a alegação é, manifestamente, improcedente!

E quanto a isto a jurisprudência tem sido pacífica.

Com efeito, como já enfatizamos, o poder de investigar do promotor de justiça é próprio de sua função e decorre de sua exclusividade para iniciar as ações penais públicas. E, uma vez procedida e concluída a investigação criminal, terá que se iniciar a fase acusatória, em Juízo, perante o contraditório e todas as cautelas do princípio do devido processo legal. Esta segunda atuação do órgão do Ministério Público é complementar da primeira, não havendo óbice algum para sua concretização.

Reconhecer o impedimento, nos termos do art. 252, II, c/c o art. 258 do CPP (LGL\1941\8), seria o mesmo que negar uma função inerente à sua atuação na área criminal, que é a de investigar, de ofício, para o oferecimento da competente ação penal.

Ademais, o art. 564 do CPP (LGL\1941\8), que enumera as causas de nulidade, não prevê a

hipótese de impedimento ou suspeição do membro do Ministério Público, o que, por mais um motivo, afasta a possibilidade da arguição de nulidade processual.

De outra parte, há quem sustente ainda que o Ministério Público, no processo penal, uma vez formada a relação processual, deve ser imparcial e, assim, estaria impedido de intervir no feito se teve participação na fase pré-processual.

O argumento, novamente, é inconsistente.

O magistério de Frederico Marques esclarece com grande didática essa questão:

"o Ministério Público é parte em sentido formal, como sujeito da relação processual que com a ação se instaura, e em sentido material, porquanto representa o Estado na relação jurídico- substantiva entre este e o réu, contida no direito subjetivo .

... não há que se falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação: existiria, aí, um bis in idem de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório, deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado.

Em segundo lugar, o que caracteriza o conceito de parte não é a parcialidade ou imparcialidade, e sim a titularidade de direitos próprios em relação ao conteúdo do processo e a contraposição à função de dirimir o conflito de interesse e julgar"⁶⁷ (destaquei).

O Promotor de Justiça Cristiano Chaves de Farias, igualmente, analisou com extrema exatidão esse assunto.⁶⁸

No mesmo sentido é o ensinamento de Julio Fabbrini Mirabete:

"... não constitui impedimento o fato de ter sido o representante do Ministério Público designado para acompanhar o inquérito policial, intervindo nas investigações, participando da coleta de provas, requisitando diligências etc., pois tais funções são próprias do exercício do cargo."⁶⁹

Como já mencionamos, o que sempre marcou e destacou a atuação do Ministério Público foi sua função acusatória de trazer provas hábeis ao édito condenatório. Ou seja, o promotor de justiça que litiga no âmbito judicial-penal, inquestionavelmente, é parte. Em consequência, inviável a alegação de impedimento, na hipótese de esse mesmo promotor ter sido cuidadoso em acompanhar ou conduzir a investigação criminal.

Hélio Tornaghi, com muita profundidade, também analisou a mesma questão, esclarecendo com propriedade a natureza da função do promotor de justiça e incoerência do impedimento:

"Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar e o seu caráter de parte. Imparcial ele deve ser apenas na fiscalização, na vigilância, no zelo da lei. Deve fazê-la cumprir no tempo, na forma, no lugar por ele próprio determinados. Mas essa é apenas uma de suas funções e não é a que ele tem como parte. Como tal, cabe-lhe promover a aplicação da lei penal ao acusado, persegui-lo (no sentido técnico, é claro), carrear para o processo todas as provas de sua culpa (*lato sensu*), chamar a atenção dos julgadores para as circunstâncias que possam onerá-lo, agravando a pena ou qualificando o crime."⁷⁰

Espínola Filho assim define o assunto:

"Não há impedimento para o órgão do Ministério Público funcionar em causa na qual tenha intervindo em outra instância."⁷¹

Mais recentemente, ao tratar da mesma questão, Aury Lopes Jr. invoca os ensinamentos de José Guarnieri:

"... o Ministério Público constitui uma figura que, se bem tem o corpo de parte, oferece a alma de juiz."⁷²

Toda jurisprudência tem seguido a mesma orientação e, felizmente, tem afastado a frágil alegação

de impedimento:

"A atuação do promotor na fase investigatória - pré-processual - não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal. Não causa nulidade o fato do promotor, para a formação da *opinio delicti*, colher preliminarmente as provas necessárias para a ação penal" (STJ, RHC 3586, rel. Pedro Acioli, j. 09.05.1994, DJU 30.05.1994).

"Promotor que, antes do início da ação penal, participa da fase investigatória, como membro do Ministério Público, não no exercício do cargo de delegado ou de investigador de polícia - Inexistência de incompatibilidade para o exercício da ação penal, apoiada nas provas colhidas naquela fase, já que o promotor de justiça, em tal hipótese, era e continua sendo representante da acusação, sem qualquer mudança nessa posição prevista no art. 252, I, do CPP (LGL\1941\8)" (STJ, HC, rel. Assis Toledo, RSTJ 7/146).

"Não está impedido de atuar promotor público designado, de forma genérica, para apurar envolvimento de policiais militares com o tráfico de drogas, sendo posteriormente designado para dividir as atribuições da Vara para onde o inquérito foi distribuído, nada impedindo que ofereça denúncia e oficie naquele originado de suas investigações preliminares.

O princípio do promotor natural deve ter o devido tempero, apenas para evitar o acusador de exceção, aquele designado com critérios políticos e pouco recomendáveis.

(...)

Recurso improvido" (STJ, 6.ª T., HC 6662, DJU de 27.04.1998, p. 214).

"Impedimento - Fato de haver acompanhado a investigação de crime que não o impede de oferecer denúncia e atuar no processo - Ordem denegada" (TJSP, RJTJSP 129/548).

Muitas outras decisões poderiam ser citadas (RJTJSP-Lex 120/589; RTJ 119/120; RT 580/433 etc.), mas é o quanto basta para elucidar a questão, como visto, já pacificada.

9. Propostas legislativas sobre a investigação criminal

Quando se fala em aperfeiçoar ou atualizar o vigente Código de Processo Penal (LGL\1941\8), destaca-se o capítulo da fase pré-processual, relativa a investigação criminal. O destaque desse tema se dá não só por sua notória importância, como também porque há, neste particular, um indistigável combate de prerrogativas entre instituições.

Em síntese, defende os integrantes da Polícia Judiciária, principalmente através de seus órgãos de classe, a exclusividade da polícia civil para a investigação das infrações penais, com absoluta autonomia.⁷³

O Anteprojeto do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), em trâmite na Câmara dos Deputados, atendeu, em parte, aos interesses da Polícia Judiciária. Em sua Exposição de Motivos constou o seguinte, no item que interessa ao presente trabalho:

"... o Anteprojeto reserva à Polícia Judiciária funções eminentemente investigatórias, em observância, aliás, ao disposto no art. 144, § 4.º, da CF (LGL\1988\3), de modo a delas retirar o caráter burocrático e cartorial que hoje assumiram; ao Ministério Público, destinatário da investigação policial, atribui funções de supervisão e controle, hoje conferidas ao juiz; e a este reserva o papel de juiz de garantias, imparcial e equidistante, sendo de sua exclusiva competência a concessão das medidas cautelares. A defesa é assegurada a partir do momento em que o investigado passa à situação de suspeito; e o ofendido também assume papel de relevância, podendo exercer diversas iniciativas ao longo das investigações."

Com essa ideologia, o legislador sugere a seguinte redação no anteprojeto de alteração do Código de Processo Penal (LGL\1941\8):

"Art. 4.º Caberá à polícia judiciária, *com exclusividade*, a apuração das infrações penais e sua autoria, por meio de:

I - termo circunstanciado, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo;

II - apuração sumária, em relação às demais infrações;

III - inquérito policial, quando requisitado pelo Ministério Público.

Parágrafo único. A atribuição definida neste artigo não exclui a de outras autoridades judiciais e administrativas, às quais a lei cometa a mesma função ou parte dela" (grifei).

Diante da redação do Anteprojeto pretendeu o legislador deixar o Ministério Público, tão-somente, como responsável pela supervisão do trabalho de investigação policial, além de concentrar em seus poderes a requisição dos inquéritos policiais, sem prejuízo da iniciativa do ofendido.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim ofereceu suas sugestões ao Anteprojeto do Código de Processo Penal (LGL\1941\8) sobre o tema "Investigação criminal", da seguinte forma:

"Art. 4.º Caberá à Polícia Judiciária a apuração das infrações penais e sua autoria, por meio de:

I - termo circunstanciado, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo;

II - inquérito policial.

Parágrafo único. A atribuição definida neste artigo não exclui a de outras autoridades judiciais e administrativas, às quais a lei cometa a mesma função ou parte dela."

O texto acima apresentado pelo IBCCrim retirou do anteprojeto a exclusividade investigatória da Polícia Judiciária, a qual inclusive contrariava o disposto no par. ún. do art. 4.º Contudo, da mesma forma que o anteprojeto, não fez menção expressa ao poder investigatório do promotor de justiça. Aliás, o estudo do IBCCrim não contemplou ao Ministério Público o controle e a supervisão do inquérito policial. Houve, sim, a manutenção dessa atribuição ao juiz de direito, tal como está hoje no Código de Processo Penal (LGL\1941\8).⁷⁴

Entendeu o IBCCrim que "o Código de Processo Penal (LGL\1941\8), em vigor - apesar de seus defeitos -, mostra-se melhor e mais sistemático que o anteprojeto". E, ao manter o Ministério Público distante do controle da investigação criminal, assim argumentou: "se a investigação for conduzida pelo Ministério Público, quem exercerá o controle externo da atividade investigatória? Quais garantias e mecanismos de controle contra eventuais desvios ou abusos na investigação?".⁷⁵

Pensamos diferente. A falta de controle externo do Ministério Público não é o bastante para afastá-lo da supervisão e coordenação do inquérito policial e da Polícia Judiciária.

Com efeito, se é defensável a tese da permanência da sistemática processual penal atual - coordenação do inquérito policial pelo juiz de direito -, na qual o Ministério Público é, unicamente, o *dominus litis* da ação penal pública, que é o mais, sem haver o controle externo da atuação do membro do Parquet, por que não pode supervisionar a investigação e o inquérito que é o menos, sem também haver o controle externo?

O que importa admitir é a necessidade de fortalecer a investigação criminal e aproximar o destinatário da produção do trabalho policial, o promotor de justiça, da Polícia Judiciária, de forma a possibilitar, desde o início da fase pré-processual, a coordenação da busca da prova necessária para o sucesso da ação penal. Mesmo porque não será a alteração da presidência do inquérito policial que irá, de um momento para o outro, resolver o problema da eficiência da investigação criminal.

De outra parte, se por um lado houve um avanço positivo no anteprojeto, na medida em que o juiz deixa de participar do controle da investigação criminal, posto que caberá ao próprio Ministério Público, através de seu órgão superior, a homologação do pedido de arquivamento proposto pelo promotor de justiça,⁷⁶ por outro lado houve um retrocesso no afastamento do Ministério Público em sua atividade investigatória.

Como já exposto, além de contrariar uma tendência mundial, o legislador, em seu anteprojeto de alteração do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), terminou por inviabilizar a consecução das funções institucionais estatuídas pela Constituição Federal (LGL\1988\3). Repita-se. Jamais o Ministério Público poderá deixar de investigar, através de seus próprios meios, vez que tal atividade é implícita ao seu poder de acusar formalmente e a Lei Maior confere amparo a essa atividade, como já analisado.

Diante da proposta contida no anteprojeto, indagamos: como fica a disposição contida no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Constituição da República (LGL\1988\3), que permite ao Ministério Público a promoção da investigação criminal, para viabilizar o exercício da ação penal, instrumentalizado em procedimentos administrativos de sua competência, através da expedição de notificações, requisição de informações e documentos, requisição de diligências investigatórias, instrumentos esses que, sem dúvida, também servem para o controle externo da atividade policial e para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput)?

Há, pois, inegável contradição entre os dispositivos constitucionais e o anteprojeto.

Finalmente, registramos os estudos elaborados pelo Ministério Público, em seus diferentes Estados, com relação a modificação do Código de Processo Penal (LGL\1941\8). No Estado de São Paulo, com grande apoio da Escola Superior do Ministério Público e do Centro de Apoio Operacional das promotorias de justiça criminais, a questão foi apresentada e concluída da seguinte forma:

"Art. 4.º A apuração das infrações penais e sua autoria ocorrerá por meio de:

I - termo circunstanciado, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo;

II - apuração sumária, em relação às demais infrações;

III - inquérito policial, quando requisitado pelo Ministério Público;

IV - *demais procedimentos investigatórios admitidos em lei.*

Parágrafo único. A investigação criminal será exercida pela polícia nos casos dos incisos I a III" (destaquei).

Como se vê, a proposta ministerial contempla a investigação procedida pela Polícia Judiciária, mas, ao mesmo tempo, possibilita a existência de outros *procedimentos investigatórios* admitidos em lei.

Numa época em que o crime organizado penetra, com rapidez, nos Poderes da República e passa a contar com representantes oficiais, tanto no Legislativo, no Executivo e no Judiciário, não se pode, a toda evidência, afastar o Ministério Público da investigação criminal, tolhendo-lhe a iniciativa da colheita da prova do fato criminoso, como parece ter pretendido o anteprojeto.

Outra contradição manifesta existente no anteprojeto apresentado pelo Poder Executivo Nacional foi apontada nos estudos e sugestões da Comissão do Ministério Público do Estado de São Paulo, que fala por si, nos seguintes termos:

"Note-se que a Lei Orgânica da Magistratura (art. 33, par. ún., da LC 35) prevê que a investigação de crimes praticados por juízes é atribuição do próprio Judiciário, com idênticas normas em relação ao Ministério Público da União (art. 18, par. ún., da LC Federal 75/93) e dos Estados (art. 41, par. ún., da Lei Federal 8.625/93), *afigurando-se verdadeira involução a supressão da possibilidade dessas autoridades (sanitárias, florestais, fiscais etc.) procederem a 'inquéritos' e outros procedimentos de investigação em matérias da sua especialidade.* Anote-se, à derradeira, que para o exercício da ação penal é dispensável o inquérito policial se o representante do Ministério Público possuir peças de informações contendo elementos suficientes sobre a autoria e a materialidade do crime (art. 46, § 1.º, CPP (LGL\1941\8))" (destaquei).

Diante do exposto, melhor seria manter no anteprojeto a concentração no próprio Ministério Público do poder de controlar e dirigir a investigação criminal, afastando a intervenção do Poder Judiciário.⁷⁷ Mas, inapelavelmente, necessária seria a alteração da redação do art. 4.º, que atribuiu à polícia a exclusividade da investigação criminal.

10. Conclusão

O mundo contemporâneo admite a existência do crime organizado e elege a segurança pública como um dos pontos mais importantes para a plenitude da paz social e manutenção da ordem pública. E o Brasil, sem dúvida alguma, figura-se dentre as nações mais preocupadas com esse tema.

No entanto, até o presente instante, pouquíssimas medidas concretas foram tomadas pelos Poderes

Legislativo e Executivo.

O Plano Nacional de Segurança Pública, instituído pelo Governo Federal, publicado em 2000, consiste numa dessas poucas atitudes concretas. Aludido plano teve o mérito de reunir instituições para o difícil combate ao crime organizado. Embora não tenha sido usada a expressão "Força-Tarefa", o plano prevê sua formação como maneira eficaz de ação; assim constou em sua Introdução:

"Busca-se, com o estabelecimento de medidas integradas, aperfeiçoar a atuação dos órgãos e instituições voltadas à segurança pública em nosso país, permitindo-lhes trabalhar segundo um enfoque de mútua colaboração. Somente com essa participação conjunta, este programa terá efetividade e criará condições para o desenvolvimento de ações mais eficazes. (...) Estamos convencidos de que, por meio do estreitamento da cooperação com estados, municípios, demais poderes e sociedade civil organizada - de forma firme e permanente - muito poderá ser realizado no sentido de se assegurar um dos direitos fundamentais do cidadão: o direito à segurança."

E, de fato, como já sustentamos anteriormente, diante da forma com que atuam as organizações criminosas - a *diversidade de atividades e a presença indispensável de funcionários públicos* -, a criação de Força-Tarefa é a única forma real de exterminar com a atuação do criminoso organizado. Apenas com a união de forças, coordenadas, é que se viabiliza o encarceramento dos envolvidos, o rastreamento de todos os bens adquiridos com o produto do crime, a identificação do dinheiro lavado e, finalmente, que se identifica todos funcionários públicos infiltrados na organização.

Nos EUA, a propósito, procuradores e promotores de justiça atuam com êxito nessa sistemática. Há seguidas reuniões de instituições: polícia, Fisco, e outros órgãos do Governo, para, conjuntamente, através da *Task Force*, combaterem uma determinada organização criminosa. E, nessas oportunidades, celebram um formal contrato de cooperação, no qual fixam a maneira de atuação, o local onde estarão reunidos na missão e, o que é importante, o tempo de duração da Força-Tarefa.
78

Ainda numa análise crítica da iniciativa do Governo Federal no âmbito da segurança pública, necessário reclamar do Plano Nacional de Segurança quando deixa ausente o Ministério Público⁷⁹ em algumas atuações específicas importantes, como é o caso do item 1, denominado "Operações de Combate ao Narcotráfico", e também no "Compromisso n. 3 - Repressão ao Roubo de Cargas". A Polícia Judiciária, a Polícia Militar, a Polícia Federal e Rodoviária, além da Receita Federal, estarão atuando conjuntamente na repressão desses delitos. Todas essas instituições, portanto, deverão produzir provas, as quais, mais tarde, poderão ser insuficientes para a deflagração da ação penal por parte do *dominus litis*. Além disso, é o órgão do Ministério Público quem melhor conhece os futuros e possíveis argumentos dos defensores. E, sobretudo, é ainda o promotor de justiça ou Procurador da República quem melhor avalia a legalidade, ou ilegalidade, de uma determinada prova. Enfim, o Ministério Público deveria ter sido incluído pelo Governo Federal, não para estar na linha de frente da atuação policial, mas para, conjuntamente, discutir e orientar a busca da melhor prova.

Como mais um argumento para manter o Ministério Público, desde os primeiros instantes da repressão, ao lado de outras instituições no combate ao crime organizado, invocamos os ensinamentos dos juristas portugueses Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel M. G. Valente: "A titularidade da investigação criminal conferida ao Ministério Público não lhe dá o poder de definir a política criminal, mas deve ser o motor de execução dessa mesma política definida pelos órgãos de soberania, uma vez que é elemento vivo do sistema judicial, cuja participação activa na execução da política criminal se encontra consagrada como princípio constitucional".⁸⁰

De outro lado, concluímos como legal e legítima a investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público e, sobretudo, através da instauração dos procedimentos investigatórios.

No entanto, os *poderes investigatórios disponíveis ao Ministério Público*, assim como à Polícia Judiciária, são absolutamente insuficientes.

E não há como combater eficazmente o crime organizado se não houver investimento nessa disposição e, sobretudo, se *não houver poderes suficientes para o investigador*.

É sabido que o direito penal e processual penal não irão jamais solucionar a criminalidade avassaladora, tanto o ato violento isolado quanto a atuação organizada de delinquentes. Mas *um*

conjunto de leis dispendo sobre os poderes de investigação poderá trazer resultados nunca antes vistos, como por exemplo aqueles vistos na Itália, após 1988, quando houve uma reforma radical na legislação processual penal e foram potencializados os poderes dos promotores de justiça. Entendemos, aliás, que o direito penal deixaria de ser simbólico na medida em que alcance os poderosos, aqueles que estão no topo da pirâmide. E isto só será possível após o incremento da investigação criminal.

Em 1995, na oportunidade em que foi criada a Lei 9.034/95, o Estado ⁸¹ demonstrou algum interesse em combater o crime organizado, mas o resultado dessa vontade não alcançou os desígnios da lei e não trouxe qualquer alento aos órgãos responsáveis pela investigação criminal. Perdemos a chance de dispor sobre as formas de combate ao crime organizado e os possíveis instrumentos legais para sua repressão.

Para que fique bem evidente a *insuficiência dos poderes de requisição*, basta citar que o promotor de justiça pode requisitar do Escrivão de um Cartório de Registro de Imóveis uma certidão revelando o nome do proprietário de um imóvel, mas não pode requisitar diretamente da empresa de Telefonia, fixa ou móvel, a identificação do dono de uma determinada linha telefônica. Vale dizer, tem o promotor de justiça que oficiar ao juiz de direito corregedor para que essa informação seja obtida. ⁸²

Evidentemente, salta à vista que essa informação - identificação do proprietário da linha telefônica ou de um telefone móvel - teria que estar à disposição do promotor de justiça, conferindo maior agilidade à investigação. Não há, *in casu*, violação da intimidade ou da privacidade.

As relações das ligações feitas por um determinado aparelho de telefone, da mesma forma, também deveriam ser fornecidas diretamente ao órgão do Ministério Público, o que não vem ocorrendo. Observamos que não se trata de interceptação telefônica, mas de mero conhecimento dos telefonemas efetuados por alguém, num dado período de tempo. E, ressaltamos mais uma vez, que não há como invocar o direito à intimidade previsto no art. 5.º, XII, da CF (LGL\1988\3) - "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Ora, a obtenção das contas de telefone não revelam o conteúdo da conversa havida, mas apenas o contato ocorrido entre duas pessoas. É verdade que os registros das comunicações telefônicas não podem ser acessados sem justa causa. Devem haver no caso concreto motivos suficientes, ou *fumus boni iuris*, para que o promotor de justiça, fundamentadamente, através de despacho lançado no inquérito policial, ou em seu procedimento, requirite a informação da empresa de telefonia móvel ou não. ⁸³

Na sistemática atual, a informação buscada na empresa de telefonia terá que passar pelas mãos e pelo conhecimento dos funcionários do Cartório Judicial, antes de integrar efetivamente os autos do procedimento investigatório. Haverá, possivelmente, a perda do sigilo e o investigado poderá ter tomado ciência dos passos da investigação, protegendo-se e evitando a prática criminosa.

Existem outros mecanismos úteis à investigação que têm sua aplicabilidade muitas vezes duvidosa por falha de redação da lei, como é o caso da interceptação telefônica operada pelo próprio Ministério Público, sem a intervenção da polícia. Como já foi enfatizado, a medida tem sido deferida pelo Poder Judiciário, mas com certa vacilação e isto porque a Lei 9.296/96 é silente quanto à possibilidade de o promotor de justiça monitorar a interceptação, o que ainda está a merecer reparo.

Da mesma forma, o Estado deve equipar os órgãos encarregados da persecução penal de equipamentos modernos, ao menos semelhantes àqueles utilizados pelos delinquentes organizados, sob pena de persistir a humilhação dos meios operacionais de investigação.

Defendemos, pois, uma maior conscientização no âmbito legislativo, sem o que as dificuldades hoje existentes jamais serão superadas, persistindo os entraves no combate ao crime. Sem se esquecer das indisponíveis regras que informam e protegem o Estado de Direito, *urge aperfeiçoar e rever os mecanismos legislativos disponíveis aos profissionais encarregados da investigação, distanciando-se da maneira tradicional de apuração*.

Há que se equilibrar a necessária repressão ao crime organizado, conferindo agilidade nesse mister, sem romper com o respeito ao Estado de Direito.

No Brasil não se tem buscado esse equilíbrio, pois há, sim, uma constante afirmação das garantias individuais e da preocupação em se preservar a intimidade, como se esta fosse sempre absoluta. Preocupa-se muito com a possível violência do Estado, enquanto repressor dos delitos, e resta esquecida a necessidade de esse mesmo Estado ser eficiente nos meios para a elucidação da verdade do fato criminoso ocorrido.

Essa situação permite ao delinqüente membro de uma organização criminosa exercer sua habilidade para desfrutar das garantias individuais e processuais, especialmente aquelas relacionadas com a fase investigatória, e permanecer, inatingível, em patamar superior.

É sabido que existem muitas resistências quanto a ampliação dos poderes requisitórios do Ministério Público e quanto aos métodos de investigação policial. Seja porque teme-se o retorno aos tempos da ditadura, como se legislar contra o crime organizado fosse contemplar novamente a prática da tortura, seja pelo simples fato de não querer potencializar o Ministério Público com funções ou poderes relevantes.

Aliás, esse quadro de inquietação e de resistência à atuação do Ministério Público já foi vivenciado pelos Prefeitos Municipais, em todo Brasil, que, de forma geral, já tentaram por inúmeras vezes reverter a legitimidade ativa dos promotores de justiça na propositura de ações civis públicas versando sobre improbidade administrativa.

A conscientização que reclamamos não pode perder de vista a tendência mundial na atual dogmática processual penal: o crime organizado só se combate com a presença ativa do Ministério Público, desde a fase pré-processual.

Para tanto, diante do invencível volume de inquéritos policiais existentes nas diferentes Promotorias de Justiça Criminais, necessária a especialização dessas Promotorias de Justiça ou a criação de Grupos Especiais, como já ocorre em diversos Ministérios Públicos Estaduais.⁸⁴ Estas Promotorias, ou Grupos, devem contar com reserva de dotação orçamentária específica e suficiente para satisfazer a aquisição de equipamentos, além de viabilizar a consecução de algumas diligências. Necessário ainda dotar a Polícia Judiciária e os promotores de justiça criminais, responsáveis pela coordenação da investigação criminal, de corpo técnico profissional de apoio, integrado por contadores, agentes de investigação, técnicos em "inteligência criminal" - habilitados em cruzamentos de dados, peritos criminais e técnicos em informática.

Os profissionais encarregados da investigação criminal devem ser, cada vez, especializados e, sobretudo, profissionais em seus misteres. Salientamos a constante necessidade de investimento nessa profissionalização. Não é possível admitir, por exemplo, que uma autoridade policial,⁸⁵ titular de um determinado Distrito Policial, e que nunca tenha se preparado para resolver um crime de seqüestro, seja incumbida de negociar e apurar um delito dessa natureza, freqüentemente cometido por delinqüentes profissionais. Sem dúvida, o despreparo neste exemplo e em muitos outros casos poderá determinar a perda de vidas.

Enfim, não pretendemos eleger o Ministério Público, através de seu procedimento investigatório, como responsável único para investigar a delinqüência organizada. Mas não podemos mais admitir que apenas a Polícia Civil, num modelo de atuação tradicional - para não dizer arcaica -, esteja incumbida de investigar, havendo, quanto a esta questão, quase unanimidade em eleger o inquérito policial como um procedimento, no mínimo, "em crise". Sem hierarquia, a Polícia Judiciária deveria estar atrelada à coordenação do *dominus* da ação penal e trabalhar, objetivamente, de acordo com a necessidade da futura demanda processual.

Concluimos mais. Tal como ocorre no direito comparado, a legislação processual penal deveria impor, ao menos com relação aos crimes cometidos com as características da atuação de uma organização criminosa, que o promotor de justiça fosse comunicado pela Polícia Militar ou pela Polícia Judiciária, imediatamente, da ocorrência do delito, possibilitando-lhe a coordenação de todo o trabalho pré-processual, cabendo à autoridade policial deliberar o *modus* de execução das provas indicadas. Tendo a ciência, ab initio, da ocorrência do delito, haverá a possibilidade de acionar outras instituições para participarem da investigação, se for o caso, formando-se a já mencionada Força-Tarefa.

Há ainda que se efetivar meios eficazes de colaboração entre os diversos órgãos policiais e

ministeriais, a fim de conferir maior homogeneização na investigação criminal, mormente porque "o tipo de criminalidade com a qual nos temos de debater tem a qualidade ou a característica de não ter *locus delicti* pelo menos na interpretação clássica que a dogmática nos dá de local de crime".⁸⁶

Impõem-se, cada vez mais, a difusão e o debate de todas essas questões, notadamente com a sociedade civil, que deve conscientizar-se da necessidade da evolução legislativa no âmbito da investigação criminal. Aliás, foi através do apoio da comunidade que o Ministério Público da Itália teve ampla e feliz atuação na denominada "Operação Mãos Limpas".

Certamente, as sugestões e conclusões aqui contidas não resolveriam, de pronto, o problema da incessante violência e da atuação das organizações criminosas, mas, sem dúvida alguma, serviriam para modificar o quadro de passividade hoje reinante no Ministério Público, além de equiparar a legislação processual penal brasileira aos melhores sistemas de investigações criminais existentes no mundo.

(1) *Elementos de direito processual penal*, Bookseller, 1997, vol. I, p. 69.

(2) *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 1.

(3) Muito interessante a menção feita pelo desembargador aposentado do E. TJSP, Dr. Alberto Silva Franco a Félix Herzog, quanto a inutilidade do agravamento da lei penal: "O Direito Penal - permita-me a alusão a uma citação de Karl Marx - converte-se assim num médico que, no leito de enfermo do capitalismo global tardio, sem diagnóstico, trata inutilmente de curar os sintomas com meios cada vez mais severos" (*Temas de direito penal econômico*, Ed. RT, organizado por Roberto Podval, p. 269).

(4) Para o Promotor de Justiça Fauzi Hassan Chouker, há "descompasso entre as práticas quotidianas da investigação criminal e os primados culturais lançados na Constituição, com seus respectivos reflexos na investigação preparatória ao exercício da ação penal" (*Garantias constitucionais na investigação criminal*, 2. ed., Lumen Juris, p. 263). Ressalva, contudo, o Dr. Fauzi que a Polícia Civil do Estado de São Paulo tem procurado humanizar sua atuação, como pode ser visto pela publicação da Portaria DGP 18/98.

(5) De forma interessante, o Promotor de Justiça Mário Antonio Conceição, em seu artigo "O crime organizado e propostas para atuação do ministério público", inserido no *site* brasileiro *Jus Navigandi*, em abril de 2000, ao citar o Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (*Boletim IBCCrim* n. 12), diz: "A discussão é estéril, pois a criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da Legislatura, da Magistratura, do Ministério Público, da Polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade ... é uma criminalidade difusa que se caracteriza pela ausência de vítimas individuais". De outra maneira, o sociólogo Guaracy Mingardi, em sua obra, *O Estado e o crime organizado*, São Paulo : Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998, p. 82, define: "é um grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierárquica própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e divisão de lucros". Defendemos a necessidade do legislador definir o conceito de crime organizado, sem o que fica inócua, por exemplo, a aplicação contida no art. 1.º, VII, da Lei 9.613/1998 - Lei de Lavagem de Dinheiro. A esse respeito, concluiu com lucidez Carlos Frederico Coelho Nogueira: "quando o legislador utiliza expressões de conteúdo vulgar, ou impreciso, sem se preocupar com a definição de seus contornos jurídicos, corre o risco de tornar inócua a disposição legal, não só pela insegurança jurídica que se instaura, como, ainda, pela ampliação da margem de arbítrio do julgador, de cada autoridade policial, de cada membro do Ministério Público" (*Revista Justitia*, 172/13-21).

(6) As características das organizações criminosas foram objeto de análise pelo Dr. Marcelo Mendroni, durante o Grupo de Estudo "Campos Sales" do Ministério Público do Estado de São Paulo, em Campinas, em 1997.

(7) Op. cit., p. 260.

(8) Op. cit., p. 79.

(9) Ibidem, p. 66.

(10) Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, mencionados por Alberto Silva Franco, obra já referida, p. 267.

(11) *Do crime de branqueamento de capitais - Introdução e tipicidade*. Coimbra : Almedina, 2001, p. 250.

(12) Em decorrência dessa Convenção surgiu a Lei 9.613/98, que dispôs sobre o crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens e valores. A partir de 1988, no mundo inteiro surgiram várias agências destinadas a fiscalização das condutas suspeitas no âmbito da lavagem de dinheiro. E tais agências, atualmente, têm tido um papel decisivo no descobrimento dos delitos em questão.

(13) Op. cit., p. 260.

(14) Walter Fanganiello Maierovitch, "A ética judicial no trato funcional com as associações criminosas que seguem o modelo mafioso", RT 694/444, São Paulo : Ed. RT, 1993.

(15) A Lei Federal 9.807/99 estabelece normas para os programas de proteção às vítimas e testemunhas e já foi regulamentada em nível estadual pela Lei 10.354/99 e pelo Dec. 44.214/99. Os programas de proteção, ao menos no Estado de São Paulo, já estão sendo, invariavelmente, utilizados por promotores de justiça e delegados de polícia - especialmente na proteção de testemunhas.

(16) Compartilha do mesmo entendimento o Dr. Fauzi Hassan Choukr, ao abordar a questão do controle externo da Polícia Judiciária: "... esta forma de controle, pouquíssimo operada na prática, tem sido alvo de constantes atritos entre os próprios órgãos estatais, e em nada modificou para positivo o 'direito vivido' na investigação criminal" (op. cit., p. 259).

(17) O Gaeco foi criado em 1995, através do Ato 76/95 - PGJ, alterado pelo Ato 103/96; atualmente, é integrado por cinco promotores de justiça da capital; hoje outros Estados também criaram Grupos Especiais de Atuação na Repressão ao Crime Organizado, valendo-se da mesma sigla, Gaeco, numa nítida aprovação da idéia e da filosofia de trabalho, além de indicar a aprovação do trabalho que vem sendo realizado.

(18) Op. cit., p. 37.

(19) Segundo editorial publicado pelo Jornal *O Estado de S. Paulo*, de 16.08.2000, com o título *Prisões insuficientes*, a Polícia Militar do Estado de São Paulo prendeu, no ano de 2000, de janeiro a junho, 28.927 pessoas, 7,1% a mais do que no mesmo período de 1999.

(20) Op. cit., p. 218.

(21) Op. cit., p. 58.

(22) Em palestra proferida no *I Encontro Estadual de Procuradores e Promotores de Justiça Criminais*, realizado pela Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, de 21 a 23.05.2001, Guaracy Mingardi, ao analisar o comportamento dos traficantes brasileiros, afirmou: "A regra mundial é nunca mate um policial. O crime organizado não mata policiais, apenas em último caso. Ele compra a polícia e outros órgãos ligados a repressão".

(23) "Mesa redonda sobre crime organizado", *RBCCrim*, n. 8, Ed. RT, p. 149.

(24) A inconstitucionalidade da Lei 9.034/95 é bem analisada por Élio Wanderley de Siqueira Filho, *Repressão ao crime organizado*, Juruá, 1995, p. 63-64, da seguinte forma: "Inovou-se, sobremaneira, porque o magistrado passou a ser sujeito ativo executor na produção de provas, colhendo, *in personae*, os dados, documentos e informações referidos no III do art. 2.º já citado. Prova-se o total desconhecimento da realidade da Justiça Brasileira ... Não lhe incumbe, numa descabida

desordenação da estrutura processual escolhida pelo legislador brasileiro, exercer atribuições que, em tese, venham a competir ao membro do Ministério Público, à autoridade policial ou a outro agente público *lato sensu*".

(25) *Garantia judiciária no processo penal - Do juiz e da instrução*, Coimbra Ed., 2000, p. 15.

(26) Op. cit., p. 73.

(27) *Lei e crime - O agente infiltrado versus o agente provocador - Os princípios do processo penal*, Coimbra : Almedina, jun. 2001, p. 47-48.

(28) Sobre esse tema, vide a obra citada de Aury Lopes Jr., p. 63-76.

(29) *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 77.

(30) *O Ministério Público e os órgãos de polícia criminal*, Porto, 1993, p. 76.

(31) O art. 41 do Código de Processo Penal (LGL\1941\8) francês prevê: "O Procurador da República procede ou faz proceder a todos os atos necessários, à investigação e ao processamento das infrações da lei penal. Para esse fim, ele dirige as atividades dos oficiais e agentes da Polícia Judiciária dentro das atribuições do seu Tribunal".

(32) De acordo com o magistério de J. J. Gomes Canotilho: "Originariamente concebido como órgão de ligação entre o poder judicial e o poder político, o *Ministério Público* é, nos termos constitucionais, um órgão do *poder judicial*. (...) os *agentes do Ministério Público* são magistrados com garantias de autonomia e independência constitucionais que os coloca numa posição de sujeição à lei tendencialmente equiparável à dos juízes" (destaquei). *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra : Almedina, p. 664.

(33) Os doutrinadores portugueses são unânimes em afirmar que o direito processual penal de Portugal sofreu grande influência da legislação francesa.

(34) O art. 263, n. 1, afirma que: "A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal". E o n. 2 do mesmo artigo diz que, " *Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional*". A Lei 36/94, que dispõe sobre o Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira, em seu art. 3.º, item 2, prescreve: " ... logo que a Polícia Judiciária recolha elementos que confirmem a suspeita de crime, é obrigatória a comunicação e denúncia ao Ministério Público".

(35) Op. cit., p. 128.

(36) Aury Lopes Jr., op. cit., p. 216.

(37) Op. cit., p. 65.

(38) *Ibidem*, p. 69.

(39) O Código de Processo Penal (LGL\1941\8) Italiano diz: "Art. 326. O Ministério Público e a Polícia Judiciária realizarão, no âmbito de suas respectivas atribuições, a investigação necessária para o termo inerente ao exercício da ação penal". E prossegue: "Art. 327. O Ministério Público dirige a investigação e dispõe diretamente da Polícia Judiciária".

(40) J. M. Damião da Cunha, op. cit., p. 87.

(41) A Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11.º), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9.º) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 5.º) consagram, igualmente, o princípio do Juiz Garantidor.

(42) O sentido e a melhor interpretação do "controle externo" residem na possibilidade do Ministério Público fiscalizar a atividade da polícia judiciária, no que diz respeito às investigatórias criminais, contribuindo para o aprimoramento do inquérito policial que lhe será entregue. Há, porém, quem vá mais além desse sentido, como é o caso de Sérgio de Andréa Ferreira: "O termo controle, em sentido específico, encerra (...) conteúdo bastante profundo: não é, tão-somente, mera fiscalização, algo exterior em relação à função ou atividade controlada. O controle, na verdade, engloba uma interferência, uma intromissão (no sentido, sem dúvida, positivo do termo); uma participação intensa e direta na atuação - objeto". *Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte : Del Rey, 1995, p. 350. Ainda com relação ao Controle Externo, a Constituição Estadual de Minas Gerais, em seu art. 125, diz textualmente: "Controle Externo da Atividade Policial, por meio do exercício das seguintes atribuições, entre outras: a) fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão; b) receber, diretamente da autoridade policial, os inquéritos e quaisquer outras peças de informação; c) fixar prazo para prosseguimento do inquérito policial; d) requisitar diligências à autoridade policial; e) inspecionar unidades civis ou militares; f) receber cópia de ocorrência lavrada pela Polícia Civil ou pela Polícia Militar; g) avocar, excepcional e fundamentadamente, inquérito policial em andamento".

(43) Op. cit., p. 132.

(44) A respeito da natureza jurídica da investigação criminal levada a cabo pelo Ministério Público, o Prof. Aury Lopes Jr. esclarece: "a instrução preliminar realizada pelo Ministério Público terá natureza jurídica de procedimento judicial. Isso ocorrerá naqueles países em que o Ministério Público esteja constitucionalmente integrado ao Poder Judiciário e tenha as mesmas garantias da Magistratura. Como exemplos, citamos os sistemas de instrução preliminar adotados na Itália e Portugal, pois, nesses dois países, o procedimento pré-processual está outorgado a um Ministério Público constitucionalmente integrante do Poder Judiciário. Nestes casos, será um procedimento judicial e não jurisdicional, porque, apesar de integrar o Poder Judiciário, o Ministério Público não possui poder jurisdicional" - op. cit. p. 33 .

(45) Artigo publicado na *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, n. 27, jun.- jul. 1999, p. 48.

(46) Artigo "Necessidade de controle judicial sobre os inquéritos civil e policial"; subscrito pelo Juiz Federal Fernando Moreira Gonçalves, publicado no *Boletim do IBCCrim* 96/2000, nov. 2000.

(47) Dr. Paulo Sérgio Fernandes, *Reforma do Código de Processo Penal (LGL\1941\8) - Breve análise de anteprojetos remetidos ao Congresso - Parte II*, no site[www.direitocriminal.com.br], de 12.04.2001.

(48) Diversas ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas pela Adepol, todas com o mesmo resultado da absoluta improcedência de sua fundamentação; exemplos: Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.115-4-DF, 1.142-1-RJ, 1.138-3-RJ, 1.751-1 e 1.136-0-PR.

(49) Resposta ao pedido de informações protocolado no STF, em 18.02.1987, na ADIn 1547-8/600.

(50) Hugo Nigro Mazzilli, apud Eurico de Andrade Azevedo, *O Ministério Público na Constituição de 1988*, Saraiva, ano 1989, p. 50.

(51) Saraiva, ano 1991, p. 179.

(52) *Ministério Público e persecução criminal*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1997, p. 89, citado por Cristiano Chaves de Farias, *Boletim do IBCCRIM* 85, dez. 1999.

(53) HC 297.992/5, de São José dos Campos, TJSP, rel. Érix Ferreira.

(54) STJ, 01.12.1998, HC 7.445-RJ, 5.^a T., rel. Min. Gilson Dipp, DJU 01.02.1999.

(55) HC 692023476, rel. Des. Luiz Glenio Bastos Soares, j. 15.04.1992.

(56) j. 05.05.1994, HC 164.618-3, de Mogi das Cruzes.

- (57) *Elementos de direito processual penal*, Bookseller, vol. II, p. 138.
- (58) *Regime jurídico do Ministério Público*, 2. ed., Saraiva, p. 228.
- (59) Tratava-se de uma acusação de concussão feita a alguns investigadores de polícia da Comarca de Campinas, os quais, pouco tempo depois, eram citados pela CPI do Narcotráfico da Câmara dos Deputados e, ao menos um deles, teve sua prisão temporária decretada a pedido dos parlamentares.
- (60) *Processo penal*, 12. ed., Saraiva, vol. I, p. 181.
- (61) HC 1998.01.00.048293-0/PA, TRF 1.^a Região, 3.^a T., rel. Juiz Cândido Ribeiro, j. 10.11.1998, v.u., DJU 12.03.1999, p. 99, e *Boletim IBCCrim* 79/99.
- (62) Artigo "O sigilo pré-processual: uma arma à disposição da sociedade", publicado no *Boletim Plural* 25, jun.-jul. 2000, publicado pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, p. 90 .
- (63) Artigo publicado no *Boletim do IBCCrim* 83/99.
- (64) Op. cit., p. 333.
- (65) Podemos citar que já foi deferida a interceptação telefônica no procedimento investigatório do Ministério Público pelo MM. Juiz de Direito da 3.^a Vara Criminal de Campinas. Através da atuação do Gaeco, a mesma decisão já foi proferida pelo MM. Juiz Diretor do Dipo Dr. Maurício Alves Pinto Porto, dos Meritíssimos Juizes de Direito Corregedores da Polícia Judiciária de Bragança Paulista, Santo André, dentre outros. Registramos ainda que, durante as investigações dos esquemas criminosos existentes no Detran/SP, o Gaeco obteve o deferimento de uma escuta na linha de telefone de um "zangão" (*espécie de despachante policial clandestino*) e acabou descobrindo a existência de uma espécie de *disk - desbloqueio de multas*; através de seu telefone, o "zangão" recebia os números de centenas de placas e depois, através de corrupção no Detran, conseguia desbloquear momentaneamente o débito oriundo de multas ou de IPVA, possibilitando os licenciamentos dos veículos sem qualquer pagamento dos débitos.
- (66) MS 21.729-4-DF, publicado no *Diário Oficial* de 16.10.1995, p. 34.571.
- (67) *Elementos de direito processual penal*, Bookseller, 1997, vol. II, p. 51, com destaque.
- (68) *Ministério Público e persecução criminal*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1997, p. 89, citado por Cristiano Chaves de Farias, *Boletim do IBCCrim* 85, dez. 1999.
- (69) Código de Processo Penal (LGL\1941\8) *interpretado*, 3. ed., Atlas, 1996, p. 305.
- (70) *A relação processual penal*, 2. ed., 1987, p. 172.
- (71) Código de Processo Penal (LGL\1941\8) *brasileiro anotado*, vol. 3, n. 542, p. 243, editado em 1955.
- (72) Op. cit., p. 79.
- (73) Lembramos que o direito comparado não tem acolhido a pretensão da Polícia Judiciária brasileira. Na Alemanha, no âmbito do direito fiscal, as autoridades fiscais estão encarregadas das investigações criminais e de viabilizarem a formação da *opinio delicti* do Ministério Público. Na França outras entidades administrativas, como o Chefe do Executivo Municipal, têm a mesma atribuição da Polícia Judiciária (confira-se na obra já citada de J. M. D. da Cunha, p. 64-76).
- (74) A redação sugerida pelo IBCCrim a respeito desse tema foi apresentada da seguinte forma: "Art. 10. § 1.º Encerrado o inquérito, a autoridade policial remeterá os autos, com relatório, ao juiz competente".

(75) "Justificativas das Sugestões e Ponderações Oferecidas pelo IBCCrim ao Anteprojeto sobre Investigação Policial."

(76) O item 15 da Exposição de Motivos do Anteprojeto argumentou o seguinte: "15. Sobressai, como autêntica novidade a nenhuma interferência da autoridade judiciária, quanto à formulação da acusação, ou à promoção de arquivamento, toda ela processada no âmbito do Ministério Público, a cujo Órgão Superior será conferida a fiscalização da atuação ministerial inferior, com o devido controle pelo ofendido, homologando-a ou ordenando que outro representante da instituição ofereça denúncia".

(77) Segundo o Anteprojeto o art. 28 está redigido da seguinte forma: "Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação policial ou das peças de informação. § 1.º Cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos serão por ele remetidas, no prazo de 3 (três) dias, ao órgão superior do Ministério Público, sendo intimados dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo (...) § 4.º A promoção de arquivamento, com ou sem razões dos interessados, será submetida a exame e deliberação do órgão superior do Ministério Público, na forma estabelecida em seu Regimento". (...)

(78) Essas informações foram transmitidas pelos promotores de justiça norte-americanos e agentes do FBI, durante o Curso de "Abordagem de Força-Tarefa para Investigação e Processamento de Casos - Narcotráfico, Lavagem de Dinheiro e Corrupção", ocorrido em 14 e 15.09.2000.

(79) Interessante observar que, em Portugal, de acordo com o magistério do Prof. Canotilho, em sua obra já citada (p. 665), a quarta revisão da Constituição portuguesa acrescentou mais uma competência de relevante significado político e jurídico-constitucional, a da participação do Ministério Público na *execução da política criminal* definida pelos órgãos de soberania (art. 219/1).

(80) Op. cit., p. 88.

(81) No Poder Legislativo tramita, a passos de tartaruga, o Projeto de Lei do Senado de número 67 de 1996, o qual "define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios, destinados à prevenção e repressão dos crimes praticados por organizações criminosas", de autoria do Senador Gilvam Borges. Conquanto existam reparos a serem feitos no Projeto (por exemplo, a indevida equiparação de organização criminosa ao crime de quadrilha ou bando previsto no art. 288 do CP (LGL\1940\2) - par. ún. do art. 1.º) e o Ministério Público não possa atuar distante da Polícia Judiciária, a proposta legislativa teve o mérito de eleger o procedimento investigatório do Ministério Público como o meio pelo qual se dará a investigação, nos seguintes moldes: "Art. 4.º O Ministério Público, na apuração de crimes praticados por organização criminosa, instaurará procedimento investigatório de natureza inquisitiva, sigilosa e informal ...". Igualmente, o mesmo projeto propõe que o Ministério Público obtenha as informações fiscais e bancárias diretamente, sem a intermediação do judiciário, ressalvando, contudo, a escuta de comunicação telefônica e de dados, as quais só poderão ser realizadas após prévia autorização do juiz (art. 3.º e par. ún.). Como já vimos, há óbice legal para a obtenção dessas informações, posto que estariam protegidas pelo direito à privacidade do cidadão (art. 5.º, XII, CF (LGL\1988\3)). Trata-se, na verdade, de questão fechada pela jurisprudência e pela doutrina, as quais não permitem, mesmo ao Ministério Público Federal, o poder de conhecer, diretamente, sem intermediação do Judiciário, a movimentação do dinheiro de um cidadão investigado.

(82) As empresas de telefonia apóiam-se no Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei 4.117/62, que impede a concessão de informações ou documentos relativos aos usuários, salvo se houver ordem judicial.

(83) Essa questão é ainda muito polêmica e, na verdade, no Gaeco, do Ministério Público de São Paulo, não tem sido atendida em seus pedidos, havendo ainda mandado de segurança *sub judice*. O magistério de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini é contrário a tese aqui exposta, consoante consta na obra *Interceptação telefônica*, Ed. RT, 1997, p. 103-104. Para eles os registros ou dados telefônicos só poderão ser obtidos através de ordem judicial, que deve se ater na avaliação do princípio da

proporcionalidade. A respeito dessa questão já decidiu, inclusive, o E. Tribunal de Alçada Criminal: "Investigação criminal - Requisição para que seja apresentado o número de chamadas entre aparelhos telefônicos - Violação do art. 5.º, XII, da CF (LGL\1988\3) - Inocorrência - Inteligência art. 5.º, XII, da CF (LGL\1988\3) - *Incorre violação ao princípio constitucional do sigilo das comunicações telefônicas*, caso para fins de investigação criminal se pretenda *somente a obtenção dos números de chamadas entre aparelhos telefônicos*, não sendo pretendida a escuta ou a conversação telefônica entre pessoas, vez que, nessa hipótese, *incorre invasão da privacidade*" (destaquei, MS 238.416/4, j. 06.05.1993, 1.ª Câm., rel. Pires Neto, Declaração de Voto Vencedor: Silva Rico, *RJDTACrim* 18/167).

(84) Em Portugal, em 1999, criou-se o DCIAP - Departamento Central de Investigação e Acção Penal, que é o órgão encarregado de coordenar, dirigir a investigação e prevenção da criminalidade violenta, altamente organizada ou de especial complexidade (arts. 9.º, n. 3, e 46, n. 1, do Estatuto do Ministério Público). O DCIAP é integrado por magistrados do Ministério Público, por integrantes de órgãos da Polícia Criminal e funcionários da Justiça. E o departamento conta com dotação orçamentária própria.

(85) Ressalvamos que na Capital de São Paulo, e só na Capital, s.m.j., existem competentes Policiais Civis designados para uma Delegacia Anti-sequestro.

(86) Alberto Silva Franco, *apud* Faria Costa, obra já citada, p. 262.