

## **REFORMA DO CODIGO DE PROCESSO PENAL: A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL - O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**<sup>1</sup>

Autor: Rômulo de Andrade Moreira - Procurador de Justiça do Ministério Público da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS.

Agradeço o convite que me foi formulado pela organização do evento na pessoa do meu irmão, Professor Antônio Vieira, Professora Marina Cerqueira e o Professor Elmir Duclerc, além de saudar a todos.

Eu dividi a minha participação em três partes, a primeira fazendo a análise, ainda que aligeirada, das atribuições do Ministério Público no Brasil; depois analiso o sistema chileno sobre o aspecto exclusivamente do papel do Ministério Público; e, ao final, farei uma conclusão propositiva do papel do Ministério Público no sistema acusatório.

No Brasil, as atribuições do Ministério Público, estão elencadas no art. 129 da Constituição Federal e a principal delas é o exercício da ação penal pública de forma privativa. Óbvio que temos a ação penal de iniciativa privada que, aliás, no projeto de reforma do novo Código de Processo Penal extingue-se, só restando a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, mesmo porque é cláusula pétrea e não poderia ser suprimida.

O Ministério Público, além de ser parte na ação penal, tem uma destinação que é a fiscalização da lei. Portanto, é uma atribuição, é uma função digamos assim que tem dois aspectos, porque a parte autora deve ao longo do processo ou até mesmo antes dele zelar pela fiel execução da lei.

O projeto de reforma do código repete essa destinação, mas com outras palavras bem mais significativas. No art. 57 do Projeto de Lei nº. 8.045/2010, lê-se que o Ministério Público, além de ser parte, zelará pela correta aplicação da lei e pela defesa da ordem jurídica.

Portanto, a comissão responsável pela reforma achou por bem colocar expressamente caber ao Ministério Público, na ação penal pública, além de ser parte, defender a ordem jurídica.

Em relação a outra atribuição na área criminal, temos a investigação criminal que durante muitos anos foi alvo de uma polêmica muito mais corporativista do que

---

<sup>1</sup> Transcrição da palestra proferida no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em evento realizado em conjunto com o Instituto Baiano de Direito Processual Penal, a Defensoria Pública da Bahia, o Ministério Público da Bahia e o Tribunal de Justiça da Bahia, no dia 29 de agosto do ano de 2016, tratando do tema: "O Papel do Ministério Público no Processo Penal e o Sistema Acusatório." A transcrição foi feita pelo aluno David Magno de Moraes, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Luis Gustavo Castanho Grandinetti, a quem agradeço muitíssimo.

jurídico-constitucional. Corporativista porque havia, e continua havendo, uma estranha disputa de poder entre a Polícia e o Ministério Público. A Polícia querendo a exclusividade da investigação e o Ministério Público querendo esse mesmo poder investigatório-criminal. Isso é uma distorção do sistema que só traz prejuízos para a investigação criminal. Evidentemente que nessa disputa não há nenhum interesse público envolvido, pois cada instituição está querendo mais poder. Para poder barganhar, obviamente.

Essa questão da investigação foi superada porque o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 593927, julgado em maio do ano passado, decidiu, por maioria, que o Ministério Público tem poder investigatório criminal, permitido pela Constituição. Eu concordo. O que eu acho é que falta uma lei infraconstitucional disciplinando essa investigação criminal pelo Ministério Público. Vejam que o inquérito policial esta mal disciplinado no Código de Processo Penal, mas está lá. Nos arts. 4º. ao 23ª. estão estabelecidas as regras atinentes ao inquérito policial. Mas esse procedimento investigatório criminal (o chamado PIC) que é feito pelo Ministério Público, onde está regulado, onde estão os prazos, os deveres, os direitos, as prerrogativas, etc.? Não tem nada.

O Conselho Nacional do Ministério Público, antes mesmo do Supremo Tribunal Federal decidir pela constitucionalidade da investigação criminal, baixou a Resolução nº. 13, de outubro de 2006. Essa resolução quer fazer as vezes de lei, mas lei formal não é. Essa resolução é inconstitucional, porque contém normas de caráter processual. É uma verdadeira lei de processo. Mas o Conselho Nacional do Ministério Público não é o Poder Legislativo, não pode editar resoluções com esse caráter de norma processual.

Aliás, também o Conselho Nacional de Justiça faz muito isso, usurpando a competência legislativa que é da União, conforme o art. 22, I.

Então, apesar de eu entender completamente a posição do Supremo Tribunal Federal em legitimar constitucionalmente a intervenção do Ministério Público diretamente na investigação criminal, carecemos de um projeto de lei que seja encaminhado ao Congresso Nacional para que discipline essa investigação, inclusive prevendo responsabilidades do membro do Ministério Público, em caso de algum abuso de poder, ou de autoridade, mas não há.

No Projeto de Lei nº. 8.045 não se dispõe sobre isso. Apenas trata do inquérito policial e do termo circunstanciado, de maneira que vai continuar essa lacuna. Como todo mundo está cumprindo a Resolução nº. 13, dificilmente o Supremo Tribunal Federal dirá que ela é inconstitucional, porque são resoluções editadas pela cúpula do próprio Ministério Público. Então, isso vai ficar assim mesmo.

Uma outra questão que eu vou abordar agora, ainda nessa primeira parte, diz respeito ao arquivamento do inquérito. O projeto de lei não avançou nada; permaneceu como é hoje.

A ideia de dar ao Juiz a possibilidade de discordar do parecer do Ministério Público pelo arquivamento não tem nada a ver com o sistema acusatório. E vai continuar porque o projeto nos arts. 38 a 40 repete o art. 28 do Código de Processo Penal, ou seja, o Promotor pede o arquivamento, o Juiz concorda ou não concorda. Se concorda, arquiva, se não concorda, envia para o Procurador-Geral.

Em termos de arquivamento, a melhor proposta que já vi no Brasil foi feita pela chamada Comissão Ada, que apresentou um anteprojeto, convertido no Projeto de Lei nº. 4209/2001. O art. 28 passaria a ter uma outra redação, mas ele já sofreu uma alteração lá no Congresso, então, esse projeto que está lá, que só trata da investigação criminal, só trata de inquérito policial.

Então, como que se daria o arquivamento: o Ministério Público não requer o arquivamento, ele promove o arquivamento. Agora, evidentemente, tem que ter controle, então, promovido o arquivamento, ele notifica a vítima e o indiciado ou algum sucessor da vítima, se a vítima morreu, para que ofereçam razões. A vítima, evidentemente, contrária ao arquivamento e o indiciado a favor. Com essas razões, o membro do Ministério Público envia os autos para um órgão colegiado. Não para o Procurador-Geral. Seria um órgão colegiado que teria possibilidade de reavaliar a promoção de arquivamento. Se ele entendesse que era caso de arquivamento mandaria para o Promotor substituto, se entendesse que era caso de arquivamento, então só assim o Juiz estaria obrigado a arquivar.

Com relação à titularidade da ação penal não há mudança no projeto de reforma porque a ação penal pública continua sendo de titularidade do Ministério Público, conforme o art. 129, I, da Constituição Federal.

Já disse que a ação de iniciativa privada acaba. Uma novidade é que todos os crimes praticados contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça, como o furto, a receptação, passam a ser crimes de ação penal pública condicionada à representação da vítima, quando, evidentemente, só atingir o bem do particular.

Com relação à regra da obrigatoriedade da ação penal, que muitos encontram fundamento no art. 24 do Código de Processo Penal, quando diz que o Ministério Público deverá oferecer a denúncia. Eu sou contra a regra da obrigatoriedade por ela não satisfazer os princípios do sistema acusatório, tampouco questões de política criminal. Ambos desaconselham a adoção da regra da obrigatoriedade. No Chile não é assim.

O projeto de reforma, quando trata do arquivamento, tem uma redação que me parece indicar a adoção da regra da oportunidade. Isso vai gerar uma grande controvérsia, se e quando a reforma passar.

O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer peça de informação, seja por insuficiência de elementos de convicção, a chamada justa causa, seja por outras razões de direito. Ora, que razões de direito seriam estas que autorizariam o Ministério Público a requerer o arquivamento ao Juiz? Seriam razões de política criminal, por exemplo. Parece-me que este art. 38 do Código de Processo Penal projetado consagra a regra da oportunidade.

Quanto à indesistibilidade da ação penal ela continua prevista no art. 49 do Código de Processo Penal projetado.

Agora farei uma análise, dentro do tempo que me foi dado, a respeito do Ministério Público chileno. Bem, o Ministério Público no Chile praticamente não tem nenhuma atribuição de natureza civil. Nesse aspecto ele é completamente diferente do Ministério Público do Brasil, que tem ação civil pública, inquérito civil, defende interesses difusos e coletivos. No Chile não. Ele tem o poder de investigação criminal, a titularidade da

ação penal pública e cuida da proteção de vítimas e testemunhas. Neste sentido, é expresso o art. 83 da Constituição Federal do Chile.

Com relação à investigação criminal, tanto na Constituição chilena, como na Lei Orgânica do Ministério Público, fica claro que a investigação é dirigida diretamente pelo Ministério Público e a Polícia age a partir de ordens e diretrizes ditadas pelo Ministério Público.

A Constituição chilena dispõe que o Ministério Público pode determinar ordens diretas às Forças de Ordem de Segurança, que é a Polícia. Há um trabalho conjunto entre a Polícia e o Ministério Público. Isso fica claro quando acontece um crime. Sempre há um Promotor de sobreaviso que recebe informações diretas da Polícia.

No Chile há um mecanismo chamado de arquivamento provisório que acontece da seguinte forma: se o Fiscal entender que aquela investigação não tem sentido ele faz um arquivamento provisório. Está previsto em lei e nada impede que seja, posteriormente, desarquivado. Se a Polícia tiver notícias de novas possibilidades de investigação, haverá o prosseguimento das investigações. O Ministério Público tem que ficar ciente da prática de qualquer delito para que possa proceder às investigações ou determinar o arquivamento provisório.

Uma questão que não me parece adequada do ponto de vista do sistema acusatório é a interferência do Poder Judiciário chileno na escolha dos membros do Ministério Público. Pela Constituição chilena, o Fiscal Nacional, que no Brasil seria equivalente ao Procurador-Geral da República, é escolhido pelo Presidente da República, a partir de uma lista tríplice indicada pela Suprema Corte, constituindo uma intolerável ingerência do Judiciário no Ministério Público.

O Fiscal Nacional tem um mandato de oito anos, não podendo ser reconduzido. Há também os Fiscais Regionais, que atuam nas respectivas Fiscalías. Estes são escolhidos pelo Fiscal Nacional, a partir de uma lista tríplice elaborada pela Corte de Apelação, o que mais uma ingerência indevida do Judiciário na escolha dos Fiscais chilenos.

O Fiscal Nacional e os Fiscais Regionais não são membros da carreira do Ministério Público. Para ser Fiscal Nacional é necessário ter dez anos de advocacia e para ser Fiscal Regional e preciso ter cinco anos de advocacia, além de outros requisitos de natureza técnica. Eles não precisam ser necessariamente membros da carreira, portanto.

Membros da carreira só são os Fiscais Adjuntos, aqueles que realmente exercem as atribuições do Ministério Público. São os Fiscais locais, escolhidos pelo Fiscal Nacional, a partir de uma lista tríplice elaborada pelos Fiscais Regionais. Primeiro se exige um concurso público, depois o Fiscal Regional escolhe três nomes e dentre estes o Fiscal Nacional escolhe os Fiscais Adjuntos, que são aqueles que têm a função mesmo de investigar, sendo os únicos integrantes da carreira do Ministério Público.

O Fiscal Nacional e os Fiscais Regionais têm o poder de avocar qualquer investigação criminal que esteja em mãos do Fiscal Adjunto. Tanto avocar a investigação quanto a própria ação penal. Nesse aspecto o Ministério Público é completamente diferente do Brasil, porque aqui há uma autonomia funcional, nada obstante tratar-se, sob um certo aspecto, de uma instituição hierarquizada.

Feitas estas observações, poderíamos, então, perguntar qual seria o modelo ideal. Cremos que o modelo chileno do Ministério Público é satisfatório, ressalvada a questão

da escolha de seus membros. Entendemos que o Ministério Público tem que ter um foco: investigar crimes com o auxílio da Polícia, sem subordinação hierárquica ou funcional. Isso não há. A Polícia tem sua autonomia administrativa. Não faz sentido este afastamento do Ministério Público das investigações criminais, se elas têm como destinatário o Ministério Público.

O que acontece no Brasil hoje? A Polícia faz o inquérito, realiza as diligências que entender necessárias, não comunica nada ao Ministério Público e, terminado, envia aquela documentação toda ao Ministério Público. Então, o Promotor de Justiça ou o Procurador da República diz: não dá para oferecer a denúncia, não há justa causa, precisa ser refeito. Se houvesse uma cooperação entre as duas instituições isso certamente não aconteceria.

Entendo que a atribuição para investigar deve ficar a cargo do Ministério Público. Não há demérito para a Polícia. Ao contrário, divide-se a responsabilidade. Isso, por exemplo, está expresso no Código de Processo Penal alemão, quando dispõe que “*a Promotoria de Justiça deverá averiguar não só as circunstâncias que sirvam de encriminamento como as que sirvam também de inocentamento e cuidar de colher as provas cuja perda seja temida.*” Ou seja, o Ministério Público pratica atos investigatórios para trazer elementos de culpa ou de inocência do investigado. Dispõe o Código de Processo Penal alemão que a Promotoria poderá exigir informações de todas as autoridades públicas, realizar diligências diretamente ou por meio das autoridades e funcionários da Polícia.

Também o Código de Processo Penal italiano, no art. 326 diz que “*o Ministério Público e a Polícia Judiciária realizarão, no âmbito de suas respectivas atribuições, a investigação necessária para o exercício da ação penal.*” O art. 327 estabelece que o Ministério Público dirige a investigação e dispõe diretamente da Polícia Judiciária.

Em Portugal, a Lei Orgânica do Ministério Público estabelece, no art. 3º., caber “*ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, ainda quando realizada por outras entidades e fiscalizar a atividade processual dos órgãos de polícia criminal.*”

Em França, o art. 41 do Código de Processo Penal, dispõe que “*para o fim de investigação, o Procurador da República dirigirá a atividade dos oficiais e agentes da polícia judiciária.*”

Então, creio que o modelo ideal é a investigação criminal feita pelo Ministério Público. A maior contestação é aquela segundo a qual haveria uma incompatibilidade entre as funções de investigar e acusar. Até que ponto seria conveniente o Ministério Público, que é parte no processo, dirigir a investigação? Esse é um problema mais para ser resolvido pelos membros do próprio Ministério Público, cientes de suas responsabilidades constitucionais, do que pela lei. Como vimos, na Alemanha a investigação feita pelo Ministério Público é realizada de forma isenta. Não se pode partir do pressuposto que o investigado é, necessariamente, o autor do crime. É preciso colher elementos sobre todos os aspectos do fato criminoso, inclusive os que possam favorecer o pedido de arquivamento por parte do Ministério Público. Mas, para isso acontecer, é preciso que se mude essa cultura do acusador público que ainda está muito enraizada no Brasil, como se vê, por exemplo, na atuação do Ministério Público na chamada Operação Lava-Jato.

Defendo também que deve haver paridade de armas entre a acusação e a defesa, inclusive nesta fase preliminar. Participação efetiva da defesa, não meramente formal e decorativa, inclusive requisitando diligências e participando de audiências.

Neste aspecto, houve um avanço no ordenamento jurídico brasileiro, porque foi alterado o art. 7º. do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, acrescentando-se o inciso XXI, que diz ser "*prerrogativa do advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivado direta ou indiretamente, podendo, no curso da respectiva apuração, apresentar o advogado razões e quesitos.*"

Isso já satisfaz, de uma certa maneira, porém, por causa da realidade social e econômica dos indivíduos, acabava virando letra morta, pois a ele só aproveita aqueles que tenham condições financeiras para contratar um advogado.

Com relação à ação penal pública, creio que deve ser privativa do Ministério Público. Não há sentido colocar a vítima como autora de uma ação penal. Não há sentido nisso, mesmo a ação penal de iniciativa privativa subsidiária da pública, que é uma cláusula pétrea. Acho que em caso de omissão do Ministério Público deve haver mecanismos internos de controle sobre isso.

Por fim, conluo com uma crítica veemente a esta banalização de pedidos de prisão preventiva, especialmente para coagir o réu a delatar. Sou, inclusive, favorável à modificação da lei para só permitir delação premiada de réu solto e não preso.

Muito obrigado pela atenção de todos.