

## A atuação do Ministério Público no inquérito policial<sup>(\*)</sup>

Grupo de Estudos "Queirós Filho"

Autores: Arnaldo de Carvalho Machado, Cássio Juvenal Faria, Edi Cabrera Rodero, Geraldo Mascarenhas Filho, Moacir Tutui, Paulo Cesar Nicolau Coelho, Paulo Humberto Borges, Paulo Norberto Arruda de Paula

Relator: Grupo de Estudos de Araraquara

I – No vigente Código do Processo Penal a fase investigatória fica a cargo da Polícia Judiciária. Essa atividade, preliminar e preparatória da ação penal, é presidida pelo Delegado de Polícia. A posição do Ministério Público, nesse momento da persecução criminal, segundo os dizeres da codificação adjetiva adicionada pelo Decreto-lei Complementar nº 12, de 9 de março de 1970 (Lei Orgânica do Ministério Público) de âmbito estadual e portanto aplicável apenas no Estado de São Paulo, não atinge a de dono da investigação porquanto, tudo o que se praticar em termos investigativos, mesmo em decorrência de requisição do Juiz de Direito ou do próprio Promotor Público, será executado sob a presidência do Delegado. É verdade que, em se tratando de requisição não poderá essa autoridade indeferir-las, mas, mesmo assim, cumpri-la-á, exercendo seu poder discricionário, dentro dos moldes executórios por ele esposados.

Pelo que se infere dos artigos 4º, nº II, e 13, nº II, do Código do Processo Penal, o órgão do Ministério Público poderá requisitar abertura de inquérito policial ou o cumprimento de diligências; nessa segunda hipótese pressupõe-se, evidentemente, anterior instauração de inquérito. Pelo que dispõe o artigo 34, nº I, da Lei Orgânica, o Promotor Público tem como atribuição legal, se assim o desejar, ou designado for pelo Procurador-Geral da Justiça, acompanhar inquéritos policiais.

Mas, todas essas diligências investigatórias, serão comandadas pela autoridade policial.

II – Entretanto, a experiência judiciária vem demonstrando a necessidade de uma atividade mais profunda e dinâmica do Ministério Público também na primeira fase da persecução penal.

Acresce notar a identidade de interesses entre o Ministério e a Polícia Judiciária no que tange à colheita de provas preliminares. Não há dúvida que tanto uma quanto outra, antes da fase judicial, e tendo em vista a repressão à criminalidade, buscam obter o máximo possível de elementos probatórios a fim de que o exercício do direito de pedir um julgamento a respeito de uma pretensão se faça, já no pórtico da ação, acastelado em certas provas de modo a afastar a sempre alegada e, às vezes, acolhida falta de justa causa para o procedimento judicial. Destarte, a soma dos esforços de ambas, colimando a obtenção de elementos probatórios para a ação penal, concorrerá sobremaneira para uma mais produtiva atuação repressiva, ensejando, conseqüentemente, a queda do número de decisões absolutórias calcadas no *in dubio pro reo*.

(\*) "Justitia" – Vol. LXXXVII – Ano XXXVI – Outubro-Dezembro, 1974 – págs. 243 a 254.

Aliás, nesse particular, antecipando a lei, já vem o Ministério Público, em alguns casos, atuando ao lado da Polícia Judiciária em busca de provas corroboradoras de notícias de crime. Em São Paulo, com aplausos gerais, a Coordenadoria das Promotorias Públicas realiza dignificante trabalho como órgão de ligação entre Promotores Públicos e Delegados de Polícia, bem como, de orientação e auxílio no que concerne às investigações mais complexas. Mesmo no interior, em determinados casos, os Promotores Públicos *sponte sua* ou por designação da Procuradoria-Geral da Justiça, têm acompanhado o desenrolar de inquéritos policiais com efeitos assaz positivos.

III – Sentindo a magnitude desse problema procurou-se no Anteprojeto do Código de Processo Penal colocar o Ministério Público, a par de sua tradicional posição de *dominus litis*, como órgão detentor também de poderes investigatórios, podendo nesse campo agir isolada ou em conjunto com a Polícia.

O ideal seria colocá-lo, como ocorre em algumas legislações alienígenas, como titular das fases investigatória e judicial. Mas, para isso, teria que estar devidamente aparelhado, inclusive com elemento humano especializado em cargo assessorial a fim de que pudesse realizar a contento essas relevantes funções. Todavia, dentro da realidade brasileira, tais idéias distanciam-se de sua concretização embora a tendência seja para sua adoção a longo prazo.

O Anteprojeto, nesse sentido, já se constitui em um passo à frente. Foi até corajoso esposando determinados princípios que, se não anteriormente desconhecidos, tiveram o condão de romper superada sistemática processual.

Assim é que afastou a figura do juiz do inquérito policial. Medida jurídico-processual correta. Se o Ministério Público, na maioria dos casos por ora e, conforme o Anteprojeto, em sua totalidade em delitos de ação penal pública, é o titular absoluto do direito de acionar, compete a ele tão-somente o julgamento a respeito da conveniência ou não de seu exercício. Se as peças informativas obtidas não autorizam a formação da *opinio delicti*, cumpre-lhe apenas arquivar os autos independentemente de homologação judicial, ressalvada a hipótese consagrada pelo § 2º do artigo 95.

A colocação do Magistrado é a de órgão imparcial, podendo contudo, impulsionar de ofício a marcha processual, assim como, já então na fase decisória, converter o julgamento em diligência para a colheita de provas complementares que, por razões diversas as partes deixaram de produzir, à formação de sua convicção, de vez que o processo penal tem em vista a apuração da verdade real.

Normalmente, porém, sua função é a de presidir a atividade processual e, no momento oportuno, fazer a entrega da prestação jurisdicional. Mesmo no que tange ao início da *actio poenalis*, salvo raras exceções e por sinal contrárias à procedura ortodoxa, vedado-lhe é agir de ofício e, por conseqüente, sua atuação fica na dependência da iniciativa das partes.

Dessarte, elogiável a medida incluída no Anteprojeto e consistente em condicionar sua intervenção à instauração da ação, ou, excepcionalmente, ao pedido de aplicação de multa eventualmente formulado pelo órgão acusador com a anuência do indiciado. Pela própria natureza de suas funções não lhe cabe participação alguma na colheita de provas preliminares e preparatórias e nem julgar a respeito da avaliação sobre elas incidida pela parte acusante.

Conseqüentemente, louvável a adoção do que vem preceituado pelo artigo 268 do Anteprojeto, que diz: "Se o órgão do Ministério Público, entender que não há

fundamento razoável para propor a ação penal, determinará o arquivamento do inquérito policial”.

Vê-se por aí, que se o representante do Ministério Público, após acurado estudo das peças do inquérito, concluir pela inviabilidade da ação penal, de próprio, ordenará o arquivamento dos autos. E, efetivamente, assim deve ser, porque ninguém melhor que o acusador oficial para resolver do acerto ou não atinente à propositura da ação.

Os §§ 1º, 2º e 3º do mencionado dispositivo estatuem uma forma de controle por parte da 2ª Instância da Instituição a respeito da atividade do Promotor no tocante ao arquivamento de inquéritos. Para tanto estabeleceu a criação de um Conselho Superior do Ministério Público com a função, além da atribuída pelo artigo 605 do Anteprojeto, de examinar determinações desse jaez em caso de investigação concernente a crimes punidos com pena de reclusão. Nessas hipóteses, o Promotor Público deverá remeter ao citado órgão, cópia de sua manifestação alusiva ao arquivamento.

Não se justifica a constituição de um órgão independente para o exercício dessa função fiscalizadora. Melhor seria, a nosso ver, dar total independência ao Promotor, não ficando pois, suas promoções, submetidas ao crivo de um Conselho Superior quando se tratar de arquivamento de inquéritos relativos à apuração de fatos delituosos punidos com reclusão. Dir-se-á: sem superintendência hierárquica poderia haver excesso quanto aos despachos de arquivamento, ou quiçá, desídia, convertendo-se dessa forma tal proceder em tranqüilas atitudes impeditivas à instauração de afanosas ações penais.

Insubsistentes tais escrúpulos. Em primeiro lugar é de se partir do pressuposto de que todo Promotor, até prova em contrário, deve ser tido como fiel cumpridor de seus deveres e obrigações. E, ademais, seu trabalho, de qualquer maneira, será fiscalizado normalmente através de periódicas correições a cargo da Corregedoria-Geral do Ministério Público; acrescentando-se ainda a faculdade de ofendido reclamar junto à cúpula da Instituição.

No entanto, se assim não se entender, despicienda a constituição de um órgão com o pomposo nome de Conselho Superior. Mais salutar, que essa supervisão se faça pelo próprio Procurador-Geral da Justiça por meio de dois ou três assessores por ele designados, e, evidentemente de sua confiança, na forma contemplada pelo artigo 4º da Lei Orgânica (Decreto-Lei Complementar nº 12, de 9 de março de 1970), cujo critério nada obsta seja esposado por lei federal.

A formação de um Conselho Superior exigiria uma bem organizada estrutura institucional o que não acontece em todos os Estados, sabendo-se que, em alguns, além dos Promotores de 1ª Instância existe apenas o cargo de Procurador-Geral da Justiça.

IV – É fato incontestável que a explosão demográfica que o mundo experimenta, muito tem contribuído, naturalmente, na elevação dos números da estatística criminal.

Antigamente os delinquentes agiam sempre usando da mesma forma, o mesmo processo, adquirindo, em conseqüência, um *modus operandi* que se padronizou.

Atualmente, abandonaram qualquer “técnica”, preferindo usar e abusar da violência. O noticiário policial nos dá conta de que, às vezes, nos assaltos, a vítima é

morta mesmo sem oferecer qualquer tipo de resistência. Isto, naturalmente, acontece também em nosso país.

Sabemos que mesmo na sistemática penal atual, o Ministério Público não está armado para os combates que deve travar com a criminalidade, notadamente as Promotorias Públicas do interior que não possuem o mínimo de equipamentos ou condições para este combate; na verdade, falta tudo no aspecto material, existindo apenas a vontade de seus membros para o desempenho de suas funções.

Destarte, manter a mesma estrutura para o combate à criminalidade, diante desta avassaladora violência, é recuar, abandonar tudo aquilo que com o tempo, com muita luta e sacrifício a Justiça conquistou neste setor.

O Anteprojeto do Código de Processo Penal, neste aspecto, não se esquecendo de resguardar ao máximo o direito de liberdade, tornando reais e efetivas as garantias constitucionais do direito de defesa, aumentou os poderes e as funções do Ministério Público, como órgão da tutela penal visando assim, a efetiva aplicação da lei penal, consoante já foi analisado em tópico anterior.

Inquestionavelmente caberá à Instituição, segundo o Anteprojeto, pelos seus membros ou sob a supervisão destes, a colheita das provas em que se embasará para seu pronunciamento, não restringindo sua participação, somente na requisição de diligências com o fito de completar as investigações policiais. Não há dúvidas que isto engrandecerá o Ministério Público, trazendo-lhe em conseqüência, maiores responsabilidades como guardião da aplicação da lei.

Aliás, *ad argumentandum*, a prova evidente de que a efetiva atuação do Ministério Público na fase investigatória é conveniente e necessária, está consubstanciada na sua participação na colheita de elementos probatórios no famigerado caso do “Esquadrão da Morte”, onde, em circunstâncias totalmente adversas, por óbvias razões, a Instituição por alguns de seus membros, que não contavam com qualquer garantia, conseguiu levar ao conhecimento da Justiça, hediondos crimes, sem qualquer auxílio de técnicas sofisticadas e nem mesmo, de elementos humanos para qualquer tipo de diligência.

É notório que a sistemática penal do Anteprojeto evoluiu no sentido de manter a ampliar o inquérito policial. Ora, concomitantemente com esta evolução, há que evoluir o Ministério Público, agora, para aperfeiçoar sua atuação nestas novas funções na fase investigatória.

Precisando participar efetivamente na colheita de provas para a formação de uma sólida *opinio delicti*, originando-se daí uma segura *persecutio criminis* na fase instrutória, de todo necessário a criação de Coordenadorias no interior, nos moldes daquela implantada na Capital, portanto já existente mesmo dentro da sistemática penal atual.

Seria um órgão que além de captar, transmitiria elementos para as diversas Promotorias Públicas de sua área de ação, mantendo contato permanente com todas aquelas criadas e com a da Capital, possibilitando assim o aceleramento das diligências, e, a Instituição, com esta atuação, não dependeria apenas de uma fiscalização superficial por parte de alguns de seus membros, mas sim de todos aqueles que teriam funções específicas, sem excesso de serviço que tolhe qualquer iniciativa nesse sentido.

Diga-se que não se trata de um ponto de vista entusiasta, utópico, a pretensão da criação de Coordenadorias no interior que, neste caso, origina-se quase sempre de

circunstâncias momentâneas causadas pelo impacto da grande onda de criminalidade, violência, e, conseqüentemente, com inconvenientes de ordem técnico-administrativa.

Trata-se de um ponto de vista eminentemente técnico, sem utopia e tremendamente realista vez que a experiência já aprovou a sua exeqüibilidade e mais, a sua necessidade. A Coordenadoria da Capital, que em dois anos de funcionamento apresentou resultados altamente positivos, além de atuar de modo efetivo e constante ao lado do Promotor, para o aperfeiçoamento da prova, conseguiu ter, dado a diversidade de suas atribuições que coloca seus membros em constante contato com todos os órgãos que integram direta ou indiretamente o sistema de distribuição e aplicação da Justiça, todas as sugestões que apresentou ao Judiciário e a Polícia, acolhidas.

Ressalte-se que seu funcionamento simples e objetivo, sem qualquer formalidade, permitiu neste espaço de tempo, realizar mais de dez mil diligências, com a expedição de apenas 85 ofícios e 85 memorandos.

Ainda, na sua função de aprimorar as condições de combate à criminalidade, a Coordenadoria da Capital sugeriu ao Senhor Procurador-Geral da Justiça a criação do grupo de Promotores especializados em crimes contra o patrimônio com violência ou grave ameaça à pessoa, cuja atuação, depois de implantado, é por todos conhecida.

É a necessária e esperada especificação de funções, há muito desejada e que está ocorrendo. Sabemos que na medida em que a comarca cresce, decresce a eficiência da Promotoria Pública, pois o Promotor continua sozinho e dado ao excesso de serviço que cada vez mais se avoluma, não tem controle sobre nada, advindo daí maiores falhas em sua atuação, que são agravadas em comarcas que apresentam, além de volumoso serviço, problemas complexos a serem solucionados. Nestes casos, o Ministério Público precisa oferecer condições a seus membros para o exercício destas tarefas.

Implantando Coordenadorias pelo interior, dando condições materiais aos Promotores, teríamos uma ação conjunta, isto é, da Instituição e não somente de alguns de seus membros que, com maior capacidade de trabalho podem, durante certo tempo, desenvolver um serviço que quase sempre sofre solução de continuidade.

As Coordenadorias seriam criadas nos municípios das comarcas que são sedes das regiões administrativas, que teriam administração própria e autonomia funcional sobre as áreas destas regiões (cada Coordenadoria criada obedeceria a certas peculiaridades locais, no sentido de manter o número necessário de membros para seu perfeito funcionamento). O Ministério Público não teria sua eficiência comprometida, pois teria um órgão de coordenação e iniciativa que atuaria de maneira dinâmica, sem qualquer burocracia, possibilitando assim, providências prontas e eficazes para o combate à criminalidade.

Cesar Salgado em entrevista concedida para o "Boletim" de junho de 1970, discorrendo sobre o Ministério Público, conceituou-o como:

– "um órgão, capacitado moral e materialmente para defender a sociedade, fazer executar a lei e perseguir o crime".

É exatamente o que a Instituição necessita para defender a sociedade: – meios materiais para perseguir o crime.

Afinal o Ministério Público que tem todos os poderes, deve ter todos os meios e auxílios para a completa investigação criminal que certamente possibilitará sua efetiva atuação como órgão da tutela penal, visando assim, a aplicação correta da lei repressiva.

V – O Anteprojeto do Código de Processo Penal elaborado pelo Prof. José Frederico Marques, publicado em 29 de junho de 1970 e republicado, com alterações, em 10 de maio de 1974, trata do Ministério Público nos artigos 93/100 (Livro II, Título III, Capítulo I).

Segundo a Exposição de Motivos que acompanhou a publicação originária, de maio de 1970, o Anteprojeto, por ter imprimido "maior vigor e amplitude às garantias do acusado", teria reforçado igualmente "posição do Ministério Público, como órgão da ação penal, para, desse modo, procurar alcançar o necessário equilíbrio entre as partes litigantes, na relação processual".

Por ocasião do 1º Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, em dezembro de 1971, Márcio A. Inacarato, Promotor Público, analisando tal afirmação, observou:

"Essa preocupação, excessivamente dosimétrica de contrabalançar o possível acréscimo de poderes do órgão da acusação com um maior resguardo do direito à liberdade do réu, se bem que, teoricamente, assentada em princípios norteadores de uma justiça ideal, irá terminar, na prática por transformar a nova lei processual, que brevemente entrará em vigor, num código excessivamente liberal, que não atenderá as exigências do combate à criminalidade e delinqüência de nossos dias ("Anais", vol II, pág. 24).

Se tal observação, feita à luz do Anteprojeto originário, já era fundada e preocupante, mais ainda se torna à vista da recente republicação, que suprimiu posições diretas "de reforço" do Ministério Público, v.g., a possibilidade de ordenar a prisão temporária, "a fim de assegurar a captura do indiciado, ou compeli-lo ao cumprimento de ônus e obrigações a que está sujeito no inquérito policial", anteriormente prevista no artigo 497.

Ademais, como analisaremos, não nos parece que as inovações trazidas pelo Anteprojeto tenham sido, na essência, de moldes a dotar a Instituição dos poderes e meios indispensáveis à consecução de seus fins, ou seja, a efetiva realização da Justiça, no interesse da sociedade que o Ministério Público representa.

No tocante à matéria específica da possibilidade de intervenção do Ministério Público no inquérito, a redação originária do Anteprojeto consignava uma Seção específica (Livro IV, Título II, Capítulo II, Seção III: "Da intervenção do Ministério Público no inquérito" – artigos 263 e 264).

Por uma questão, ao que tudo indica, de sistemática, referida Seção foi suprimida na atual redação do Anteprojeto. Não mais subsiste, por isso e exemplificativamente, a possibilidade de o órgão do Ministério Público, intervindo no inquérito policial, "dirigir os atos de busca e apreensão" (antigo artigo 263, inciso II).

As demais atribuições do Ministério Público no inquérito restaram consignadas no Capítulo "Do Ministério Público", no Título III ("Das Partes") do Livro II ("Da Justiça Penal").

O Anteprojeto, no artigo 93, "separando o exercício da ação penal do exercício da jurisdição penal", qualificou o Ministério Público como "órgão do Estado" com tríplice forma de atuação na justiça penal: exercitando a ação penal, fiscalizando a aplicação da lei e supervisionando a execução da pena. Dispõe ainda caber ao Ministério Público:

“II – Promover, quando entender necessário, a abertura de inquérito policial e a prática de atos investigatórios”

Parágrafo único – São atribuições do Ministério Público relativamente ao inquérito policial:

- a) requisitar a abertura de inquérito policial;
- b) acompanhar e requisitar diligências e atos investigatórios quando entender útil à descoberta da verdade;
- c) determinar a volta do inquérito à autoridade policial, enquanto não oferecida a denúncia, para novas diligências e investigações”

Como dissemos, praticamente não houve inovações: a possibilidade de requisição de inquérito, ou de diligências dentro do inquérito, é prevista pelo direito vigente; a faculdade de acompanhar diretamente diligências e atos investigatórios, embora não prevista expressamente no código atual, figura entre as atribuições do Promotor Público consoante dispõe o artigo 34, inciso I, da Lei Orgânica (Decreto-lei Complementar nº 12, de 9 de março de 1970), de âmbito estadual é certo, mas, de qualquer forma, inexistente empecilho legal para a prática dessa prerrogativa.

Modificação relevante, esta sim, é a do artigo 94, que reza: “Os atos previstos no artigo anterior independem de ordem, despacho ou autorização judicial, salvo quando de outro modo dispuser este código”

Analisando o citado dispositivo, artigo 93 –, observamos que “promover a abertura de inquérito policial” (inciso II) e “requisitar a abertura de inquérito policial” (parágrafo único, letra a) é mera redundância, já que, pela nova redação, a única forma de o Promotor Público determinar a abertura de inquérito é mediante “requisição”. Não mais subsiste o dispositivo da redação originária que facultava a instauração de inquérito mediante “ordem do Ministério Público” (artigos 251 e 252 da primeira publicação), através de ofício que seria despachado pela autoridade policial, substituindo a portaria. Dispõe a nova redação do artigo 252 que o inquérito policial será iniciado “mediante portaria da autoridade policial, ou ato de prisão em flagrante”.

Cumpra examinar agora, especificamente, o problema da fiscalização do inquérito pelo Promotor Público. Como vimos, as atribuições do Ministério Público no inquérito policial estão enumeradas no parágrafo único do artigo 93. E seu inciso II, na parte útil, ainda dispõe caber ao Ministério Público “promover, quando entender necessário, a prática de atos investigatórios”.

A conveniência e a atualidade de tal dispositivo são indiscutíveis. Corresponde à pretensão defendida pelo Promotor Márcio Inacarato no 1º Congresso do Ministério Público de São Paulo:

“Em linhas gerais, o que se pleiteia, o que se exige, para que o Ministério Público possa atuar eficientemente no Processo Penal, eis que o Titular da Ação Penal, para que possa atuar sem a dependência de órgãos externos, é a faculdade de, em determinados casos, e sempre que o exija o interesse público, ele próprio, e autonomamente, realizar a investigação criminal, na fase do inquérito, e outras diligências probatórias, quando se fizerem necessárias, na fase do processo propriamente dito” (“Anais”, vol II, pag. 21).

É negável o acerto da posição. Entretanto, esta forma autônoma e paralela de investigação exige disponibilidades materiais e pessoais de tal monta que, a nosso ver, dentro da realidade vigente, seria quase que impraticável. O Promotor Público,

mesmo que munido de poderes para levar adiante o inquérito, como, v.g., a possibilidade de condução coercitiva de testemunha, teria, afinal, que servir-se da própria máquina administrativa e funcional da Polícia. A investigação deixaria de ser autônoma e paralela, porque os meios necessários à sua efetivação acabaria por torná-la uma investigação policial.

Uma outra posição foi sustentada pelo Procurador da Justiça de São Paulo Hélio Pereira Bicudo, no seu estudo “A Investigação Criminal e Ministério Público”, publicado in “Justitia”, vol 70, págs. 7 e segs., propugnando a subordinação da Polícia Judiciária à direção do Ministério Público.

Também nos parece válida a sustentação. Contudo, envolve problemas de ordem constitucional, que a lei ordinária, como será o Código do Processo Penal, não pode resolver.

Encarando o problema sob um aspecto prático e objetivo, norteados pela realidade do advento de uma nova sistemática processual penal, como lei ordinária, entendemos de sugerir uma posição que atenda aos interesses da Instituição e da sociedade que ela representa, e que seja praticável.

Assim, deixando de lado a faculdade da promoção de uma investigação autônoma e paralela, e também a idéia da completa subordinação hierárquica da Polícia Judiciária ao Ministério Público, entendemos que o ideal, dentro do momento e da realidade prática que vivemos, seria prever a faculdade de o Promotor Público não apenas requisitar o inquérito, diligências e atos investigatórios, ou acompanhá-los, mas também a faculdade de “presidir” (avocando), quando entender útil ou necessário a descoberta da verdade, a realização de atos investigatórios e o próprio inquérito policial. Tal faculdade, discricionária, seria exercida e ditada pelas circunstâncias do próprio caso investigado.

Seria um comando facultativo, que não se confundiria com a tese da pretensa substituição do Delegado de Polícia pelo Promotor Público.

A razão da necessidade da presença do Ministério Público no inquérito é a fiscalização da polícia judiciária, por força e decorrência da sua atribuição de fiscal da aplicação da lei.

É evidente que o bom senso nortearia a intervenção do Promotor Público no inquérito. Poucas seriam as vezes que ela deveria ocorrer. Mas ficaria sempre a faculdade expressa em lei, para ser usada quando necessário. Recentes acontecimentos envolvendo policiais justificariam essa possibilidade de “comando facultativo”, ditada pelas peculiaridades do caso.

VI – Seguindo por uma linha de princípios mais sadia, o anteprojeto introduziu interessante inovação, prevista no artigo 95 e seus parágrafos.

Nos termos do citado preceito, o órgão do Ministério Público, ao invés de devolver o inquérito policial à origem para novas diligências e investigações, poderá, após ouvir testemunhas, ofendido e indiciado, propor a este a aplicação imediata de multa. Aceita a proposta, irão os autos conclusos ao juiz para que, admitida a proposição homologue-a, declarando conseqüentemente extinta a punibilidade, pela preempção.

É a mitigação do princípio da obrigatoriedade. Em decorrência, o Promotor Público, poderá, ao invés de oferecer denúncia e atento às condições pessoais do indiciado, à natureza da infração penal, sua repercussão no meio social, bem como,

suas conseqüências materiais, propor a aplicação de multa com o aval do próprio investigado. É verdade que, nesses casos, existem condições para a instauração da ação penal; sobrepujam-nas, porém, razões de política criminal.

Todavia, quando a proposta da aplicação imediata em multa não é admitida pelo juiz, surge interessante questão que, a nosso ver, não ficou satisfatória e explicitamente resolvida pelo Anteprojeto.

Preceitua o artigo 95, § 4<sup>o</sup>:

“Se o juiz entender que não deve admitir, para o caso, a extinção da punibilidade, por perempção, os autos voltarão ao Ministério Público, para o oferecimento da denúncia”.

Estaria o Ministério Público obrigado ao oferecimento da denúncia, nos termos expressos do citado parágrafo?

Formular o pedido de arquivamento dos autos, a essa altura, já não é mais possível. Isso porque, ao propor a aplicação de multa o órgão do Ministério Público está pleiteando a substituição da ação penal pública por essa medida movido por razões de política criminal. Logo, somente por ela poderá optar se elementos existirem para a propositura da ação.

Portanto, constituir-se-ia em gritante incoerência ordenar o arquivamento dos autos de inquérito ou de outras peças informativas na hipótese do juiz não aceitar a proposta de aplicação de multa ao indiciado.

Considerando, outrossim, que, conforme a sistemática adotada pelo Anteprojeto, o Ministério Público é o *dominus litis*, não se permitindo uma efetiva intervenção do juiz no inquérito policial, inadmissível também determinação judicial conducente a obrigar o Promotor Público a oferecer denúncia. Isso refletiria numa submissão do Ministério Público ao Judiciário.

Aplicável aqui a lição do saudoso Espinola Filho ao comentar o artigo 28 do atual Código:

“Mas, não há desconhecer que constituiria um abalo dos mais graves à independência do Ministério Público, anulando-lhe o poder de apreciar o préstimo e a suficiência dos elementos colhidos, para instauração da ação penal, admitir que, não acolhendo o pedido de arquivamento, o juiz pudesse ordenar ao Promotor o oferecimento de uma denúncia, que a esse se não afigurasse em condições de ser dada” (“Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro”, vol. I, pág. 361).

Dessa decisão, caberia então, agravo de instrumento? Dispõe o artigo 607 do Anteprojeto:

“Das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento, salvo:

I – nos casos dos artigos 598 e 600.

II – se, sem prejuízo para a parte, puderem ser impugnadas em preliminar de apelação.

Nas ressalvas estatuídas nos dois incisos não se encaixa a decisão. O mesmo se pode afirmar no tocante ao *caput* do dispositivo. A primeira conclusão tira-se da simples leitura do artigo.

Chega-se à segunda atentando-se para o fato de que o agravo só é cabível de decisão proferida no processo, vale dizer, de decisão exarada depois de constituída a relação jurídica. Como bem o disse Frederico Marques: “O processo, portanto, é o

instrumento de que se serve o Estado, no exercício da jurisdição, para compor um conflito litigioso de interesses”. (“Manual de Direito Processual Civil”, vol. I, pág. 7). Em outras palavras define o Cândido Dinamarco: “Ora, o processo é também uma complexa ligação entre os sujeitos que nele desenvolvem atividades. Autor e réu, exequente e executado, entram em relação com o Estado, o qual vem ao processo em busca de um objetivo próprio – a atuação dos preceitos do direito material. Essa relação que assim se estabelece (relação jurídica processual), e que é regida pelo complexo de normas e princípios que constitui o direito processual, vista em seu conjunto apresenta-se composta de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas de cada um dos sujeitos do processo: poderes, faculdades, deveres, sujeições, ônus.” (“Execução Civil”, pág. 85).

Ora, ao propor o Promotor Público de comum acordo com o indiciado a aplicação de multa a este, a relação jurídica processual ainda não está formada. E o juiz ao apreciar a proposta não exerce atividade jurisdicional. Aliás, o § 2<sup>o</sup> do artigo 95 tem em vista evitar a instauração do processo, ou seja, o conflito de interesses a ser afinal resolvido jurisdicionalmente.

Acresce notar ainda que, se fosse possível a interposição do aludido recurso, e, confirmando a 2<sup>a</sup> Instância a decisão recorrida, estaria o Poder Judiciário impondo ao Ministério Público uma forma de proceder o que não se coaduna com as posições dessas Instituições na sistemática processual penal.

Como, então, resolver esse impasse? É omissivo o Anteprojeto a respeito. Cumpra assim, suprir essa lacuna. Mas, de que maneira? Entendemos que a solução ache-se no artigo 28 do atual diploma adjetivo cujos termos devem ser transportados para o corpo do Anteprojeto. Se, atualmente, o Juiz de Direito não concorda com o pedido de arquivamento dos autos de inquérito ou de quaisquer peças de informação tem que fazer a remessa do inquérito ou das peças informativas ao Procurador-Geral da Justiça a quem cabe a última palavra. Do mesmo modo deverá ser feito, e razões em contrário inexistem, no caso do Juiz dissentir do Promotor no tocante ao seu pedido de aplicação de multa.

Não cabe ao Magistrado, no que concerne à instauração da ação penal, ordenar ao Acusador que haja desta ou daquela forma.

Conclui-se, por isso, que o Ministério Público de posse dos autos de inquérito ou de outras peças informativas, poderá:

a) propor a ação penal;

b) determinar o arquivamento;

c) sugerir a aplicação de multa com o beneplácito do indiciado e, nesta última hipótese, discordando o Julgador, cumprir que se remetam os autos ao Procurador-Geral da Justiça que dirá a palavra derradeira. Para tanto, é de se mudar a redação do § 4<sup>o</sup> do artigo 95, consagrando-se o princípio da devolução na forma sugerida e já consagrada pelo artigo 28 do Código de Processo Penal vigente.

VII – Consoante a sistemática do Anteprojeto, o Promotor Público pode não só acompanhar todo o desenrolar do inquérito policial, incluindo as diligências e atos investigatórios por ele requisitados, como assim, ele próprio presidir a colheita de determinadas provas como ouvir o indiciado, o ofendido e testemunhas, tudo conforme vem preceituado pelo artigo 95. E o artigo 96 preconiza que, para a realização desses atos o órgão do Ministério Público contará com a colaboração do escrivão e oficiais de justiça.

O primeiro reparo a fazer é o seguinte: não se compreende porque o citado preceito facultou ao Ministério Público apenas ouvir o indiciado, o ofendido e testemunhas. Se a finalidade é complementar ou corrigir lacunas verificadas quando de diligências praticadas pela Polícia, melhor que se lhe atribuísse a faculdade de poder, ele próprio, diligenciar no sentido de obter qualquer prova que considerar imprescindível para a formação da *opinio delicti*.

A segunda observação a fazer é que, essas diligências, para que sejam mais proficuas, inclusive no sentido de celeridade de seu cumprimento, ocorrendo às vezes necessidade do próprio Promotor ter que se deslocar para o local de sua realização, aconselhável seria que a lei adotasse o direito de requisição de policiais, quer militares, quer civis, além dos funcionários já mencionados pelo artigo 96.

A propósito, bem anotou Márcio Inacarato: "Para tal, e considerando a impossibilidade material por ora, de lhe serem fornecidos os funcionários administrativos necessários, há que se lhe outorgar a faculdade de requisitar escrivães de Polícia ou do Juízo, investigadores, oficiais de justiça em certos casos, e a própria Força Policial, quando se fizer necessário" ("Anais do I Congresso do Ministério Público", vol II, pág. 21).