

A possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público e sua relevância no combate ao crime organizado*

MARCELA DE JESUS BOLDORI FERNANDES

Advogada e ex-aluna da Fundação
Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul

1 – INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, analisando o art. 4º do Código de Processo Penal, verifica-se que o legislador, como regra, optou pelo sistema de investigação preliminar policial. Esse sistema, como expresso na Exposição de Motivos de tal Lei, era, à época da criação do Diploma Legal, o mais adequado à realidade brasileira, dada a vastidão do território nacional e o precário grau de organização do aparato estatal na repressão aos delitos.

Hoje, contudo, discute-se a eficácia desse sistema de investigação preliminar diante do grande número de procedimentos que, finda a investigação policial, retornam com pedido ministerial de realização de diligências; do expressivo número de delitos em que a investigação resta inexitosa; bem como do avanço da macrocriminalidade. Por tais razões, fala-se em “crise do inquérito policial”.

Diante desse contexto e considerando que a investigação criminal eficiente é de fundamental importância para a efetividade do direito penal – uma vez que reduz os números da criminalidade não apurada e evita a propositura precipitada da ação penal –, faz-se interessante estudar a possibilidade de investigação criminal pelo titular da ação penal pública, o Ministério Público, especialmente nos delitos que se enquadram na categoria crime organizado, também denominado de macrocriminalidade.

* Este artigo é fruto da pesquisa realizada para a elaboração da monografia de conclusão do Curso de Ciências Sociais e Jurídicas da Universidade Federal de Santa Maria, RS, em 2003, e obteve o 2º lugar no II Concurso de Monografias da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, realizado em 2004.

2 – A LEGITIMIDADE INVESTIGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 – O sistema de investigação policial e sua crise

Antes de estudar a legitimidade investigativa do Ministério Público, é importante analisar os motivos que levaram o legislador de 1941 a optar pelo sistema de investigação policial, bem como a razão pela qual se fala na crise do inquérito policial.

Consoante a Exposição de Motivos do Decreto-lei nº 3.689/41, a escolha do sistema de investigação preliminar policial foi motivada pela precária organização judiciária do País, fato que levou o legislador a descartar a investigação preliminar a cargo do juiz instrutor (proposta de Vicente Raó em 1936).

Nesse contexto, verifica-se que tanto o sistema como seus métodos investigativos foram concebidos para o enfrentamento da criminalidade clássica, ou seja, para a apuração dos delitos previstos no Código Penal de 1940. Tais delitos, em regra, são crimes contra bens individuais, praticados por uma ou mais pessoas em concurso, ou, mais raramente, por uma quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal Brasileiro¹).

Diante disso, é notável que esse sistema e seus métodos são inadequados à apuração dos novos delitos como o crime organizado, os delitos de colarinho branco, contra a ordem financeira e tributária, a corrupção e outros crimes, que possuem muitas vezes caráter transnacional e utilizam-se dos mais avançados meios de tecnologia.

Analisando-se essas espécies delitivas, que, em regra, somente obtêm êxito se tiverem apoio do Estado, seja pela participação direta ou pela omissão de agentes públicos, verifica-se a presença de um fator da ineficiência do sistema investigatório policial, qual seja, sua natureza administrativa, ou melhor, o fato de ser a autoridade policial subordinada ao Poder Executivo.

Com efeito, o fato de a polícia fazer parte da estrutura do Poder Executivo, muitas vezes, acaba por vincular o rumo e o resultado das investigações aos “interesses” do poder constituído (que não se confundem com os fins e os interesses do Estado).

Nessa linha, vale destacar que a doutrina admite que o inquérito policial é uma forma de investigação em crise. Essa é, pois, a lição de Lopes Júnior (2003, p. 64):²

¹ “Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer delitos.”

² Também compartilham dessa opinião Lemos Júnior (2002) e Álvaro Lazzarini *apud* Fonteles (2001, p. 19)

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).

Por tais razões, é visível que o inquérito policial está em decadência, sendo um instrumento ineficiente para apuração da criminalidade, especialmente da macrocriminalidade, contribuindo para aumentar a impunidade e, por consequência, a sensação de insegurança e a inefetividade do direito penal.

Dessa forma, constatada a superação desse modelo, passar-se-á a analisar o sistema de investigação criminal a cargo do Ministério Público e a possibilidade de sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 – A missão constitucional do Ministério Público e sua legitimidade para realização de investigação criminal preliminar

Inicialmente, convém destacar que a Constituição Federal de 1988 deu nova roupagem ao Ministério Público, erigindo-o em função essencial, independente de qualquer dos três Poderes, destinada à defesa do Estado Democrático de Direito, de seus valores e interesses fundamentais, e em defensor da sociedade.

Nessa linha, Mazzilli (1993, p. 33) leciona que a atenção dispensada ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, é indicadora da consciência social da relevância da instituição, *in verbis*:

Indicador da consciência social que o Ministério Público tem despertado, é o atual texto da Constituição democrática de 1988, que não apenas reconheceu a importância e o papel que um Ministério Público bem aparelhado e com os predicamentos apropriados pode conferir à coletividade, como ainda assegurou à instituição novas atribuições e um relevo que jamais nenhum texto constitucional nem de longe conferiu ao Ministério Público, nem mesmo no direito comparado.

Desse modo, pode-se verificar que o Ministério Público tornou-se um instrumento para a consecução de uma sociedade mais justa e solidária, cabendo-lhe a utilização de todos os meios constitucional e legalmente previstos para a obtenção desse fim.

Acerca das funções do Ministério Público, é importante destacar o teor do art. 129 da Constituição Federal, o qual, através de um elenco de atribuições não taxativo, desenha seu perfil constitucional, explicitando suas funções institucionais, dentre elas atribui ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública e também:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los na forma da lei complementar respectiva;

[...]

XI – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Da leitura do texto do artigo, extrai-se a possibilidade de que o Ministério Público, além de poder requisitar a instauração de inquérito policial e a realização de diligências investigativas à polícia judiciária, instaure seus próprios procedimentos administrativos para apuração de fatos delituosos.

No mesmo sentido, são o art. 7º, I, art. 8º e o art. 38 da Lei Complementar nº 75 de 1993, a qual dispõe sobre o Ministério Público da União e é aplicável aos Ministérios Públicos Estaduais por força do art. 80 da Lei nº 8.625 de 1993. Também, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625/93, em seu art. 26, incisos I e V, prevê a instauração de procedimentos administrativos de caráter preparatório.

Salienta-se que, ao disporem ser função institucional do Ministério Público a instauração de procedimentos administrativos, nem a Constituição, tampouco a Lei Complementar nº 75/93 ou a Lei nº 8.625/93 restringiram a aplicação da norma. Ou seja, pode o Ministério Público, dentro de sua área de atribuições, instaurar procedimentos para embasar a propositura de ação, seja na seara civil ou criminal.

Inobstante isso, muitos juristas entendem que a Constituição Federal, quando previu a possibilidade de que o Ministério Público instaurasse procedimento administrativo e realizasse diligências investigativas, o fez tão somente para o âmbito cível, referindo-se ao inquérito civil. Não há como concordar com tal pensamento, primeiro porque, da simples leitura do texto constitucional, verifica-se que, enquanto o inquérito civil está previsto no art. 129, III, da CF/88, a possibilidade de instauração de procedimentos administrativos está disposta no art. 129, VI, da Constituição.

Ora, pensar dessa forma é entender que o constituinte carecia de ordenação lógica do pensamento, pois teria tratado do mesmo assunto, no mesmo artigo, de forma descompassada. Outro fato que refuta o argumento, é que não teria coerência o legislador nominar de forma distinta dois institutos idênticos. Desse modo, não há como compreender, pela simples interpretação gramatical e lógica, que o constituinte tenha se utilizado das expressões inquérito civil e procedimento administrativo como se fossem sinônimas. Nessa esteira, vale citar a manifestação de Mazzilli (1993, p. 167):

No inc. VI do art. 129, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações à coleta direta de elementos de convicção para a *opinio delictis*: se os procedimentos administrativos a que se refere esse inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil que de que cuida o inc. III.

Em suma, pode-se concluir que a Constituição Federal de 1988, bem como as Leis Orgânicas do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos Estaduais previram expressamente a possibilidade de investigação preliminar pelo Ministério Público, por meio do que denominaram de procedimento administrativo.

Um outro argumento, de natureza supralegal, que ampara a realização de investigação preliminar pelo Ministério Público é a Teoria dos Poderes Implícitos. Essa Teoria, consoante a lição de Andrade (2001, p. 29 e 30), foi utilizada pelo Juiz da Suprema Corte Norte-americana John Marshall, no caso *McCulloch vs. Maryland*, sendo estudada no direito brasileiro por Rui Barbosa e Pinto Ferreira.

Tal Teoria assevera que as Constituições somente dispõem sobre normas gerais acerca das atividades dos poderes e órgãos que criam, cabendo a esses a utilização dos meios necessários para atingirem os fins que lhes são impostos, ou seja, os órgãos têm os poderes indispensáveis ao exercício da atividade-fim prevista na Constituição Federal.

Aplicando-se essa Teoria ao estudo dos poderes investigativos do Ministério Público em matéria criminal e considerando que ele é o titular da ação penal pública, bem como que a propositura da ação é regida pelo princípio da obrigatoriedade,³ não há como se negar ao Ministério Público o poder de colher provas para obter os elementos necessários a propositura da ação. Em verdade, considerar que o Ministério Público está vinculado à atividade investigatória da polícia judiciária é acabar com sua independência e inviabilizar o exercício de sua função constitucional.

Com o fim de síntese, vale transcrever a lição de Andrade (Ob. cit., p. 63 e 64):

A viabilidade da investigação já estaria insita à titularidade da ação penal, ao controle externo da atividade policial e à defesa da ordem jurídica.

Caberia, isto sim, aos que negam a aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos ao Ministério Público a cabal demonstração e comprovação de seu entendimento. E como não há nenhuma norma que expressamente impeça o Ministério Público de investigar, de mera inconformidade, voltada para a preservação de interesses menos nobres, não passaria o entendimento daqueles, pois, na lição de MARSHALL, todos aqueles que atuassem de maneira a obstacularizar os efeitos ou negar a existência dessa teoria estariam a laborar, em suma, contra os interesses da Nação.

³ O princípio da obrigatoriedade, também denominado de princípio da legalidade, consoante a lição de Tourinho Filho (2001, p. 313) significa que se o Ministério Público tiver elementos mínimos que embasem a propositura da ação, deve fazê-lo.

No mesmo sentido, pela aplicabilidade da Teoria dos Poderes Implícitos, manifesta-se Lopes Júnior (2003, p. 155). Também, Streck & Feldens (Ob. cit., p. 85), analisando a compatibilidade da investigação preliminar ministerial com a finalidade constitucional da instituição, concluem

Resulta nítida a relação *meio-fim* exurgente do cotejo dos dispositivos legal (art. 8º, V, da LC nº 75/93, congruente à dicção do art. 26 da Lei nº 8.625/93) e constitucional (art. 129, I, da CRFB), a dar acolhida, portanto, à terceira – e última – das condicionantes impostas pelo art. 129, IX, da Constituição.

Destaca-se, ainda, que a possibilidade de investigação preliminar ministerial é admitida por considerável parcela da doutrina brasileira, destacando-se Capez (2001), Streck & Feldens (2003), Lopes Júnior. (2003), Andrade (2001), Conceição (2001), Lemos Júnior (2002) e Santini (2001), dentre outros autores.

Logo, a possibilidade de investigação preliminar criminal pelo Ministério Público está expressamente prevista na Constituição Federal e nas leis que regem tanto o Ministério Público da União quanto os Ministérios Públicos Estaduais. Ainda, se assim não fosse, pela missão constitucional do Ministério Público e considerando a aplicabilidade da Teoria dos Poderes Implícitos, seria possível que o órgão realizasse investigação preliminar.

2.3 – Por que o Ministério Público não poderia investigar?

Em que pese a clareza do art. 129, VI, da Constituição Federal, bem como dos arts. 7º, inciso I, 8º, 38 e 150 da Lei Complementar nº 75/93 e do artigo 26 da Lei nº 8.625/93,⁴ há manifestações doutrinárias e jurisprudenciais contrárias à investigação criminal ministerial, razão pela qual se faz necessário o estudo dos argumentos utilizados por essa corrente.

O primeiro argumento dos que propugnam pela ilegitimidade investigativa é o fato de que historicamente, no ordenamento jurídico brasileiro, é a polícia quem tem funções de investigação. Tal argumento foi utilizado no voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim, no julgamento, pela 2ª Turma, do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326-7/DF,⁵ no qual, de maneira enfática, afirmou: “A legitimidade histórica para condução do inquérito policial e realização das diligências investigatórias é de atribuição exclusiva da polícia”.

⁴ A ADIN nº 2943, proposta pelo Partido Liberal, com pedido cautelar, visa à decretação da inconstitucionalidade da dos arts. 7º e 38 da Lei Complementar nº 75/93 e dos artigos 26 e 80 da Lei nº 8.625/93.

⁵ Tal decisão foi publicada no Diário da Justiça em 1º de agosto de 2003.

Embora não se questione o saber jurídico do julgador, considera-se que tal argumento não pode ser admitido. O julgador faz um retrospecto histórico, mencionando a rejeição da proposta de Vicente Raó (investigação preliminar a cargo de um juiz de instrução) pelo Código de Processo Penal de 1941 e segue afirmando que a Constituição Federal de 1988 manteve a tradição, assim como projetos de emenda constitucional que alteravam a titularidade da investigação preliminar foram rejeitados. Ainda, cita precedentes da Corte, dentre eles alguns em que participou do julgamento.

Todavia, o método histórico utilizado não tem o condão de suprimir a redação do art. 129, VI, da Constituição Federal, nem dos artigos da LC nº 75/93 e da Lei nº 8.625/93, tampouco a análise histórica pode modificar o sentido das normas constitucionais. Da mesma forma, não se pode esquecer que o processo evolutivo – e aí também incluem-se a concretização de um verdadeiro Estado de Democrático de Direito e a efetivação das garantias e direitos previstos na Constituição Federal de 1988 – faz-se pelo rompimento de paradigmas.

Da mesma sorte, o argumento de que a investigação preliminar em matéria criminal é atribuição exclusiva da polícia judiciária⁶ provém de uma leitura equivocada e descontextualizada do art. 144, parágrafos 1º, IV, e 4º da CF/88. O referido artigo dispõe sobre segurança pública, definindo as espécies de polícia e suas funções, sendo que no parágrafo 1º, IV, estipula que cabe à polícia federal “exercer com exclusividade as funções de polícia judiciária da União”.

Porém, a expressão “com exclusividade” diz respeito às outras espécies de polícia, matéria tratada pelo artigo, e não ao Ministério Público. Ademais, a exclusividade da investigação criminal mostra-se incongruente com a Constituição Federal, pois ela mesma prevê a possibilidade de instauração de procedimentos administrativos investigatórios pelo Ministério Público (art. 129, VI), assim como poderes investigativos para as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, §3º). Outrossim, o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal possibilita que outras autoridades realizem investigação criminal.

Um outro argumento utilizado em julgados e na doutrina (Habib, 2003) é que a investigação preliminar ministerial seria uma deturpação do controle externo. Tal argumento também não merece acolhida, uma vez que a investigação ministerial é atividade distinta da realização do controle externo da atividade policial.

Com efeito, o controle externo da atividade policial é previsto no art. 129, VII, da CF/88 e, segundo Mazzilli (ob. cit., p. 172-174), consiste na

⁶ Nesse sentido manifestam-se Marques (2003), Taquary (2003) e Penteado Filho (2002).

verificação da regularidade do trabalho da polícia judiciária. De outra face, a instauração de procedimentos investigativos pelo Ministério Público (art. 129, VI, da CF/88) é atividade ministerial sem qualquer relação com a atividade da polícia, exercida de forma autônoma e independente pelo *Parquet*, sendo, pois, atividades diversas.

Por sua vez, há, por alguns, objeção à investigação ministerial por entender que ela ficaria sem controle. Tal tese também é absurda. É cediço que o controle da legalidade tanto da fase pré-processual quanto da fase processual, apesar de também ser realizado pelo Ministério Público, é função primordial do Poder Judiciário, sendo essa a tarefa do juiz, como terceiro imparcial, razão pela qual é impossível admitir o argumento de que a investigação a cargo do Ministério Público ficaria sem controle.

Nessa esteira, outro argumento contrário à investigação preliminar ministerial é de que sua realização acabaria com a imparcialidade do órgão. Tal alegação também é inaceitável. É certo que o Ministério Público é um sujeito processual singular, pois ao mesmo tempo em que é parte atua como *custus legis*. Essa situação, contudo, não se confunde com imparcialidade, a qual é afastada pela Súmula nº 234 do Superior Tribunal de Justiça: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Em razão disso, o argumento de que o Ministério Público ao atuar na fase investigatória acabaria com sua imparcialidade é falacioso. O Ministério Público, quando atua na investigação preliminar trabalha no interesse da sociedade buscando a apuração real dos fatos e a promoção da Justiça, cabendo ao investigado, se considerar abusiva a sua atuação, buscar a tutela jurisdicional.

Por fim, há ainda quem diga que a investigação realizada pelo Ministério Público viola o princípio da legalidade. Tal tese é inaceitável, porque, como já enfatizado neste artigo, a investigação preliminar ministerial encontra amparo constitucional e legal.

Em derradeiro, analisando-se os argumentos mais utilizados para refutar a legitimidade investigativa do Ministério Público, verifica-se que não resistem a uma análise mais aprofundada, principalmente se vistos em cotejo com a função constitucional do órgão. Por essas razões, é possível concluir que o Ministério Público, no ordenamento jurídico vigente, tem legitimidade constitucional e legal para realizar investigações preliminares criminais.

Consoante esse entendimento é a posição majoritária da 5ª e da 6ª turmas do Superior Tribunal de Justiça. Também o Supremo Tribunal Federal em várias decisões, inclusive do Órgão Pleno, no julgamento do Mandado de Segurança nº 2172920/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, j. em

05/10/1995, pub. no DJ em 19/10/2001, p. 33), bem como pela própria 2ª Turma, no julgamento do Habeas Corpus nº 77371-3/SP (Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 01/09/1998, pub. no DJ em 23/10/1998, p. 04), reconheceu a legitimidade investigativa do Ministério Público.

Ademais, faz-se interessante referir que, em 12 de novembro de 2003, foi apresentada, no Plenário da Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda Constitucional nº 197/2003 que visa a alterar a redação do inciso VIII do art. 129, da Constituição Federal, a fim de prever expressamente a possibilidade de que o Ministério Público realize investigações criminais, sendo que a redação proposta é: “VIII- promover investigações, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

3 – A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO SISTEMA IDEAL E SUA IMPORTÂNCIA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

3.1 – A investigação preliminar a cargo do Ministério Público como sistema ideal e as soluções para o caso brasileiro

Neste momento, após ter sido constatada a possibilidade constitucional e legal de que o Ministério Público Brasileiro realize atividade investigativa e a insuficiência de base jurídica da posição contrária, é oportuno demonstrar que esse sistema é o modelo ideal de investigação criminal preliminar e, além disso, é adequado à realidade brasileira.

Como já referido, o sistema de investigação preliminar a cargo da polícia judiciária é insatisfatório, não atende ao titular da ação penal pública e, ainda, por ser facilmente influenciado por interesses ilegítimos de integrantes dos Poderes Públicos (já que a polícia é subordinada ao Poder Executivo), contribui para que delitos de vulto não sejam investigados, o que gera sensação de impunidade e aumenta os números da cifra negra da criminalidade.

O sistema de investigação a cargo do juiz também não é o melhor sistema. Nesse sistema, a iniciativa e a produção de provas na fase preliminar estão a cargo de um juiz instrutor não vinculado ao titular da ação penal e nem à defesa. Embora essa imparcialidade possa parecer real e conveniente à investigação criminal, viola o modelo acusatório e, como salienta Lopes Júnior (ob. já citada, p. 82), compromete a função de controle de legalidade que é destinada ao Poder Judiciário, na medida em que o juiz passa a ser investigador.

Salienta-se, ainda, que mesmo os Estados que adotavam há longa data o sistema de investigação judicial estão abandonando-o. Esse é o caso da Alemanha, Itália e Portugal que recentemente extinguíram tal sistema (1974, 1988 e 1987-1995, respectivamente), e também é o caminho que trilham Espanha e França (Lopes Júnior, ob. cit., p. 263 e Andrade, ob. cit., p. 36-52).

Por conseguinte, não sendo o modelo de investigação preliminar a cargo da polícia e nem o judicial os sistemas ideais, verifica-se que a melhor solução é a atribuição da investigação preliminar ao titular da ação penal pública, cabendo ao Poder Judiciário o controle da legalidade dos atos investigativos e à polícia a realização de diligências sob o comando do Ministério Público.

Essa é a tendência atual na Europa e também está prevista no Código de Processo Penal Tipo para a Ibero-América, o qual fora apresentado, como modelo de unificação legislativa para os países da América Latina, nas “XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual”, no Rio de Janeiro, em 25 de maio de 1988. Tal Código Modelo prevê expressamente, nos arts. 250 e segs., que a investigação dos delitos de natureza pública será realizada pelo Ministério Público e que o Poder Judiciário controlará o arquivamento e as diligências (Andrade, 2001, p. 57-59).

Nessa linha também é a lição de Lopes Júnior (ob. cit., p. 264):

A investigação preliminar está — basicamente — dirigida a decidir sobre o processo ou não-processo. Por isso, deve ser uma atividade administrativa a cargo do titular da ação penal. Ninguém melhor do que o promotor para preparar o exercício da futura acusação. É uma incongruência lógica que o juiz investigue para o promotor acusar.

É óbvio, pois, que o primeiro passo a ser dado para que a investigação preliminar brasileira cumpra suas funções de preparo à ação penal e de combate à impunidade, contribuindo para a efetividade do direito penal,⁷ é admitir que o Ministério Público investigue, deixando de ignorar o texto constitucional e acabando com as resistências infundadas.

Enfim, considerando que o modelo ideal é o do promotor investigador e diante da expressa possibilidade constitucional e legal de que o Ministério Público Brasileiro realize atividades investigatórias, deve-se admitir que instaure procedimentos investigativos próprios, acabando-se com a celeuma jurisprudencial acerca do tema, bem como que assuma a titularidade da investigação criminal nos delitos em que a condição social e política do investigado ou a participação de agentes públicos possam influenciar no resultado da investigação.

⁷ Aqui, salienta-se que a investigação eficiente contribui para a efetividade do direito penal, nos termos preconizados por Beccaria, na medida em que dá a segurança que nenhuma infração penal deixará de ser investigada, o que aumenta a certeza da aplicação da norma penal e diminui a sensação e a crença na impunidade.

3.2 – Crime organizado ou macrocriminalidade – definição e características

O denominado crime organizado não é um fenômeno novo. Consoante lição de Mingardi (1998, p. 07), a pirataria dos Séculos XV a XVIII era espécie de organização criminosa que possuía inclusive ligações com o poder constituído (aliança com Elizabeth I, da Inglaterra, no Séc. XVI, na guerra contra a Espanha).

Apesar disso, a conceituação do que seja crime organizado não é fácil. Segundo Mingardi (ob. cit., p. 18) o crime organizado tradicional pode ser definido como

Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades baseiam-se no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado.

De outra face, considerando que o crime organizado apresenta variações conforme as condições sócio-econômicas e políticas do local em que surge, não é possível adotar um conceito a ser utilizado de maneira uniforme. Gomes (1997, p. 94 e seg.), após referir a dificuldade de precisão conceitual, aponta um extenso rol de características do crime organizado.

Refere como características principais: associação estável e permanente de pessoas para o cometimento de um crime ou de alguns crimes certos; previsão de acumulação de lucros; hierarquia funcional; planejamento empresarial; uso de meios tecnológicos avançados; divisão de tarefas; conexão com o poder público, pelo alto poder de corrupção; oferta de prestações sociais; divisão territorial de atividades ilícitas; poder de intimidação; capacidade para fraudes contra o patrimônio coletivo ou difuso e conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

No Brasil, não há definição legal do que seja crime organizado. A Lei nº 9.034/95, que foi criada para “dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, bem como a Lei 10.217/01, que a alterou, não definem o que seja organização criminosa. Na verdade, a Lei nº 9.034/95 em sua redação original no art. 1º, que define seu âmbito de aplicação, sequer mencionava o termo organização criminosa, mas sim “crime resultante de ações de quadrilha ou bando”, tendo a Lei nº 10.217/01 acrescentado à referida redação “ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”, sem, contudo, defini-las.

No projeto da Lei nº 9.034/95, como menciona Braz (p. 37 e seg.), Projeto nº 3.516/89, no art. 1º constava o termo organização criminosa, sendo que o art. 2º a definia como “aquela que, por suas características,

demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional” (p. 38). Aliás, o Projeto, que teve sua redação alterada no Senado Federal, definia, de acordo com algumas das características apontadas pela doutrina, o que seria organização criminosa, definição que fora suprimida de sua redação original.

Por essa imprecisão legislativa e também por outros dispositivos esdrúxulos da Lei nº 9.034/95, como o que impõe a realização de procedimento investigatório pelo juiz (art. 3º), conclui-se que a referida Lei é mais um fruto do simbolismo legislativo que impera no Brasil. Ou seja, a crença de que a criminalidade será eliminada pela simples edição de um texto legislativo, o qual, para contentar a certos setores da sociedade, tem disposições inaplicáveis à realidade brasileira (como o art. 3º da Lei em comento) e outras de imprecisão gritante (como o art. 1º).

O Projeto de Lei nº 3.731/97, que tramita no Congresso Nacional e visa a substituir a malfada Lei nº 9.034/95, em seu art. 1º, na redação aprovada na Câmara dos Deputados, conceitua “Considera-se organização criminosa a associação de três ou mais pessoas, por meio de entidade jurídica ou não, estruturada de forma estável, visando a obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, para a prática de:...”. A seguir, elenca um rol de crimes que admite extensão para incluir outros que em razão de tratado ou convenção internacional o Brasil obrigou-se a reprimir.

Em que pese a ausência um tipo legal que defina o que seja crime organizado, não há como ignorar a existência da criminalidade organizada no Brasil. Maia (ob. cit., p. xii) cita exemplos de atuação de organizações criminosas no País, sendo interessante a transcrição:

[...] para desmentir a perspectiva idílica, que nega a existência do crime organizado ou assegura que ele não existe em nosso país, é necessário apenas lembrar as gangues que assaltaram a Previdência Social, os saqueadores do Sistema Financeiro Nacional; os diferentes grupos de jogo do bicho, espalhados por todo o país, quiçá nacionalmente organizados em cartel e, também, inegavelmente associados à inúmeras outras práticas ilícitas, inclusive o tráfico de drogas; as organizações de tráfico de drogas organizadas nas prisões (“comando vermelho”) e nas comunidades populares mas comandadas de fora, com fontes de suprimentos internacionais (cocaína) e nacionais (maconha), e em torno das quais gravita uma miríade de marginais e pequenos grupos atuantes na criminalidade convencional, mas sujeitos às “leis do tráfico”; a intensa circulação e até mesmo a prisão de membros de organizações espanholas de tráfico de mulheres, da Yakuza japonesa e da Máfia siciliana em território nacional... (Ob. cit., p. xii)

Doutrinariamente são dados como sinônimos de crime organizado a macrodelinqüência e a macrocriminalidade (Silva, 2002; Lemos Júnior, 2002; Cruz, 2003), sendo que alguns ainda tratam o crime organizado de natureza econômica como macrocriminalidade econômica ou macrodelinqüência econômica (Braz, 1999; Cervini, 1997).

Independentemente da qualificação que se dê, a doutrina (Silva, 2002 e Maia, 1997) divide o crime organizado em espécies. Assim, Maia (1997, p. 27-34) classifica-o em cinco espécies: a) as Máfias: crime organizado tradicional com hierarquia, códigos de ética, prática de negócios legais e ilegais e com atuação internacional; b) organizações profissionais, com menor nível de estruturação, mas alto grau de especialização e, em regra, sem a característica de internacionalização; c) criminalidade organizada econômica – crimes contra o sistema financeiro e tributário, crimes contra o meio ambiente, a saúde pública, ou seja, crimes de colarinho branco; d) criminalidade do Estado, praticada por grupos de funcionários públicos; e) organizações criminosas terroristas.

Oliveira assevera que “a característica comum desses delitos é a macrolesividade, pois atingem muitas vezes interesses gerais, e quase sempre geram importantes quantidades de dinheiro ilícito” (1998, p. 69).

Em síntese, rapidamente definidos os conceitos de crime organizado, bem como suas características, é cabível analisar a importância do sistema de investigação ministerial na apuração da macrocriminalidade.

3.3 – A relevância da investigação ministerial no combate ao crime organizado

Nesse trabalho já foram explanadas as razões pelas quais se fala que o sistema de investigação preliminar a cargo da polícia está em crise. Contudo, é no âmbito de investigação da criminalidade organizada que o sistema mostra-se mais falho.

Isso pode ser explicado pela simples razão de que, para a manutenção da criminalidade organizada, faz-se necessário que se infiltre nos poderes e órgãos Estado. Em relação à ocorrência desse fenômeno no Brasil, Mendroni (2002, p. 16) leciona:

Trata-se de característica bastante evidente no Brasil. Quando os agentes públicos não participam efetivamente do grupo são corrompidos para viabilizar a execução das ações criminosas. Geralmente estão colocados em postos e locais estratégicos para que possam auxiliar, de qualquer forma, na execução de ações. As organizações criminosas que atingem um certo grau de desenvolvimento já não conseguem sobreviver sem o auxílio de agentes públicos.

Vale lembrar que esta ligação com o Estado, em vários momentos da história mundial, tornou-se uma verdadeira aliança. Para corroborar essa afirmação, cita-se o estudo de Mingard (1998), no qual traz como exemplos de que o Estado e o crime organizado andaram de mãos dadas: os corsários de Elizabeth I (p. 07); a aliança dos Estados Unidos da América com a máfia siciliana para invasão da Itália durante a II Guerra Mundial em troca da soltura e deportação de Salvatore Lucania (Lucky

Luciano, líder da *Cosa Nostra Americana*, p. 10); a ligação da máfia italiana com a extrema direita, a qual resultou no assassinato de membros de partidos da esquerda em 1945/1955 (p. 10) e, ainda, o financiamento de campanhas políticas e a compra de votos com o dinheiro proveniente de atividades criminosas (p. 10).

Essa é uma das razões pelas quais se julga inadequado o sistema de investigação policial na apuração do crime organizado. A polícia por ser um órgão subordinado ao Poder Executivo pode sofrer influências indevidas do poder político, o qual muitas vezes, é comprometido com a criminalidade organizada. Também pode ocorrer que agentes do poder público, membros da polícia, integrem organizações criminosas, sejam essas da espécie tradicional ou da criminalidade organizada de Estado.

Ademais, convém destacar que os métodos investigativos clássicos apresentam-se ineficazes diante da macrocriminalidade.⁸ A sofisticação tecnológica, a estruturação, a divisão de tarefas, a hierarquia existente nas organizações criminosas e a própria resistência do investigado na fase preliminar contrastam com o desaparecimento e o despreparo do sistema de investigação preliminar policial, concebido para combater a criminalidade clássica. Acerca da ineficácia dos métodos investigativos clássicos no controle da macrocriminalidade, leciona Gomes (1997, p. 66):

[...] O direito penal e seus clássicos princípios e métodos investigativos foram idealizados para a criminalidade pré-industrial; está defasado e é inapto para a contenção da criminalidade organizada, típica da sociedade pós-industrial ou da era "digital". Temos, destarte, que passar do micro para o macrodireito penal.

Talvez, tenha sido pelo reconhecimento da ineficácia do sistema de investigação preliminar policial na investigação da macrocriminalidade que o legislador criou o anômalo art. 3º da Lei nº 9.034/95, que transformou o juiz em inquisitor, nos processos regidos pela Lei. Na verdade o que o legislador fez foi copiar a legislação italiana sem perceber que lá o Ministério Público é integrante da magistratura (Gomes, ob. cit., p. 152).

Apesar de o Supremo Tribunal ter entendido, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1517-6, proposta pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil (Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 30/04/1997, pub. no DJ em 22/11/2002), que o art. 3º da Lei nº 9.034/95 não ofende o devido processo legal e nem a imparcialidade do juiz, ele não encontra aplicação prática.

Assim, considera-se que a investigação preliminar a cargo do Ministério Público é a que se apresenta como melhor alternativa no combate ao crime organizado. Esse posicionamento pode ser justificado

⁸ Em complementação ao texto vale mencionar que nem mesmo os Departamentos Especializados da Polícia Judiciária tem obtido êxito no combate à criminalidade organizada, como menciona Lemos Júnior (2002, p. 419).

pelo fato de que o Ministério Público é uma função independente dos demais poderes do Estado, por isso menos influenciável pelas pressões do poder político, e também menos suscetível à corrupção, em razão das exigências pessoais do cargo e também das garantias de seus membros.

Ademais, a instituição é mais bem capacitada para lidar com as resistências à investigação impostas pelos advogados dos integrantes de organizações criminosas e possui maior facilidade em realizar trabalho de coordenação com equipes de técnicos e peritos e agentes policiais especialmente selecionados e preparados para a repressão a essa espécie de crime, bem como em buscar cooperação internacional junto a Ministérios Públicos de outros Estados.

A melhor solução é dada por Lemos Júnior (ob. cit., p. 417), que é enfático ao afirmar:

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 investigativos, 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.

Em análise última, conclui-se que diante das características da macrocriminalidade, especialmente pelo seu poder de infiltração nas estruturas estatais e sua ligação com o poder político, a investigação preliminar ministerial apresenta-se como a melhor solução para apuração dessa prática delitiva.

4 – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, verifica-se que a investigação preliminar tem papel fundamental para a concretização do *jus puniendi* estatal. Uma vez que uma investigação criminal eficiente representa um instrumento para tornar o direito penal efetivo.

Ademais, estudando-se o sistema de investigação adotado no Brasil, constata-se que é um sistema defasado, que gera mais críticas do que elogios e ainda que é incapaz de combater a criminalidade organizada. Além desse fator, considera-se ilógico que a investigação preliminar seja realizada por pessoa, seja a polícia judiciária ou o juiz instrutor, alheia às necessidades do titular da ação penal, o que acarreta atos desnecessários de investigação, gerando custos ao Estado, e ainda não realização de diligências essenciais para a propositura da ação penal, o que causa demora nos feitos e aumenta o nível de impunidade, já que muitas diligências de produção de prova são obstaculizadas pela ação do tempo.

Em razão disso, verifica-se que o sistema de investigação ideal para os crimes de ação penal pública de iniciativa incondicionada é aquele em que o Promotor de Justiça dirige a investigação criminal e o Poder Judiciário exerce, como terceiro imparcial, o controle da legalidade. No caso brasileiro, é constitucional e legalmente prevista a legitimidade investigativa do Ministério Público, a qual se coaduna com seu papel constitucional, qual seja, de função independente dos Poderes e destinada a consecução dos fins do Estado Democrático de Direito, dentre os quais, sem sombra de dúvidas, está o combate à criminalidade.

De fato, os argumentos utilizados por parcela da doutrina e da jurisprudência para atacar a investigação preliminar ministerial nada têm de jurídicos. Não é admissível que o texto constitucional, que é expresso em possibilitar a realização de atos investigatórios pelo Ministério Público (art. 129, VI, da CF/88), sendo corroborado pela LC nº 75/93 e pela Lei nº 8.625/93, seja ignorado pelos que afirmam que o Ministério Público não tem legitimidade constitucional e legal para investigar.

É óbvio, pois, pela fragilidade dos argumentos contrários à investigação ministerial, que seus defensores, na verdade, temem uma investigação preliminar eficiente ou a repelem porque se beneficiam das mazelas do inquérito policial e, principalmente, da indevida influência dos escusos interesses políticos no resultado das investigações policiais.

Outrossim, constata-se que o sistema de investigação preliminar vigente (inquérito policial) é incapaz de combater a macrocriminalidade. Em verdade, a dependência da polícia judiciária do Poder Executivo e desse com o Legislativo, pela troca de favores em nome da governabilidade, e, por conseguinte, a influência política que a investigação policial sofre amparam uma das principais características das mais variadas espécies de crime organizado, qual seja, sua ligação com o poder público.

Por essas razões, infere-se que o modelo do Promotor-investigador é o mais apto à apuração da macrocriminalidade. Tal fato é verificável pela atuação de Promotores de Justiça e Procuradores da República que em vários Estados da Federação realizam investigações criminais, tal como é o trabalho realizado pela Promotoria Especializada Criminal no âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Em análise última, verifica-se que a investigação criminal preliminar pelo Ministério Público, com o Poder Judiciário atuando como garante, é o modelo ideal de investigação criminal. Assim, em que pese a resistência que sua implementação encontra no Brasil, deve o Ministério Público, embasado nos dispositivos constitucionais e legais que possibilitam a realização de atos investigativos, acompanhar as investigações criminais, nas investigações sobre as diversas espécies de crime organizado, realizar investigação direta não se deixando abater pela resistência de parcela da doutrina e da jurisprudência.

5 – BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2001.

AREND, Márcia Aguiar. Amesquinhar o Ministério Público: a nova gestão política dos corruptos. *CONAMP em revista*, Brasília, n. 02, p. 32-34, 2003.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Investigação Criminal: o papel do Ministério Público*. 2000. Disponível em: <<http://www.fdc.br/artigos/investigar.htm>>. Acesso em 20 set. 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. 5ª tiragem. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: Dei delitti e delle pene.

BORGES, Edinaldo de Holanda. O sistema processual acusatório e o juizado de instrução. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano II, n. 6, p. 37-46, jan./mar. 2003.

BRASIL. Projeto de Emenda Constitucional nº 197, 2003. Dá nova redação ao inciso VIII do art. 129 da Constituição Federal, que dispõe sobre as funções institucionais do Ministério Público. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 27. maio 2005.

———. Projeto de Lei nº 3.731, 1997. Define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios destinados à prevenção e repressão dos crimes praticados por organizações criminosas. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 27 maio 2005.

BRASIL, Pompeu de Sousa. *Crime organizado: a lei e o simbolismo penal*. Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA, Salvador, n. 9, p. 337-354, 2001.

BRAZ, Graziela Palhares Torreão. *Crime organizado x direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONCEIÇÃO, Mário Antônio. O crime organizado e propostas para atuação do Ministério Público. *Cadernos do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, v. 4, n. 4, p. 15-24, maio 2001.

CRUZ, Alex Teixeira. O Ministério Público e a investigação criminal. *CONAMP em revista*, Brasília, n. 02, p. 29-31, 2003.

FONTELES, Cláudio. Investigação preliminar: significado e implicações. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, ano III, n. 35, p. 18-21, mar. 2001.

GOMES, Abel Fernandes. Crime organizado e sua conexão com o poder público. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 159-175, nov. 2000.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

HABIB, Sérgio. O poder investigatório. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano VII, nº 159, p. 14-16, ago. 2003.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A investigação diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, Fascículo Criminal, São Paulo, vol. 795, ano 91, p. 411-451, jan. 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. rev. amp. e at. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2003.

LUZ, Delmar Pacheco da. A investigação criminal pelo Ministério Público. *CONAMP em revista*, Brasília, n. 02, p. 35-37, 2003.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *O Estado desorganizado contra o crime organizado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 1997.

MARQUES, Jader. Da ilegalidade da investigação preliminar pelo Ministério Público. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 20, p. 71-88, jun./jul. 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

———. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MINGARDI, Guaracy. O que é crime organizado: uma definição das ciências sociais. *Revista do Instituto Latino-Americano para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente*, São Paulo, n. 8, p. 07-25, 1998.

OLIVEIRA, William Terra de. A criminalização da lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei 9.613 de 1º de março de 1998. *Revista do Instituto Latino-Americano para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente*, São Paulo, n. 8, p. 53-76, 1998.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Da exclusividade constitucional da investigação como direito fundamental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2844>>. Acesso em 21 set. 2003.

RJBEIRO, Diego Diniz. A intervenção do Ministério Público na investigação criminal: a figura do promotor-investigador. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 10, n. 121, p. 10-11, dez. 2002.

SANTINI, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. Bauru: Edipro, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 42, p. 214-235, 2003.

SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da; ARAUJO, Maria Emilia Moraes; CORRÊA, Paulo Fernando. Ainda e sempre a investigação criminal direta pelo Ministério Público. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 31, maio 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1054>>. Acesso em: 20 ago. 2003.

SILVA, Osmar José. Possibilidade de investigação pelo Ministério Público. Impossibilidade de exclusão de investigado de inquérito policial. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, ano V, n. 54, p. 18-24, out. 2002.

SILVA, Rodney da. A lavagem de capitais – noções gerais e aspectos procedimentais. *Revista do Centro de Ensino Superior de Catalão – CESUC*, ano IV, n. 6, 1º semestre 2002. Disponível em: <<http://www.cesuc.br/revista/ed-1/ALAVAGEMDECAPITAIS.pdf>>. Acesso em 24 ago.2003.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Crime Organizado: a nova lei*. 2000 Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina109.doc>>. Acesso em: 24 ago. 2003.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SZNICK, Valdir. *Crime organizado comentários*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1997.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto Taquary. A investigação criminal, atividade exclusiva da autoridade policial. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano VII, n. 159, p. 17-19, ago. 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.