

TÍTULO:

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PODER-DEVER DE AGIR.

AUTOR:

RENATO BELINI DE OLIVEIRA COSTA

ÓRGÃO:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

JUSTIFICATIVA:

Há muita divergência doutrinária e também jurisprudencial sobre a possibilidade de o Ministério Público realizar investigações em âmbito criminal, exsurgindo fundamentalmente duas correntes de pensamento, uma admitindo as investigações criminais diretas pelo Ministério Público, outra negando tal possibilidade peremptoriamente. A importância do tema é inegável. Não pelos calorosos debates que suscita no meio jurídico. Não pela inquietude que a indefinição gera aos operadores do direito. Mas sim porque estão em jogo direitos fundamentais consagrados constitucionalmente como liberdade, imagem, privacidade, igualdade, cláusula do acesso à justiça, etc. Enquanto continuar a discussão, continua indefinido o devido processo legal investigativo capaz de restringir legitimamente aquelas garantias, o que é inaceitável no atual estágio do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil.

EXPOSIÇÃO:

É inegável que o alicerce fundamental para a admissão da investigação criminal pelo Ministério Público reside na chamada “teoria dos poderes implícitos”. Argumentam os defensores deste conceito que, em respeito à máxima latina “quem pode o mais, pode o menos”, o Ministério Público que é destinatário do inquérito policial para eventual oferecimento da denúncia, poderia investigar diretamente, até porque o inquérito policial é dispensável, quando o *Parquet* reúna elementos suficientes ao oferecimento da ação penal. Assim, como é o Ministério Público quem vai julgar a regularidade do inquérito policial, requisitando até mesmo novas diligências ou arquivando, poderia investigar ou partilhar a investigação, em respeito ao princípio da oportunidade, da economia processual e da eficiência, todos adequados à administração da Justiça. Teria assim, implicitamente, poder para apurar crimes, uma vez que tem explicitamente poder para requerer em juízo a condenação pelas mesmas infrações¹.

Ocorre que a “teoria dos poderes implícitos” não possui contornos bem definidos no direito brasileiro e logo se percebeu que poderia levar a distorções, na medida em que, com base apenas nesta teoria, o Ministério Público surgiria como um órgão concorrente com a polícia judiciária na função investigativa criminal,

¹ O Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 2009, vem lançando mão da “teoria dos poderes implícitos” em seus julgamentos, podendo-se mencionar os seguintes acórdãos: HC 91.661/PE, Segunda Turma, Relator: Min. Helen Gracie; HC 89.837/DF, Segunda Turma, Relator: Min. Celso de Melo; HC 84.965-MG, Segunda Turma, Relator: Min. Gilmar Mendes; HC 91.613/MG, Segunda Turma, Relator: Min. Gilmar Mendes.

o que, nem mesmo os mais entusiastas defensores da tese assumiriam como sendo a intenção da Constituição Federal. Nesta toada, no julgamento do HC 89.837/DF², com inegável finalidade de evitar tamanha amplitude decorrente dos “poderes implícitos”, a Segunda Turma do STF sob condução do voto do Ministro Relator Celso de Melo, começa a conformação do que hoje se consolidou como caráter subsidiário das investigações criminais realizadas pelo Ministério Público. Surge, então, a subsidiariedade, como um princípio corolário dos poderes implícitos, vocacionado a restringir-lhe o alcance. Por oportuno, transcrevemos os seguintes trechos:

“(…) O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de “dominus litis” e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a “opinio delicti”, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública.

… Isso significa que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa Instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público.

Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, p. 312, item n. XI, 18ª ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso “McCULLOCH v. MARYLAND” (1819) - enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

… Reconheço, pois, que se reveste de legitimidade constitucional o poder de o Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais, sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir, aos membros do “Parquet”, em hipóteses específicas (quando se registrarem, por exemplo, situações de lesão ao patrimônio público ou, então, como na espécie, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais,

² STF, Segunda Turma. HC 89.837/DF, rel. Min. Celso de Melo. 20.10.2009.

como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais), a possibilidade de coligir dados informativos para o ulterior desempenho, por Promotores e Procuradores, de sua atividade persecutória em juízo penal.” (Grifo nosso)

A questão é que, na decisão em tela, ao aduzir sobre a “teoria dos poderes implícitos”, observa-se que o DD. Relator invoca um precedente judicial da Suprema Corte Norte Americana como fonte de referência, qual seja, o Caso “*McCULLOCH v. MARYLAND*” de 1819, ocasião em que teria surgido aquele fundamento, de sorte que, malgrado o pouco desenvolvimento desta teoria, ao menos se tem as referências de onde se podem extrair suas ideias básicas. Não se pode dizer o mesmo quando o N. Ministro lança mão do princípio da subsidiariedade para reger a atuação do Ministério Público na investigação criminal, uma vez que, nesse ponto, não há indicação de nenhuma fonte referencial, aliás, em nenhum momento do voto se declina de onde surgiu esse caráter subsidiário e qual o seu significado e conteúdo. Então é de se indagar: qual o significado de subsidiariedade?

No Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, a palavra subsidiário vem do latim *subsidiariu* e tem natureza de adjetivo, cujos significados podem ser: ajuda, acessório, secundário, de importância menor, entre outros. Mas como se aplica na ciência penal? Qual o seu alcance? Existem limites? Nada disso a Corte Suprema do País respondeu.

Como não se pode prescindir da determinação de um mínimo de conteúdo em relação ao instituto que acaba de ser criado pelo STF (subsidiariedade da investigação criminal pelo Ministério Público) e, na total ausência de tratamento da questão por parte do órgão supremo, passamos agora a analisar algumas ocorrências em matéria de subsidiariedade espalhadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, as quais servirão para, em um esforço analógico, orientar as respostas às perguntas acima formuladas.

Aliás, é bastante adequado recorrermos à analogia, recurso de integração legislativa que pode ser muito bem aplicado para integrar também a jurisprudência que, malgrado não possuir natureza de lei, hodiernamente ganha destaque como fonte de direito, por ter cada vez mais caráter abstrato, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante³. Miguel Reale já dizia que “se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de *fonte do Direito*, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser “de direito” no caso concreto. O magistrado, em suma,

³ Após o advento da Emenda Constitucional nº 45, com a redação do art. 103-A da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência pode vincular a decisão do juiz de 1º grau, quando se tratar de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

interpreta a norma legal situado numa “estrutura de poder”, que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma *norma particular*, o seu entendimento da lei”⁴.

Com efeito, de acordo com as lições do inigualável jurista Carlos Maximiliano “passar, por inferência, de um assunto a outro de espécie diversa é raciocinar por analogia. Esta se baseia na presunção de que duas coisas que têm entre si um certo número de pontos de semelhança possam consequentemente assemelhar-se quanto a um outro mais. Se entre a hipótese conhecida e a nova, a semelhança se encontra em circunstâncias que se deve reconhecer como *essencial*, isto é, como aquela da qual dependem todas as conseqüências merecedoras de apreço na questão discutida; ou, por outra, se a circunstância comum aos dois casos, com as conseqüências que da mesma decorrem, é a causa *principal* de todos os efeitos, o argumento adquire a força de uma indução rigorosa”⁵.

Nesse sentido, após pesquisa no ordenamento jurídico brasileiro, logrou-se encontrar, pelo menos, cinco hipóteses que guardam semelhança com a investigação criminal do Ministério Público exatamente no ponto em que toca à subsidiariedade. São elas: a) ação penal privada subsidiária da pública; b) ação penal pública subsidiária da pública; c) recurso subsidiário do assistente de acusação; d) incidente de deslocamento de competência para a justiça federa; e) Tribunal Penal Internacional. Passamos a analisá-las.

a) A ação penal privada subsidiária da pública:

Campo fértil para obter pistas é o da classificação das ações penais.

O exercício privativo da ação penal pública, entregue a um órgão oficial do Estado, deve estar sujeito a forma e controle, dentre as quais, não se pode excluir, a ação penal privada subsidiária à pública, que é uma modalidade de substituição processual, na qual o Estado transfere para o particular o direito de desencadear a acusação, exercendo este uma legitimidade extraordinária.

A Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso LIX, admite a ação de iniciativa privada nos crimes de ação pública, *se esta não for intentada no prazo legal* e esse dispositivo constitucional é complementado pelo art. 29 do Código de Processo Penal. A ação penal privada subsidiária da pública também encontra previsão expressa no art. 100, §3º do Código Penal. A previsão da ação penal privada subsidiária da pública no art. 5º da Constituição Federal denota que se trata de um direito fundamental, verdadeira cláusula pétrea, funcionando como importante forma de fiscalização do exercício da ação penal pelo Ministério Público.

É jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal⁶ e também entendimento majoritário da doutrina⁷, que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal só autorizam essa modalidade de ação supletiva na hipótese de **inércia** do Ministério Público. Logo, se o Ministério Público permanecer inerte, ou seja, se o órgão ministerial não oferecer denúncia, não requisitar diligências, não requerer o arquivamento ou a declinação de

⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990. P. 169.

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. P. 206.

⁶ Cf. RSTF 40/123; 62/101; RTJ 112/474; RTJ 130/1084; RT 575/478; 609/420; 647/345.

⁷ Nesse sentido: Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional**. 7ª Ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 125; Magalhães Noronha. **Curso de Processo Penal**. 21ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 34/35; Eduardo Espínola Filho. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, vols I-III, p. 368/369; José Frederico Marques. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961, vols I-III, p. 352/353.

competência, nem tampouco suscitar conflito de competência, surgirá para o ofendido, ou seu representante legal, ou sucessores no caso de morte ou ausência da vítima, o direito de ação penal privada subsidiária da pública.

Vale ressaltar que a inércia do Ministério Público não transforma a natureza da ação penal, que continua sendo pública, o que é importante para demonstrar a necessidade de ter a ação penal subsidiária dever de obediência aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade.

b) A ação penal pública subsidiária da pública:

Quanto à ação subsidiária, geralmente se fala tão somente da “ação penal *privada* subsidiária da pública”, conforme acima exposto. Acontece que ultimamente vem surgindo a menção a casos excepcionais em que se cogita de uma “**ação penal pública subsidiária da pública**”. Nesses casos, havendo **inércia** por parte do órgão ministerial inicialmente previsto para promover a ação penal, *outro órgão oficial* seria então incumbido dessa missão. A diferença está então em que a ação não passa à iniciativa privada, do ofendido, por exemplo, mas caberá a outro órgão ministerial oficial.

Alguns exemplos dessa espécie “*sui generis*” de ação penal *pública* subsidiária da pública podem ser apresentados: 1) Artigo 2º, § 2º, do Decreto – Lei 201/67, o qual trata dos Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e prevê que em caso de inércia do Procurador Geral de Justiça (lembrando que os Prefeitos têm prerrogativa de função e são julgados pelos Tribunais de Justiça respectivo – artigo 29, X, CF), poderá este ser substituído pelo Procurador Geral da República; 2) Artigo 27 da Lei 7.492/86, que trata dos Crimes contra o Sistema Financeiro e prevê que quando a denúncia não é intentada no prazo legal, cabe ao ofendido representar ao Procurador Geral da República a fim de que este a oferte ou designe outro órgão do Ministério Público para ofertar ou mesmo que determine o arquivamento do feito. A lei não menciona expressamente, mas é implícito que também poderá o Procurador Geral da República requerer novas diligências consideradas necessárias no caso concreto.

Malgrado haver muita controvérsia sobre a tecnicidade e a própria constitucionalidade de alguns desses exemplos, o importante é que, em todos esses casos, havendo **inércia** do órgão ministerial inicialmente dotado de atribuição, outro órgão ministerial o substituirá na atuação e não haverá a opção pela ação penal *privada* subsidiária da pública e sim por uma “ação penal **pública** subsidiária da pública”. É *pública* porque movida por um órgão ministerial oficial e não pelo ofendido, seus representantes ou sucessores. É *subsidiária* porque somente utilizada em caso de inércia do órgão ministerial inicialmente dotado de atribuição legal.

c) O recurso subsidiário do assistente da acusação:

Uma outra hipótese de subsidiariedade que pode ser apontada na legislação vigente é a que está prevista no art. 598 do CPP: “*nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no artigo 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo*”. Noutras palavras, **quando o órgão do Ministério Público não recorrer**, o

assistente da acusação poderá fazê-lo subsidiariamente⁸, ainda que não esteja habilitado nos autos. Nessa hipótese, o prazo para a interposição do recurso de apelação será de quinze dias, contados da data em que espirar o azo para o titular da ação penal (CPP, art. 598, parágrafo único).

O órgão do Ministério Público, como representante da sociedade, deve agir de ofício (independentemente de provocação), pautando sua atuação em critérios objetivos e submetidos à estrita legalidade. Considerando que o recurso nada mais é do que a expansão de uma fase processual impõe-se a observância ao princípio da obrigatoriedade. Então sempre que a sentença se mostrar contrária à lei ou à prova produzida nos autos, o órgão da acusação deverá interpor recurso e submeter a matéria a apreciação da segunda instância. É evidente, entretanto, que o promotor de justiça, nesse momento procedimental, tal como ocorre no início da ação penal, formará sua convicção com a livre apreciação da prova, respeitando-se, em qualquer caso, a sua independência funcional.

Por isso se diz que a interposição ou não do recurso segue o critério da voluntariedade⁹ (próprio, aliás, do sistema acusatório), o que não se confunde com discricionariedade, que não existe para esse representante da sociedade, pois o promotor de justiça não poderá desistir da ação e tampouco do recurso (CPP, arts. 42 e 576).

É importante assinalar que a não interposição do recurso, caracteriza uma espécie de **inércia** que faz surgir para o ofendido, através do assistente de acusação, a possibilidade de recorrer subsidiariamente, ainda que este não esteja habilitado nos autos. Perceba-se que a subsidiariedade neste caso está, mais uma vez, associada à inércia de um órgão que deveria atuar, mas não o fez.

O assistente de acusação poderá ainda, nos termos do art. 584, §1º e 271, “Caput” ambos do Código de Processo Penal, recorrer subsidiariamente, em sentido estrito, contra as decisões de impronúncia ou daquela que tenha reconhecido a extinção de punibilidade pela prescrição ou qualquer outra forma, isso, é claro, diante da **inércia** do órgão ministerial.

O Autor Renato Brasileiro de Lima, invocando tendência jurisprudencial, ainda faz uma interpretação mais ampla da legitimidade subsidiária do assistente de acusação, argumentando que a atuação desta figura no processo penal não visa, exclusivamente, a obtenção de uma condenação para satisfação de interesses patrimoniais. Segundo o jurista:

“Em que pese o CPP outorgar, expressamente, legitimidade subsidiária ao assistente de acusação apenas nas hipóteses de apelação contra a impronúncia e a absolvição, e RESE contra a extinção de punibilidade, é cada

⁸ Guilherme de Souza Nucci denomina esse recurso de “apelação secundária ou supletiva”. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 963. Por sua vez, Renato Brasileiro de Lima aduz que o assistente de acusação possui legitimidade restrita e subsidiária, nestes casos. Cf. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª Ed. Bahia: Editora JusPodium, 2015, p. 1655.

⁹ Cf. CPP, art. 574: os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:

I - da sentença que conceder habeas corpus;

II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do artigo 411.

vez mais crescente na doutrina a orientação de que a atuação do assistente de acusação no processo penal não visa, exclusivamente, a obtenção de uma sentença condenatória com trânsito em julgado para a satisfação de interesses patrimoniais. Na verdade, o assistente também tem interesse em uma condenação que seja justa e proporcional ao fato perpetrado. Nessa linha, conferindo amplitude democrática ao princípios que asseguram a ação penal privada subsidiária e o contraditório, com os meios e recursos a ele inerentes, o Supremo já se manifestou no sentido de que, não havendo recurso pelo Ministério Público, deve ser reconhecida a legitimidade do assistente para interpor RESE contra pronúncia para obter a qualificadora do crime de homicídio”¹⁰.

d) Incidente de deslocamento de competência para a justiça federal (art. 109, v-a c.c. art. 109, §5º da CRFB):

A Emenda Constitucional nº 45/04 não fixou a competência exclusiva da Justiça Federal para o processo e julgamento de crimes contra os direitos humanos. Pelo contrário, reafirmou a regra da competência da Justiça Estadual, ficando a competência federal condicionada ao preenchimento dos requisitos constantes do §5º do art. 109 da CF. Segundo este dispositivo, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

A partir do momento em que o Brasil subscreveu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/92), assim como reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto Legislativo nº 89/98) para julgamentos de violações de direitos humanos ocorridos em nosso País que tenham ficado impunes, a União passou a ficar sujeita à responsabilização internacional pelas violações de direitos humanos, em que dispusesse de instrumento jurídico idôneo ao cumprimento dos compromissos pactuados no âmbito internacional. É daí que surge a importância do incidente de deslocamento de competência previsto no art. 109 V-A, e §5º, cuja finalidade precípua seria exatamente a de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria.

A criação desse incidente de deslocamento tem gerado muita polêmica, dando ensejo, inclusive, à propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal contra o art. 1º da Emenda Constitucional nº 45/2004, na parte em que inseriu o inciso V-A e o §5º ao art. 109 da Constituição Federal, sendo uma proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI 3.486), e a outra pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ADI 3.493). Em ambas, argumenta-se que os critérios são demasiadamente vagos para se definir o que seria uma *grave violação a direitos humanos*, do que decorreria violação ao princípio

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª Ed. Bahia: Editora JusPodium, 2015, p. 1655.

do juiz natural, em virtude de uma flexibilidade insustentável. Além disso, a definição da competência ficaria relegada a mero juízo discricionário do Procurador-Geral da República, o qual teria autonomia para deliberar sobre a propositura (ou não) do incidente de deslocamento da competência.

Inobstante toda a discussão, o importante no momento é que a federalização dos crimes contra os direitos humanos apresenta três pressupostos: 1) existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos; 2) demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil; 3) *inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal.*

De acordo com o §5º do art. 109 da Constituição Federal, a legitimidade para a propositura do incidente de deslocamento de competência é do Procurador-Geral da República, sendo a competência para apreciar e julgá-lo do Superior Tribunal de Justiça.

O pressuposto da inércia foi consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça o qual, em pioneiro julgado sobre o incidente de deslocamento de competência, relacionado ao homicídio doloso da irmã Doroty Stang no Município de Anapú, Estado do Pará, após refutar preliminar de violação ao princípio do juiz natural e à autonomia da federação, concluiu pelo indeferimento do deslocamento da competência para a Justiça Federal, por entender que, a despeito de se tratar de crime praticado com grave violação aos direitos humanos, não teria restado evidenciada a negligência ou inércia do Estado-membro em proceder a persecução penal dos autores do delito¹¹.

e) Tribunal Penal Internacional:

Também é mencionável a possibilidade de deslocamento de Competência para o Tribunal Penal Internacional (TPI), no caso de **inércia** dos órgãos internos brasileiros envolvendo crimes contra a humanidade (artigo 5º, § 4º da CF).

Com as inúmeras violações de direitos humanos ocorridas a partir das primeiras décadas do século XX, notadamente com as duas grandes guerras mundiais, surgiu a ideia de um *jus puniendi* em nível global, buscando a instituição de uma moderna Justiça Penal Internacional. Como anota Valério de Oliveira Mazzuoli, “essa expressão Justiça Penal internacional pode ser compreendida como “o aparato jurídico e o conjunto de normas instituídas pelo Direito Internacional, cuja ilicitude está prevista nas normas ou princípios do ordenamento jurídico interacional e cuja gravidade é de tal ordem e de tal dimensão, em decorrência do horror e da barbárie que determinam ou pela vastidão do perigo que provocam no mundo, que passam a interessar a toda a sociedade dos Estados concomitantemente”¹².

Assim é que, em julho de 1998, foi aprovado na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, constituindo um tribunal internacional com jurisdição criminal permanente sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade e alcance internacional, dotado de personalidade jurídica própria, com sede em Haia, na Holanda. O governo brasileiro assinou o tratado internacional do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional em 07 de fevereiro de 2000,

¹¹ STJ, 3ª Seção, IDC 1/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 10/10/2005.

¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. P. 20-21.

sendo o mesmo posteriormente aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 06 de julho de 2002 e promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Como se percebe pela leitura do art. 1º do Decreto nº 4.388/02, o Tribunal Penal Internacional será complementar às jurisdições penais nacionais, sendo chamado a intervir somente se e quando a justiça repressiva não funcionar. Adotou-se, pois, o denominado *princípio da complementariedade*. Da mesma maneira, enuncia o art. 17 do Estatuto de Roma que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou omissão do sistema judicial interno.

Flávia Piovesan destaca as condições em que se legitima o exercício, sempre em caráter subsidiário, da jurisdição pelo tribunal Penal Internacional: “surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionado à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária”¹³.

Pois bem, a partir da análise dos institutos acima, é lícito inferir duas conclusões fundamentais: em primeiro lugar, a subsidiariedade tem estreita conexão com a inércia, omissão ou incapacidade; em segundo lugar, a subsidiariedade vem ora para salvaguardar o interesse particular (ação penal privada subsidiária da pública e recurso subsidiário do assistente de acusação), ora para assegurar o interesse público (ação penal pública subsidiária da pública, incidente de deslocamento de competência para a justiça federal, e Tribunal Penal Internacional).

Com relação à primeira conclusão acima, o que se percebe em todas as ocorrências estudadas nos tópicos anteriores é que o instituto da subsidiariedade tem conexão íntima com o estado de inércia, com a omissão ou incapacidade de algum órgão que deveria atuar mas não o fez. A subsidiariedade existe para permitir a intervenção de um ator substituto, complementar, em casos em que o originalmente pensado não atua, tudo em prol de assegurar a observância do acesso à justiça. É muito semelhante ao instituto do Tribunal Penal Internacional neste ponto, não havendo nada que impeça substituir a ideia de subsidiariedade da investigação criminal pelo Ministério Público, pela de complementariedade, ou suplementariedade.

A ideia de complementariedade ou suplementariedade ao invés de subsidiariedade, é mais consentânea com o art. 144, §4º da CF, na medida em que respeita a primazia da investigação criminal pela Polícia Judiciária. Neste sentido, de acordo com o internacionalista Vallério Mazzuoli, pelo princípio da complementariedade, “o TPI não pode interferir indevidamente nos sistemas judiciais nacionais que continuam tendo a responsabilidade primária de investigar e processar os crimes cometidos pelos seus nacionais, salvo nos

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 223-224.

casos em que os Estados se mostrem incapazes ou não demonstrem efetiva vontade de punir os seus criminosos, ocasiões em que o Tribunal deverá atuar¹⁴”. Pelo raciocínio analógico, o Ministério Público não pode avocar para si a investigação criminal, salvo nos casos em que as Polícias se mostrem incapazes ou não demonstrem efetiva vontade de investigar.

Por outro lado, sobre a segunda conclusão acima tratada, é possível pensar em uma classificação para a subsidiariedade, entendendo-a como um gênero, do qual são espécies a subsidiariedade privada e a subsidiariedade pública. Essa classificação é indispensável, porque, a depender da espécie, se adotaria um regime jurídico próprio. A principal problemática aqui é em relação à *iniciativa*. Se estivermos no ambiente da subsidiariedade privada, o mais apropriado é associá-la ao exercício da autonomia da vontade do interessado, que teria um direito subjetivo de agir, sendo a iniciativa uma mera faculdade, exatamente o que ocorre na ação penal privada subsidiária da pública e no recurso do assistente e acusação. Já no caso da subsidiariedade pública, é inegável a prevalência do interesse público, de maneira que a iniciativa encerraria uma daquelas categorias de poder-dever do Estado, e não mera faculdade de agir.

De sorte que, em sentido estrito, pode-se considerar a subsidiariedade como um poder-dever do Estado. Se pensarmos que as hipóteses trabalhadas relacionadas ao interesse público (ação penal pública subsidiária da pública, incidente de deslocamento de competência para a justiça federal, e Tribunal Penal Internacional) traduzem, em alguma medida, a manifestação da pretensão punitiva estatal, somos obrigados a aceitar que o autor público substituto tem o dever de agir diante da respectiva omissão do autor público originário. Fernando da Costa Tourinho Filho sentencia que “hoje, somente o Estado é que pode dirimir os conflitos de interesses, daí dizer Graf Zu Dohna que o Estado detém o monopólio da administração da justiça. E tanto isso é exato que em todas as legislações existe norma semelhante àquela do art. 345 do nosso CP: é proibido fazer justiça com as próprias mãos, embora a pretensão seja legítima. Só o Estado, e exclusivamente o Estado, é que pode administrá-la. Daí se infere que, detendo ele o monopólio da administração da justiça, surge-lhe o dever de garanti-la”¹⁵.

Assim, por derradeiro, é necessário reconhecer que a subsidiariedade da investigação criminal pelo Ministério Público é do tipo pública, voltada a assegurar a operatividade do sistema de persecução penal e, portanto, do interesse público, emergindo que o referido órgão tem o poder-dever de agir diante da hipótese autorizativa, e não mera faculdade, como vem se percebendo na prática. Vale ressaltar que esse dever está assentado na própria Constituição Federal Brasileira de 1988 que em seu artigo 144, *Caput* preleciona ser a segurança pública um dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, bem como, no art. 5º, II que impõe a todos e, portanto ao Estado, a necessidade de observância do princípio da legalidade.

Obtempere-se que o princípio da legalidade possui um caráter negativo, traduzido na pauta limitativa do poder público; e um caráter positivo, revelado no dever de agir inerente a todos os poderes do Estado, seja o Legislativo, seja o Executivo ou o Judiciário. É por vigorar entre nós este caráter positivo da legalidade, que Fernando da Costa Tourinho filho sentencia “ter a Autoridade Policial o dever de determinar a abertura do inquérito policial, quando tiver ciência de que ocorreu um crime de ação penal pública, e os órgãos do Ministério Público

¹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público** – 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 950.

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 09.

têm também o dever de promover a competente ação penal, sem que possam inspirar-se em critérios políticos ou de utilidade social. Eles não têm faculdade de julgar sobre a oportunidade ou conveniência de promover a *persecutio criminis*. São escravos da lei, cuja atuação tem o dever de provocar ou solicitar”¹⁶.

Com efeito, o art. 24 do Código de Processo Penal determina que “nos crimes de ação pública, esta **será** promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo”, sendo consenso que esse dispositivo traduz o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Considerando que o dispositivo legal acima mencionado nada mais é do que a aplicação pontual do princípio constitucional da legalidade em seu aspecto de dever de agir do Estado (art. 5º, II da CRFB/88), tem-se que o programa normativo previsto para o Ministério Público exige a observância do princípio da obrigatoriedade da atuação estatal, devendo o referido órgão abster-se de intervenções pautadas em conveniência ou utilidade social.

CONCLUSÃO E FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Considerando-se que a investigação criminal pelo Ministério Público tem natureza de poder-dever de agir, diante da ausência de lei para reger a hipótese, deve-se aplicar analogicamente o art. 24 do Código de Processo Penal, para concluir que, em caso de inércia ou omissão por parte da Polícia Judiciária na realização de investigações criminais, o Ministério Público é obrigado a instaurar o procedimento correspondente, não lhe sendo lícito escolher facultativamente os casos em que deverá atuar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª Ed. Bahia: Editora JusPodium, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 1º Volume. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. P. 40.