



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Possibilidade de Investigação do Ministério Público na Fase Pré-Processual Penal

Hálinna Regina de Lira Rolim

Rio de Janeiro
2010

HÁLINNA REGINA DE LIRA ROLIM

A Possibilidade de Investigação do Ministério Público na Fase Pré-Processual Penal

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2010

A POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL PENAL

Hálinna Regina de Lira Rolim

Graduada pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Advogada.

Resumo: O promotor necessita dispor das informações fundamentais acerca da autoria e materialidade do crime para a formação da *opinio delicti*, e, assim, poder promover a competente ação penal. Verifica-se que cada vez mais ele participa de forma ativa na fase de investigação criminal, atuando em conjunto com a polícia judiciária na colheita de provas para o oferecimento da denúncia. Entretanto, há resistência por parte da doutrina em permitir essa participação positiva do *parquet*. A essência do trabalho é confrontar os posicionamentos acerca dessa atuação e apontar qual a melhor orientação à luz da doutrina e da jurisprudência.

Palavras-chaves: Processo Penal. Inquérito Policial. Investigação. Ministério Público. Legitimidade para Investigar. Ação Penal.

Sumário: Introdução. 1. Breve Apontamento Sobre a Fase Pré-Processual. 2. Das Principais Teses Contrárias ao Poder Investigatório do MP. 2.1. Da Não-Exclusividade do Poder Investigatório das Polícias Judiciárias. 2.2. Da Não-Usurpação de Atribuição ou Substituição das Polícias Judiciárias pelo Ministério Público. 2.3. Da Paridade de Armas e Imparcialidade do *Parquet*. 3. Do Respaldo Constitucional ao poder Investigatório do Ministério Público: Teoria dos Poderes Implícitos. 4. Do Respaldo Infraconstitucional. 5. O Poder Investigatório do Ministério Público na Fase Pré-Processual à Luz da Legislação Estrangeira. 6. A Jurisprudência do STJ e do STF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a possibilidade de atuação positiva por parte do Ministério Público durante a fase de inquérito policial, fase pré-processual penal, em que se busca a colheita dos elementos essenciais para a instauração da ação penal.

Isso porque, como titular da ação penal pública, aquele a quem cabe denunciar e dar início à persecução criminal, necessita dispor das informações e dados fundamentais acerca da autoria e materialidade do crime para a formação da *opinio delicti*, e, assim então, poder promover a competente ação penal, justificando-se, a partir daí, sua atuação paralela ou em conjunto a polícia judiciária.

Ademais, diante da grave realidade social observada no Brasil, em que a corrupção se alastrou dentro dos quadros da polícia judiciária, o estudo objetiva demonstrar a necessidade de atuação do Ministério Público para assegurar a defesa da ordem jurídico-democrática e a segurança jurídica.

Entretanto, fortes são as vozes contra essa possibilidade, ao argumento de que tal atuação caracterizaria verdadeira usurpação de atribuição, já que a investigação criminal é de competência exclusiva das polícias judiciárias. Além disso, acarretaria na imparcialidade do promotor de justiça para atuar na fase pós-investigatória.

Assim é que o trabalho buscará analisar as controvérsias que rodeiam a possibilidade de participação do Ministério Público na fase investigativa, confrontando as teses contrárias acerca dessa questão, à luz da legislação estrangeira, constitucional e infraconstitucional e da orientação do Supremo Tribunal Federal (STF), de modo a demonstrar haver respaldo no ordenamento jurídico legitimando essa atuação positiva do *parquet*.

No decorrer do estudo, será feito um breve apontamento sobre a fase pré-processual, após o qual será analisada a legitimidade do poder de investigar do Ministério Público à luz da Constituição e da legislação infraconstitucional, passando pela legislação estrangeira e, ao final, serão enfrentados as principais teses contrárias à atuação do Ministério Público na fase pré-processual. A metodologia será pautada pelo método histórico-jurídico e jurídico-prospectivo.

Resta saber, assim, se o membro do Ministério Público está legitimado a participar ativamente na fase investigativa diante das funções que lhe são conferidas pelo ordenamento jurídico.

1. BREVE APONTAMENTO SOBRE A FASE PRÉ-PROCESSUAL PENAL

Considerando que a discussão acerca do poder investigatório do Ministério Público se mostra fervorosa no tocante à fase pré-processual penal, mister se faz tecer alguns comentários acerca do Inquérito Policial, trazendo à baila conceitos necessários para que se possa visualizar o tema sob uma perspectiva mais ampla.

Como é sabido, a persecução penal se desenvolve em duas fases: uma fase administrativa, inquérito policial, e uma fase jurisdicional, ação penal. Assim, nada mais é o Inquérito Policial que um procedimento administrativo destinado a reunir elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Em outras palavras, o inquérito policial é um procedimento policial que tem por finalidade construir um lastro probatório mínimo, ensejando justa causa para que o titular da ação penal possa formar seu convencimento, a *opinio delicti*, e, assim, instaurar a ação penal cabível. Nessa linha, percebe-se que o destinatário imediato do Inquérito Policial é o Ministério Público, nos casos de ação penal pública, e o ofendido, nos casos de ação penal privada.

De acordo com o conceito ora apresentado, para que o titular da ação penal possa enfim ajuizá-la, necessário se faz a presença da justa causa. A justa causa, identificada por parte da doutrina como uma condição da ação autônoma, consiste na obrigatoriedade de que exista prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal. Dessa forma, é

imprescindível que haja provas acerca da possível existência de um fato criminoso e indicações razoáveis do sujeito que tenha sido o autor desse fato.

Evidencia-se, portanto, que é justamente na fase do inquérito policial que serão coletadas as informações e provas que irão formar o convencimento do titular da ação penal, isso é, a *opinio delicti*. É com base nos elementos apurados no inquérito que o promotor de justiça, convencido da existência de justa causa para a ação penal, oferece a denúncia, encerrando a fase administrativa da persecução penal.

2. DAS PRINCIPAIS TESES CONTRÁRIAS AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MP

Dentre alguns dos argumentos contrários à atuação positiva do *parquet* na fase do inquérito policial, os principais e que conduzem a um debate mais acirrado na doutrina refere-se à exclusividade do poder investigatório das polícias judiciárias, pelo que estaria o Ministério Público usurpando a competência conferida a outro órgão, e à imparcialidade gerada para a atuação do promotor que participou da fase investigativa na fase pós-investigatória.

A seguir, será feita uma análise de cada um desses argumentos, demonstrando a fragilidade de cada qual, conforme a orientação veiculada por grande parte da doutrina e da jurisprudência de nossos tribunais superiores.

2.1. DA NÃO-EXCLUSIVIDADE DO PODER INVESTIGATÓRIO DAS POLÍCIAS JUDICIÁRIAS

Um dos primeiros argumentos contrários trazidos pela doutrina, como o faz Nicolitt (2010), quanto à possibilidade de atuação do Ministério Público na fase pré-processual penal, diz respeito ao fato de que o poder investigatório seria exclusivo das polícias judiciárias.

Ocorre que a investigação criminal não é exclusividade da polícia. O princípio que rege a atividade policial é o da não exclusividade, o que significa dizer que se permite a mais de um órgão a apuração de infrações penais, fato esse, aliás, que é do interesse público. Nessa linha, a lei pode atribuir funções investigatórias a outros órgãos, como a Lei Complementar nº 35 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) e a já referida Lei nº 8.625 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que instituíram sistemas especiais de apuração de infrações penais de crimes praticados, respectivamente, por magistrados e membros do Ministério Público. No âmbito do Congresso Nacional, do Senado, Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas, Câmaras Distrital e Municipais, detêm os poderes investigatórios as Comissões Parlamentares.

Como se percebe, diversos órgãos públicos fazem diligências investigatórias dentro de seus âmbitos de atuação, como por exemplo, a Receita Federal. A própria Constituição Federal em seu art. 58, §3º, estabeleceu a investigação pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), que gozarão de “poderes de investigação próprio das autoridades judiciais”, sendo as conclusões das investigações remetidas ao Ministério Público para as medidas cabíveis.

Como se nota, embora a CPI possa investigar, não pode promover ação penal nem mesmo civil, haja vista que sua competência é apenas de investigar e chegar a conclusões. No mesmo sentido, vários órgãos ligados ao poder público realizam diligências investigatórias, no âmbito de suas atuações, que podem terminar com a coleção de documentos para o ajuizamento da ação penal pelo Ministério Público. A título de exemplo, as investigações de sonegação fiscal ou de evasão de divisas realizada por esses órgãos podem resultar numa ação penal, sem que haja necessidade de passar por investigação policial.

No plano do Código de Processo Penal, faz-se referência ao art. 4º que define que à polícia judiciária cabe a “apuração das infrações penais e de sua autoria”, acrescendo o parágrafo único que “a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

A apuração dos fatos, ainda que sustentem a propositura de ação penal, pode ocorrer em outros procedimentos além dos comandados pelo delegado de polícia. Além do mais, a segurança pública é direito e responsabilidade de todos, como bem expressa o *caput* do art. 144 da Constituição Federal. Nessa linha, se o legislador desejasse a investigação criminal privativa pela polícia, teria textualmente dito como o fez no art. 129, inciso I, da Constituição Federal, ao atribuir a legitimidade privativa ao Ministério Público de propor a ação penal pública. Daí se extrai a conclusão de que todos, inclusive o Ministério Público, têm direito de investigar ilícitos penais na busca pela preservação da ordem pública (art. 144 da CF) e apresentar estas provas para que a justiça fale mais alto. Quanto ao Ministério Público, esse direito de investigação vai além, tornando-se um dever quando o interesse público assim exigir. Como bem se constata, o poder investigatório não é exclusividade das polícias judiciárias.

2.2. DA NÃO-USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO DAS POLÍCIAS JUDICIÁRIAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Também não há que se falar em usurpação de atribuição ou substituição da polícia pelo Ministério Público nos procedimentos investigatórios. Quando o Ministério Público investiga, ele está exercendo atividade própria direcionada à formação de sua *opinio delicti*, haja vista ser sua função principal na seara criminal a promoção da ação penal pública.

O promotor de justiça que colhe elementos para complementar seu convencimento não está presidindo o Inquérito Policial, mas sim está agindo dentro dos limites de suas atribuições funcionais, obtendo, dessa forma, um melhor esclarecimento acerca dos fatos. Assim, não há comprometimento da atividade da polícia judiciária com a atuação direta do Ministério Público na investigação de ilícito penal.

O que se propõe, e essa deve ser a interpretação adequada dos elementos constitucionais e infraconstitucionais, é que haja uma complementação do processo investigatório criminal. Com uma ação conjunta ou paralela entre o Ministério Público e a polícia, o sistema de apuração das infrações penais se aperfeiçoa, dando menos chances à falhas nessa fase da persecução penal.

Nessa linha, o próprio Código de Processo Penal, na Exposição de Motivos, menciona em seu inciso IV que foi mantido o inquérito policial como instrução provisória, tendo em vista ser ele uma “garantia contra apressados e errôneos juízos formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas.”. O próprio código reconhece que a autoridade que dirige a investigação inicial está sujeita a equívocos ou falsos juízos, ou, ainda a sugestões tendenciosas.

A prática tem revelado constantes falhas no sistema atual de investigação criminal por parte da polícia, muitas vezes em razão da falta de especialização de quem cuida do inquérito policial. O resultado dessas falhas culmina no insucesso da denúncia feita pelo Ministério Público. Como se sabe, uma vez oferecida a denúncia e iniciada a ação penal, não pode o Ministério Público desistir da mesma. Trata-se do princípio da indisponibilidade, consagrado no art. 42 do Código Processo Penal. Enorme é o prejuízo de uma denúncia que se funda num Inquérito Policial frágil.

Neste sentido, Lopes Junior (2006), relatando a crise por que passa o inquérito policial, menciona que os juízes reclamam da demora e da pouca confiabilidade dos

elementos colhidos e produzidos pela polícia, que por vezes sequer podem ser utilizadas na fase processual, e que os promotores, por seu turno, reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem vai acusar em juízo, prejudicando não só a celeridade processual, mas também a sua eficiência, já que diante de escassez de dados e informações há a necessidade de novas diligências a serem adotadas.

Com a participação do membro do Ministério Público nas investigações criminais, minimiza-se a possibilidade de falhas e, conseqüentemente, assegura-se os interesses sociais e individuais indisponíveis envolvidos. Com o envolvimento direto do membro do *parquet* coletando, realizando e produzindo provas, mais se aproximam os fatos verdadeiros da justiça, evitando, principalmente, uma denúncia vaga, falha e insustentável.

Além disso, como se sabe, a polícia é subordinada ao poder executivo, fato esse que dá margem aos abusos na função policial, principalmente no que tange à apuração de crimes como sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, fraude contra o sistema financeiro e corrupção. Por ser hierarquicamente subordinada, a autoridade policial sofre maior pressão que pode dificultar a apuração dos delitos, ainda mais quando essas infrações são cometidas por pessoas que estão diretamente ligadas ao exercício momentâneo do poder.

O Ministério Público, dotado de independência em relação aos três poderes da União, bem como de outras prerrogativas constitucionais que lhe permitem uma atuação mais segura e justa, é o órgão que mais se aproxima da sociedade, em razão de seu papel de defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como o de manutenção da ordem jurídica e do regime democrático de Direito. É o órgão que mais cresce e que mais conta com a confiabilidade da sociedade. A atual conjuntura jurídico-social clama por um Ministério Público mais atuante e mais próximo dos verdadeiros interesses da sociedade. Nessa linha, é inegável a tendência de que o Ministério Público participe ativamente no inquérito policial.

2.3. DA PARIDADE DE ARMAS E IMPARCIALIDADE DO PARQUET

Cabe ainda, por fim, confrontar um último argumento utilizado pelos autores, como Nucci (2004) e Nicolitt (2010), que defendem a não participação do Ministério Público no processo investigatório preliminar. Essa parte da doutrina levanta a hipótese de que, em se permitindo a coleta e produção de provas por parte do membro do Ministério Público, haveria um extraordinário desequilíbrio na lide, ficando o cidadão à mercê de um “Estado-Acusação poderosíssimo”. Prosseguem os autores supramencionados, alegando que a equidade entre as partes no processo penal só é garantida quando há igualdade de armas entre acusação e defesa, caso em que restaria quebrado este equilíbrio quando permitido ao órgão ministerial a investigação na fase pré-processual. Sustentam ainda que estaria comprometida a imparcialidade do *parquet* que, ao conduzir uma investigação, o faria com enfoque nitidamente acusatório, se tornando perigosa a acumulação das funções de apuração e de acusação sobre um mesmo órgão estatal.

Como se percebe, essa parte da doutrina contrária à investigação do Ministério Público na fase pré-processual se vale da concepção, claramente ultrapassada, diga-se de passagem, de que o promotor é o acusador implacável, voraz na busca pela condenação do réu.

Ora, os tempos de Ministério Público perseguidor implacável já acabaram há muito tempo. É importante frisar que inexistente qualquer tipo de interesse pessoal do membro do Ministério Público que atua com independência e objetividade, buscando não a condenação do réu, mas sim a justiça no caso concreto. Em havendo elementos contrários à condenação, deve o promotor de justiça zelar pela verdade e justiça, pedindo a não condenação do réu. A figura do promotor Acusador e Estado-Acusação desapareceram há muito tempo do cenário jurídico nacional.

Além do mais, o atual Sistema Acusatório não exige separação entre o investigador e o acusador. A característica de separação do aludido sistema se dá entre a figura do acusador e julgador. Ademais, como afirma João Paulo Santos Schoucair, em artigo publicado na internet, permanece intocado o princípio da Igualdade de Armas (ou Paridade de Armas), o qual, tendo aplicação na fase processual, garante ao acusado uma investigação mais eficiente e respeitadora dos direitos fundamentais, oportunizando-o o exercício da ampla defesa e do contraditório na presença do Juiz, em prol de um julgamento justo. Uma investigação eficiente e esclarecedora também é direito do indiciado.

A participação do *parquet* no inquérito policial, com efeito, garante uma maior eficiência e maior benefício, haja vista a preocupação na busca da verdade dos fatos, bem como a independência de que o órgão ministerial goza, trazendo maior celeridade e objetividade na coleta e produção de provas. Na verdade, o que se nota é que a investigação feita pela polícia, muitas vezes, prejudica o próprio acusado, uma vez que não é feita com a minúcia e o cuidado necessário. Isso porque a estrutura das nossas polícias é frágil e não há uma política de segurança adequada e eficaz no combate à criminalidade em nosso país. Com estabelecimentos precários, instrumentos obsoletos, departamentos desatualizados, desinformatizados, sem a devida valoração, enfim, em meio a tantas dificuldades e ainda por cima sem autonomia e garantias, as polícias, muitas vezes, acabam por realizar investigações falhas, podendo inclusive trazer prejuízos ao réu.

Na realidade, quem figura em desvantagem na investigação é a própria sociedade e o próprio Ministério Público como representante dos interesses daquela, como bem enaltece Calabrich (2007), segundo o qual essa afirmação de que o investigado (ou acusado) estaria em posição de “desvantagem” quando o membro do *parquet* produz uma investigação, descuida de um dado importantíssimo: enquanto não esclarecidas em todos os seus aspectos a autoria e materialidade de um delito, quem está em posição de “desvantagem” é a sociedade (e o Ministério Público que, nesse mister, a representa). Enquanto aquele que comete o ilícito

conhece os fatos em todos os seus detalhes, razão pela qual tem melhores condições de atuar de modo a ocultá-los ou fazer com que os elementos de convicção disponíveis não sejam alcançados pelo órgão investigador, o Estado, não conhecendo os fatos, é quem deve conduzir-se, a todo tempo, com o objetivo único de trazer à tona a verdade, colhendo tais elementos de convicção, sem os quais sequer poderá dar início a um processo.

3. DO RESPALDO CONSTITUCIONAL AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

A Constituição Federal reservou em seu art. 144 o dever de apurar as infrações penais às polícias judiciárias, ou seja, às polícias civil e federal. Estabelece o art. 144, inciso IV, da Constituição Federal que é exclusividade da Polícia Federal exercer a função de polícia judiciária da União. Na mesma linha, o parágrafo 4º do mencionado artigo reza que “às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Neste sentido, alguns autores, como Nicolitt (2010) e Nucci (2004), defendem que cabe privativamente à polícia civil e à polícia federal o poder investigatório nas infrações penais. Sustentando-se na tese de que a Constituição expressamente entregou a competência para apurar as infrações penais às polícias judiciárias, e assim não o fez para o Ministério Público, essa parte da doutrina entende ser inconstitucional a participação do promotor durante o procedimento investigatório (Inquérito Policial).

Não parece ser o entendimento adequado, haja vista que a própria Constituição, em outros dispositivos, confere ao Ministério Público prerrogativas que lhe permitem participar de forma ativa nos procedimentos investigatórios. Necessário se faz a interpretação sistemática da Carta Maior.

Nessa linha, reza o art. 129, I, da Constituição Federal que cabe privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública. Ora, se a atividade-fim do membro do *parquet* é a promoção da ação penal pública, em outros termos, o oferecimento da denúncia, e para tanto se faz necessário o seu convencimento acerca do fato criminoso (*justa causa*), é perfeitamente cabível que ele possa participar diretamente do processo investigatório. Como visto, é no inquérito policial onde se vai apurar a infração penal, construindo todo um lastro probatório mínimo que vai servir de suporte para o oferecimento da denúncia. Sendo assim, considerando a atividade-fim a que lhe foi atribuído, nada mais coerente que o membro do Ministério Público possa participar diretamente no Inquérito Policial (atividade-meio) a fim de coletar, realizar e produzir as provas necessárias para o seu melhor convencimento e, conseqüentemente, para a concretização de sua missão constitucional.

Ademais, é de bom alvitre lembrar que o inciso IX do art. 129 da Constituição federal dá legitimidade ao Órgão Ministerial de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, sendo vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Pode-se afirmar da leitura desse dispositivo, portanto, que a investigação na seara criminal é mais do que compatível com a finalidade do *partquet*.

Prosseguindo na análise dos dispositivos constitucionais, a Carta Magna estabelece no inciso VI do art. 129 que cabe ao Ministério Público “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los”, acrescendo o inciso VII que lhe concede o poder-dever de “exercer o controle externo da atividade policial” e o inciso VIII que lhe cabe “requisitar diligências investigatórias”.

Ora, se a Constituição confere ao Ministério Público as funções de expedir notificações nos procedimentos administrativos, requisitar informações e documentos para instruí-los (inclusive sob pena de responder o delegado pelo crime de desobediência do art.

330 do Código Penal, em caso de descumprimento), bem como controle da atividade policial e a promoção da ação penal pública, implicitamente lhe conferiu o poder de investigar e apurar as infrações penais. Ademais, se a finalidade do Inquérito Policial é dar suporte à Denúncia, e esta sendo privativa do *parquet*, resta evidente que a Carta Magna conferiu implicitamente ao Ministério Público o poder de investigar. Afinal, “quem pode o mais, pode o menos”. É o que se depreende da aplicação da teoria dos poderes implícitos. Nesta linha, é a orientação da doutrina, capitaneada por Moraes (2009), para o qual foi incorporado em nosso ordenamento jurídico o *inherent powers*, através do qual o órgão deve dispor de todas as funções que lhes sejam necessárias ao exercício de sua missão constitucional, ainda que tais funções não estejam delimitadas, mas implícitas. Para o referido autor, Moraes (2009), consagra-se o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitam ao Ministério Público o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais impostas pela Carta Maior.

No mesmo sentido, concluiu o Supremo Tribunal Federal, a respeito da doutrina dos poderes implícitos, que “é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91.661-PE. Relator: Ministra Ellen Gracie. Publicado no DJ de 03.04.2009).

Dessa forma, partindo-se da teoria dos poderes implícitos, se pode o Ministério Público denunciar, é razoável que possa também investigar e coletar informações e provas necessárias ao seu convencimento. Para que o Promotor de Justiça possa formar o seu juízo de convencimento acerca da materialidade de um crime é preciso que ele esteja a frente das investigações, assegurando-se, assim, maior êxito no oferecimento da denúncia.

Ademais, fazendo a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, chega-se à conclusão de que cabe ao Ministério Público não só o

controle externo da atividade policial, participação indireta na fase investigatória, como também a própria realização e produção das provas, participação direta, no inquérito policial.

4. DO RESPALDO INFRACONSTITUCIONAL

Adentrando no plano infraconstitucional, o poder de investigação do Ministério público encontra respaldo na Lei Complementar n° 75 de 1993 que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União. O art. 7° da referida lei estabelece que incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: “Inciso I – Instaurar o inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; Inciso II – Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas; Inciso III – Requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas.”

O art. 8° da LC 75/1993 estabelece em seu inciso V que o Ministério Público da união poderá, para o exercício de suas atribuições, nos procedimentos de sua competência, “realizar inspeções e diligências investigatórias”.

Por fim, no que tange ao controle externo da atividade policial, a LC 75/93 deixa claro em seu art. 9°, inciso I, que o Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais, podendo “ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais”, bem como, inciso II, “ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial”. Acrescendo ainda o inciso III que permite ao Ministério Público da União “representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso

de poder” e o inciso IV que lhe permite “requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial sobre omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial”.

Ainda no plano infraconstitucional, encontra-se na Lei nº 8.625 de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), disposições expressas sobre o poder investigatório do Ministério Público. Reza o art. 26, inciso I da referida lei, que o Ministério Público poderá, no exercício de suas funções instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los, expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não-comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior.

Ainda em seu art. 26, inciso IV, a Lei nº 8.625 estabelece que o Ministério Público poderá “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar”.

Regulamentando o disposto no art. 26 da Lei nº 8.625 e o disposto no art. 8º da Lei Complementar nº 75, o Conselho Nacional Do Ministério Público (CNMP) elaborou a resolução nº13, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal. A resolução ora em análise deixa claro o poder investigatório do *parquet* na seara criminal, quando em seu art. 1º estabelece que “o procedimento investigatório criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal”.

A toda evidência, basta-se a transcrição apenas do art. 1º da supramencionada resolução, já que todos os dispositivos tratam do poder investigatório do Ministério Público na seara criminal.

Ora, se tanto a Lei Complementar nº 75, como a Lei nº 8.625 e a resolução 13 do CNMP se encontram em vigor até a presente data, resta claro que são perfeitamente compatíveis com a Carta Magna. Se fossem flagrantemente inconstitucionais como alegam alguns autores, o vício já teria sido declarado e os referidos diplomas expurgados do ordenamento jurídico.

Como resta comprovado, suporte legal é o que não falta para o poder investigatório do Ministério Público na fase do inquérito policial, não logrando êxito as vozes que afirmam ser inconstitucional essa participação do *parquet* no procedimento investigativo. Nada é mais compatível entre si que a realização da fase preliminar de investigação criminal por quem tem a titularidade privativa da ação penal.

Aliás, na área criminal, pode-se citar o exemplo dos crimes de ação penal privada. Se o ofendido vem a juízo oferecer queixa contra o autor do crime, obviamente lhe assiste o direito de trazer elementos de prova colhidos por ele próprio, não ficando adstrito aos elementos colhidos pela autoridade policial.

Ademais, é de se ressaltar que, da interpretação dos arts. 12, 40, 46, § 1º e 47 do Código de Processo Penal, constata-se que o inquérito policial é procedimento totalmente dispensável, isto é, sequer necessita o Ministério Público de sua instauração para o oferecimento da denúncia. Assim é que se pode ele oferecer a denúncia com base em outros documentos sem que tenha havido inquérito policial, maior razão para permitir que ele atue em conjunto com a polícia judiciária na formação dos elementos de sua convicção.

Frise-se, ainda, que até mesmo ao juiz, aquele para o qual se atribui de forma rigorosa o princípio da imparcialidade, a legislação conferiu poderes investigatórios a serem utilizados mesmo na fase investigativa, conforme se depreende do art. 241 do CPP, em que o

juiz poderá realizar a busca domiciliar, e do art. 156, I, do CPP, em que o juiz poderá ordenar a produção antecipada de provas urgentes e relevantes, antes mesmo de iniciada a ação penal.

A solução, como demonstra o presente trabalho, é simples. A Constituição Federal atribui a titularidade da ação penal ao Ministério Público. Concomitantemente, dispõe que caberá ao órgão ministerial realizar as tarefas a ele atribuídas por lei, desde que compatíveis com suas finalidades. A Lei 8.625/93, como já explicitado acima, atribui ao Ministério Público as funções de praticar atos executórios, de caráter nitidamente preparatório. Parece que ser o suficiente para sustentar as investigações do *parquet* na seara criminal. Neste ponto, pertinentes são, mais uma vez, as palavras do Ilustríssimo Professor Alexandre de Moraes que afirma ser desnecessária a previsão legal expressa da investigação criminal feita pelo Ministério Público, dada a teoria dos poderes implícitos.

5. O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL À LUZ DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

No estudo do Direito Comparado encontram-se sustentáculos dessa tendência do membro do *parquet* em atuar diretamente e em conjunto com as polícias judiciárias.

Em texto de autoria desconhecida (Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/just_therapeutica/doutrina/id436.htm>. Acesso em: 23 jun. 2010), são destacados várias legislações estrangeiras as quais prevêm a participação do promotor diretamente na fase pré-processual penal.

Uma delas é o Código de Processo Penal Alemão (StPO - Strafprozeßordnung), em vigência desde 1975, que prevê em seu artigo 160 que “tão pronto tenha conhecimento a Promotoria de Justiça, por meio de denúncia ou por outra via, da suspeita de um fato punível, deverá averiguar as circunstâncias com o fim de tomar sua resolução sobre se deverá exercitar

a ação pública.” Prossegue determinando que a Promotoria de Justiça deverá averiguar não só as circunstâncias que sirvam para incriminar, como também as que sirvam para inocentar, cuidando de colher as provas que possam perder-se. Na terceira parte desse dispositivo supramencionado, estabelece-se que “as averiguações da Promotoria deverão estender-se às circunstâncias que sejam de importância para a determinação das consequências jurídicas do fato. Para isto poderá valer-se de ajuda do Poder Judicial”.

Ainda no âmbito do Código de Processo Penal Alemão, o seu artigo nº 161 estabelece que “para a finalidade descrita no parágrafo precedente, poderá a Promotoria de Justiça exigir informação de todas as autoridades públicas e realizar averiguações de qualquer classe, por si mesma ou através das autoridades e funcionários da Polícia. As autoridades e funcionários da Polícia estarão obrigados a atender a petição ou solicitação da Promotoria”.

Nessa mesma linha, o Código de Processo Penal Italiano, em seu art. 326, ao fixar as finalidades das investigações preliminares, orienta que “o Ministério Público e a polícia judiciária realizam, no âmbito das respectivas atribuições, as investigações necessárias para as determinações inerentes ao exercício da ação penal.”

E, não para aí. Prossegue o Código Italiano, em seu art. 327 afirmando que o Ministério Público dirige as investigações e dispõe diretamente da polícia judiciária que, mesmo ainda depois da comunicação da notícia de crime, continua a realizar atividade de iniciativa própria segundo as modalidades indicadas nos sucessivos artigos. Em seu art. 358 atribui ao Ministério Público toda atividade necessária aos fins indicados no artigo 326, reafirmando que ele realiza, outrossim, averiguações sobre os fatos e circunstâncias a favor da pessoa submetida à investigação.

Por fim, em seu art. 370, determina que o Ministério Público completa pessoalmente qualquer atividade de investigação, permitindo-o valer-se da polícia judiciária para o cumprimento da atividade de investigação e de atos especificamente delegados,

compreendidos os interrogatórios e os confrontos dos quais participa a pessoa submetida à investigação que se encontra em estado de liberdade, com a assistência do defensor.

O Código de Processo Penal Português, complementado pelo Decreto-lei nº 35.007, de 13 de outubro de 1945, na exposição de motivos dessa legislação complementar estabelece que a “instrução preparatória destina-se a fundamentar a acusação, logo, é ao Ministério Público que cumpre recolher ou dirigir a recolha dos elementos de prova bastantes para submeter ao Poder Judicial as causas criminais.”

Essa função de direção fica mais evidente no art. 14, que é específico ao definir no caput que “a direcção da instrução preparatória cabe ao Ministério Público, a quem será prestado pelas autoridades e agentes policiais todo o auxílio que para esse fim necessitar”, e no parágrafo único que “para o coadjuvar directamente na instrução preparatória de qualquer processo, pode o agente do Ministério Público requisitar qualquer funcionário da respectiva secretaria judicial”.

O Código de Processo Penal Japonês (Lei n.º 131 de 1948) é bastante objetivo, e deixa expresso, em seu art. 191, que o promotor público pode, se ele julgar necessário, investigar a ofensa ele mesmo.

No art. 193 desse Código, ainda é conferido ao membro do Ministério Público o poder de, na sua jurisdição, dar necessárias sugestões gerais aos oficiais da polícia judiciária tendo em vista suas investigações. E prossegue em seus parágrafos, afirmando que o promotor público pode, quando isso for necessário em um caso, ele mesmo investigar a ofensa, instruir os oficiais da polícia judiciária e compeli-los a auxiliar na investigação, determinando ainda que os oficiais da polícia judiciária seguirão as sugestões e instruções do promotor público, sendo certo, inclusive, que incide em sanção para aqueles que descumprirem tais instruções, consoante se constata do art. 194, que prevê a remoção da polícia judiciária e punição disciplinar pela não observância das orientações dadas pelo Ministério Público

A lei que rege o Ministério Público Japonês, permite, em seu art. 6º, que os promotores públicos podem investigar qualquer ofensa criminal. E finaliza, consagrando o poder de investigação do seu *parquet*, em seu segundo parágrafo, estabelecendo que “relacionamento entre os promotores públicos e outras pessoas que, de acordo com outras leis e decretos também têm o poder de investigação criminal, será estabelecido pelo Código de Processo Criminal.”

6. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF

Como se percebe, ordenamentos ao redor do mundo consagram a tendência do Ministério Público em atuar ativa e diretamente no inquérito policial. Em alguns países, como visto, se atribui competência exclusiva ao órgão Ministerial para a instauração e presidência do inquérito policial. No Brasil não poderia ser diferente.

É seguindo essa linha que tanto o Supremo Tribunal Federal como o Supremo Tribunal Estadual, tem decidido em favor da participação do *parquet* nas investigações criminais. Cite-se a súmula 234 do STJ, o qual estabelece que “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Essa súmula reflete o posicionamento consolidado nas em suas turmas, sendo certo que em inúmeros julgados o STJ reconhece a validade dos atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, ressaltando sempre a função do *parquet* referente ao controle externo da atividade policial e deixando claro a não exclusividade do poder investigacional, conforme se depreende de trecho do HC 84.266, em que se afirma que a “Corte mantém posição no sentido da legitimidade da atuação paralela do Ministério Público à atividade da polícia judiciária, na medida em que, conforme preceitua o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal,

sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Precedentes” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 84.266. Relator: Min. Jane Silva. Publicado no DOU de 22.10.2007). Aliás, o tribunal sempre deixa claro que tal poder decorre da própria função do Ministério Público de titular da ação penal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 41.875 - SC. Relator: Min. Laurita Vaz. Publicado no DOU de 03.10.2005).

Ademais, no HC 38.417 – BA, reafirma o Tribunal da Cidadania a dispensabilidade das peças do inquérito policial, como mais um argumento favorável à atuação positiva do promotor na fase investigativa (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 38.417/BA. Relator: Min. Felix Fischer. Publicado no DOU de 07.03.2005).

No âmbito dos inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal favoráveis à atuação do *parquet*, dentre alguns relevantes sobre a matéria, o HC 91.661-9, outrora citado neste trabalho, cuja relatora a Ministra Ellen Gracie, é sem dúvida um dos mais importantes na defesa do poder investigatório do órgão ministerial, não só por ser um dos mais recentes julgados sobre o tema, mas também por encerrar qualquer discussão doutrinária que pudesse questionar o poder investigatório do Ministério Público, afinal de contas traduz o posicionamento da nossa Suprema Corte, que, apesar de não ter efeito vinculante, influencia diretamente na jurisprudência nacional.

Mencionou em seu voto a Ministra relatora ser perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ressaltando que “tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delict.*”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.661. Relator: Min. Ellen Gracie. Publicado no DOU de 04.04.2009).

Essa orientação parece melhor favorecer a busca pela justiça no país. Com efeito, é tendência nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo a investigação criminal pelo Ministério Público. No Brasil, como não poderia ser diferente, a investigação criminal pelo *parquet* encontra respaldo na Constituição Federal e em farta legislação infraconstitucional vigente.

CONCLUSÃO

Dessa forma, é inegável os benefícios e vantagens que a participação do Ministério Público nas investigações criminais traz para o Sistema Acusatório. O Promotor de Justiça melhor desempenhará o seu papel fundamental na seara criminal, qual seja, oferecer a denúncia, quando investiga os fatos criminosos que, por diversos motivos, não seriam investigados a contento pela polícia. Para que o membro do Ministério Público possa formar sua melhor convicção é preciso que ele conheça os fatos passo a passo, de perto, investigando pessoalmente.

O que não parece razoável é que o Ministério Público, na condição de titular da ação penal pública, seja mero espectador da investigação a cargo da autoridade policial. A concepção de que se atribui exclusivamente a investigação criminal à polícia, se baseia num sistema ultrapassado, pouco eficiente. O contato pessoal do agente do *parquet* com a prova facilita o seu convencimento, conferindo maior celeridade ao sistema acusatório. E não são poucas as situações que recomendam a intervenção do Ministério Público, em razão de sua independência para com os poderes estatais. Já se tornou comum apurar-se o envolvimento de policiais em episódios de corrupção ou até mesmo o envolvimento com o crime organizado.

É bem verdade que o problema começa por parte de quem figura na ponta de cima do poder. Não há por parte dos nossos governantes a incorporação de políticas de segurança

eficientes, preocupadas em estruturar e valorizar a carreira policial, o que acaba por desprezar a arriscada atividade de combate ao crime. O resultado disso é a construção de um sistema policial falho e ineficiente, despreparado para atender os interesses da nossa sociedade, ficando esta submissa e entregue à violência.

Pode-se elencar diversos motivos que levam ao quadro descrito acima. Baixos salários, departamentos desatualizados e desinformatizados, efetivo reduzido, instrumentos e armamento obsoletos, ultrapassados, munição limitada, viaturas em péssimas condições de uso, e várias outras situações que levaram a polícia a adotar medidas absurdas, como se associar à organizações criminosas.

Dessa forma, a polícia passou a traçar seus próprios caminhos, ditando suas próprias regras. O impacto, conseqüentemente, deságua sob o Ministério Público que passa somente a ter conhecimento dos fatos que a polícia desejar que chegue ao *parquet*. Tantos outros fatos ilícitos são “escondidos” ou ignorados pela polícia e, por capricho ou não desta, não chegam ao conhecimento do Ministério Público. Exemplo disso são as operações policiais de fachada, o descaso na hora de apurar as ocorrências, a falta de estrutura das delegacias, e é claro, a corrupção que assola grande parte dos integrantes da polícia. Esse fato nos leva ao sentimento de abandono e, por que não, medo do aparato policial que, entregue ao jogo de interesses do submundo do crime, deixa a população a mercê da violência.

A prática tem revelado as falhas do sistema de atuação das polícias. A imprensa noticia, quase todos os dias, o envolvimento de policiais em seqüestros, roubos, contrabando, homicídios e tantas outras condutas delituosas. Chega-se ao ponto, e não seria exagero, de afirmar que os bons policiais são a exceção da regra. Não se pode, entretanto, deixar mencionar a existência de policiais honestos e dos órgãos correcionais que, a todo tempo, procura afastar da instituição os policiais corruptos. Mesmo sem garantia, autonomia e a devida valorização, existem policiais que honram a instituição. O fato é que, há muito tempo, não se consegue quebrar a ligação que existe entre a polícia e o mundo da criminalidade. E as

próprias corregedorias não correspondem da maneira como deveriam. Por vezes, os próprios órgãos correcionais das Polícias Judiciárias não procedem nas investigações e esclarecimentos de crimes cometidos pelos policiais, seja por descaso ou porque fala mais alto o corporativismo, o fato é que o produto final dessa relação é a mais explícita impunidade.

Defender a concentração da investigação criminal única e exclusivamente nas mãos da polícia seria o mesmo que defender a própria impunidade. Dentro desse cenário não pode o Ministério Público quedar-se inerte, alheio, atuar como mero espectador. Não se pode permitir que o *Parquet* continue esperando por informações, que deveriam estar contidas nos Inquéritos Policiais, por exemplo, mas que nunca vão chegar ao seu conhecimento para que possa ele exercer sua missão constitucional. Não é razoável que a nossa sociedade continue a mercê do acaso, pagando elevados tributos e recebendo em contraprestação um serviço falho, deficitário, sem o mínimo de segurança pública. O Ministério Público, como representante dos interesses da sociedade deve, sim, preencher um vazio que há muito tempo vem sendo deixado pelas polícias judiciárias.

Em meio a isso tudo, parece evidente e legítima a participação do *parquet* na fase de investigação criminal. Como demonstrado durante esse trabalho, suporte legal (constitucional e infraconstitucional) e base doutrinária é o que não falta. Cabe ressaltar que o fato de o Ministério Público ter legitimidade para realizar atos investigatórios no campo criminal, não se confunde com fato da autoridade policial deter a presidência do Inquérito Policial. Nem estamos diante de uma usurpação de competência. Não propomos retirar a competência das polícias judiciárias de realizar a apuração das infrações penais. O que se propõe, com esta pesquisa, é demonstrar a legitimidade do Ministério Público no que tange ao poder investigatório na seara criminal e sugerir uma atuação conjunta, através da qual, a polícia e o Ministério Público atuariam de forma articulada, aperfeiçoando, assim, o sistema de apuração das infrações penais.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.931 de 11 de dezembro de 1941.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.
- BRASIL. Lei Complementar nº 75 de 20 de maio de 1993.
- BRASIL. Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 84.266. Relator: Min. Jane Silva. Publicado no DOU de 22.10.2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 41.875 - SC. Relator: Min. Laurita Vaz. Publicado no DOU de 03.10.2005.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 38.417 - BA. Relator: Min. Felix Fischer. Publicado no DOU de 07.03.2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 81.326. Relator: Min. Nelson Jobim. Publicado no DOU de 01.08.2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 91.661. Relator: Min. Ellen Gracie. Publicado no DOU de 04.04.2009.
- BARBOSA, Márcio Coutinho. *O Ministério Público E A Investigação Criminal*. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/o-ministerio-publico-e-a-investigacao-criminal-1083247.html>>. Acesso em 23 jun. 2010.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FREIRE, Paula Roberta Pereira. *Do poder investigatório do ministério Público. Contradições do RHC 81.326-DF*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11207>>. Acesso em: 23 jun. 2010.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHOUCAIR, João Paulo Santos. *O poder investigatório do Ministério Público brasileiro na esfera criminal*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12554>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

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

VIEIRA, Luiz Guilherme. *O Ministério Público e a Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Rabaço, 2004.