



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A legalidade da promoção de investigações criminais pelo Ministério Público precedente ou concomitantemente ao inquérito policial

Gabriel Barroso Moreira Negri

Rio de Janeiro

2012

GABRIEL BARROSO MOREIRA NEGRI

**A legalidade da promoção de investigações criminais pelo Ministério Público precedente
ou concomitantemente ao inquérito policial**

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Neli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2012

A LEGALIDADE DA PROMOÇÃO DE INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PRECEDENTE OU CONCOMITANTEMENTE AO INQUÉRITO POLICIAL

Gabriel Barroso Moreira Negri

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: O presente trabalho visa a analisar o poder investigatório do Ministério Público. Não há o que se discutir acerca da outorga de atribuição investigatória das Polícias Civil (estadual) e Federal pela Carta Política de 1988. Entretanto, com o novo padrão de Estado voltado para os princípios democráticos, o Ministério Público assume competência de fundamental importância, agindo como *custus legis* ou ainda como *dominus litis*, mas principalmente por ter recebido a função constitucional do controle externo da atividade policial, justificando sua função de investigatória. Assim, o Ministério Público utiliza-se de diversos argumentos a fim de justificar sua legitimidade para desempenhar investigações criminais, ultrapassando a idéia de atribuição exclusiva da Polícia Judiciária. O presente analisará o poder do Ministério Público após a Constituição Republicana de 1988, ou seja, a origem e o papel da instituição, além do controle externo da atividade policial. Também merecerá destaque os sistemas penal e processual penal brasileiros, bem como o elenco de argumentos favoráveis e contrários a possibilidade do Ministério Público brasileiro realizar investigações diretas.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Ministério Público; Investigação Direta; Legalidade.

Sumário: Introdução. 1. A Polícia Judiciária. 2. Sistemas Penal e Processual Penal Brasileiro. 2.1. Sistemas de investigação criminal quanto ao órgão encarregado. 3. Investigação pelo Ministério Público. 3.1. Argumentos favoráveis à investigação do Ministério Público. 3.2. Argumentos contrários à investigação do Ministério Público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A concretização da cidadania num Estado Democrático de Direito passa pelo papel da polícia na apuração das infrações penais e enquanto garantidora da estabilidade social,

devendo desempenhar as suas funções de maneira adequada e de acordo com as prescrições legais, sempre pautadas para os reflexos que sua atuação pode causar à sociedade.

O direito processual penal, por sua vez, constitui um poderoso instrumento estatal, a serviço da sociedade como um todo e dos indivíduos que a integram, consubstanciando-se numa forma de regramento que disciplina o direito de punir do Estado. Pretende o direito penal regular a vida em sociedade, apenando aquelas condutas que destoem do esperado pela comunidade. Assim, o processo instrumentaliza, vale dizer, estabelece as regras através das quais o Estado, e a sociedade que este representa pode infligir uma pena.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um novo padrão de Estado, voltado para os princípios democráticos, deixando de lado o paradigma anterior de atuação do Estado. Pautada na proteção dos direitos e garantias fundamentais, gerou alterações significativas no fundamento do processo penal. Nesse sentido, o atual perfil do Ministério Público (MP) modificando consideravelmente sua função institucional.

Diante dessa nova realidade, o Ministério Público assume competência de fundamental importância, agindo como *custus legis* ou ainda como *dominus litis*, mas principalmente por ter recebido a função constitucional do controle externo da atividade policial.

Em consequência dessas alterações, gerou-se a dicotomia de posições no cenário jurídico, ocasionando o questionamento da legitimidade dos membros do *parquet* a realizar apurações investigatórias com o intuito de apurar infrações criminais. Os argumentos que sustentam cada posição estão justificados nas respectivas interpretações constitucionais utilizadas.

O tema trará as divergências entre as funções do inquérito policial e as atribuições do Ministério Público trazidas pela Constituição sob o ângulo da legalidade, eficácia, legitimidade e se estes estão de acordo com a sistemática da Constituição da República.

Destarte, o trabalho se inicia com estabelecimento dos alicerces da temática, cujo objeto da pesquisa é o poder de polícia do Ministério Público, ou seja, a possibilidade ou não do Ministério Público realizar a investigação criminal.

Passa-se então a examinar-se o objeto do presente trabalho, procurando-se colocar as posições antagônicas existentes sobre a possibilidade da realização da investigação criminal pelo Ministério Público.

Por fim, vale ressaltar que será demonstrado que o Estado Democrático de Direito é o melhor modelo de sociedade pois além de garantir e respeitar os direitos fundamentais, consegue alcançar os desejos de uma sociedade pluralista.

A técnica de pesquisa empregada será a revisão de literatura, ou seja, a pesquisa bibliográfica por meio do levantamento de dados a partir de livros, textos, bem como artigos relacionados ao tema.

1. A POLÍCIA JUDICIÁRIA

Etimologicamente, o vocábulo polícia deriva do latim *politia*, que procede do grego *politéia*, que originariamente tinha o sentido de organização política, sistema ou forma de governo e, mesmo, de administração pública.¹

Em sentido amplo, polícia exprime a idéia de ordem pública como base política do Estado, ou seja, o conjunto de regras para manter e, quando necessário, restaurar a paz, a tranqüilidade e a segurança do grupo social.

No século XVIII, inicialmente na França, passou-se a dar sentido mais restrito ao termo *polícia*, mais próximo à concepção de segurança pública, difundindo-se e perenizando-se após a Revolução Francesa.

Em seu sentido orgânico, polícia designa:

[...] o conjunto de instituições, fundadas pelo Estado, para que, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exerçam vigilância para que se mantenham a ordem pública, a moralidade, a saúde pública e se assegure o bem-estar coletivo, garantindo-se a propriedade e outros direitos individuais.²

O poder de polícia, por sua vez, é o poder instrumental de que se vale a Administração Pública para a realização de seus fins e, conseqüentemente, a consecução do bem comum. É inerente à Administração e legitima a existência e a atividade da própria polícia, enquanto órgão administrativo.

¹ ROCHA, Luiz Carlos. *Organização Policial Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 2.

² DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 616.

Segundo Álvaro Lazzarini, o poder de polícia decorre da instituição de princípios que impõem respeito e cumprimento às leis e regulamentos, dispostos para que a ordem pública e jurídica sejam mantidas, em garantia do próprio regime político adotado, e para que as atividades individuais se processem normalmente, garantidas e protegidas, segundo as regras jurídicas estabelecidas.

E adiante conceitua:

[...] o poder de polícia é um conjunto de atribuições da Administração Pública, indelegáveis aos particulares, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades.³

De acordo com Tornaghi⁴, a separação entre Justiça e Polícia foi firmada, pela primeira vez, na França. Posteriormente, a separação dos concorreu para delimitar as atribuições judiciárias e policiais e, conseqüentemente, permitindo a divisão clássica da polícia em Administrativa e Judiciária.

Foi a Assembléia Nacional Francesa que, em 1791, definiu assim a missão geral da polícia: “A polícia, considerada em suas relações com a segurança pública, deve preceder à ação da justiça; a vigilância deve ser seu principal caráter; a sociedade considerada em massa é o objeto essencial de sua solicitude”.⁵

No Brasil, o Decreto nº 120 de 1842, regulamentando a Lei nº 261 de 1841, estabeleceu a divisão funcional da polícia em: Administrativa e Judiciária. Estabelecia que as funções policiais eram incumbidas: ao Ministro da Justiça (Chefe de toda a estrutura policial do Império); aos Presidentes das Províncias; aos Chefes de Polícia no município da Corte e nas Províncias; aos Delegados de Polícia e Subdelegados nos respectivos distritos; aos Juízes Municipais nos respectivos termos; aos Juízes de Paz nos seus distritos; aos Inspectores de

³ LAZZARINI, Álvaro. *Aspectos jurídicos do poder de polícia*. Estudos de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 202-203.

⁴ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 199.

⁵ *Ibid.*, p. 201.

Quarteirão nos seus quarteirões; às Câmaras Municipais nos seus municípios e aos fiscais. Fixou estrutura centralizada e hierarquizada do sistema policial, cujo chefe maior era o Ministro da Justiça.⁶

O Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, estabeleceu: “Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

A Constituição de 1988, no artigo 144, traçou um sistema de segurança pública descentralizado, erigindo em órgãos constitucionais a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, as Polícias Civis, as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares e as guardas municipais.

Toda polícia, em sentido amplo, é administrativa. Assim, no que tange ao exercício do poder de polícia, melhor e mais adequado à realidade, é dividir a polícia, quanto ao seu objeto, em: administrativa propriamente dita (ou em sentido estrito); e de segurança. Esta, por seu turno, subdividir-se-ia em: preventiva (ou dissuasória); e repressiva (ou judiciária).⁷

Assim, do gênero polícia administrativa, ou simplesmente polícia, surgem como espécies a polícia administrativa em sentido estrito e a polícia de segurança (preventiva ou judiciária).

A polícia, em gênero, visa à manutenção da ordem pública. A polícia administrativa, em sentido restrito, visa a zelar pelo bem-estar coletivo (tranquilidade, moralidade, salubridade), sendo regida por princípios e regras de Direito Administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades e, se for o caso, impondo-lhes limitações.

⁶ Ibid., p. 202.

⁷ ROCHA, op. cit., p. 7-8.

Já a polícia de segurança cuida especificadamente da segurança pública atua, individual ou coletivamente, sobre todas as pessoas, incidindo precipuamente sobre a liberdade de ir e vir. Tutela direitos individuais como a vida, a liberdade e a propriedade. Atua prevenindo e reprimindo a criminalidade, preservando ou restaurando a ordem jurídica e a paz social. Assim, garantindo a segurança geral das pessoas e de seus patrimônios, assegura a própria ordem pública.

O que qualifica a polícia como preventiva ou repressiva não é o órgão público que a exerce, mas a atividade policial em si mesma desenvolvida.

Deste modo, diz-se preventiva a polícia que atua procurando evitar a eclosão do ilícito penal e repressiva aquela que atua após a consumação do fato penalmente relevante. O mesmo agente público pode exercer tanto uma função, quanto a outra, quando, por exemplo, durante uma missão de patrulhamento (função preventiva), prende em flagrante delito um delinquente (função judiciária).⁸

O agente policial atua buscando impedir a violação da ordem e da segurança pública. Não necessita de autorização judicial para evitar a prática de um crime. Faz um juízo prévio da conveniência e oportunidade da medida que adotará para impedir a consumação do delito.

Segundo o art. 144, § 5º, primeira parte, CF, o policiamento preventivo é incumbência das polícias militares estaduais: “Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”. “Vê-se que a polícia militar tem atribuições de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública”

A polícia repressiva também é chamada de judiciária, porque, apesar de integrar a estrutura do Poder Executivo, funciona como auxiliar da justiça criminal, ou seja, desenvolve

⁸ LAZZARINI, op. cit., p. 242.

atividade voltada à persecução penal, apurando tudo o quanto for necessário à elucidação das infrações penais, sendo regida por normas processuais penais.⁹

A *persecutio criminis* possui dois momentos diversos: o momento da investigação penal e o momento da ação penal.

De acordo com o Artigo 144, §4º da Constituição Federal, o instrumento do Estado incumbido da persecução penal é a Polícia Judiciária.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

IV - polícias civis;

(...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

A polícia civil possui constitucionalmente a responsabilidade das atividades de polícia judiciária e de apuração das infrações penais, sendo que as suas funções demandam concurso público, apresentando dentre os principais cargos: delegado de polícia, perito criminal, perito médico-legista, agente de polícia, escrivão, papiloscopista e agente penitenciário.

De acordo com Mirabete¹⁰ a polícia civil, ou polícia judiciária: "é uma instituição de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto à sociedade e na medida dos recursos de que dispõe, a paz pública ou a segurança individual".

A polícia judiciária possui caráter repressivo, tendo por objetivo apurar a infração penal e sua respectiva autoria, apresentando os infratores à justiça para aplicação da sanção correspondente. O procedimento da polícia judiciária é oficialmente administrativo, não

⁹ TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, p. 133.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 73.

judicial e, desta forma, inquisitorial, constituindo a fase primária da administração da Justiça Penal.¹¹

De acordo com o Artigo 4º do Código de Processo Penal: “Art.4º A Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

As atribuições da polícia judiciária encontram-se distribuídas, de maneira geral, em conformidade com o local no qual realizou a respectiva infração, admitindo-se, contudo, em determinados casos, a competência em razão da natureza da infração. Assim sendo, a atribuição pode ser fixada, quer pelo lugar da consumação da infração (*ratione loci*), quer pela natureza da mesma (*ratione materiae*).

O art. 4.º, *caput*, do CPP usava inadequadamente o termo “jurisdição”, contudo, a Lei n. 9.043, de 9.5.1995, trocou o termo “jurisdição” por “circunscrição” (limites territoriais dentro dos quais a polícia realiza suas funções).

As funções da polícia judiciária, por sua vez, não são exclusivas da polícia civil, podendo as mesmas ser exercidas pelo Ministério Público.

2. SISTEMAS PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

É possível identificar-se, historicamente, três sistemas de processo penal, a saber: a) inquisitivo; b) acusatório; e c) misto.

O sistema inquisitivo é aquele que se caracteriza pela concentração dos poderes de acusar e de julgar nas mãos de uma única pessoa: o magistrado. A confissão do réu é buscada a todo custo, pois é considerada a “rainha das provas”. O procedimento é escrito e sigiloso.

¹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70-71.

Não há debates orais, tampouco publicidade. O julgador não pode ser recusado. Não há contraditório, nem direito de defesa.¹²

O sistema acusatório, que remonta à Índia, Atenas e a Roma republicana, e que atualmente vigora em muitas legislações atuais, ao contrário do inquisitivo, atribui as funções de acusar e julgar a órgãos diversos. Em conformidade com Guilherme de Souza Nucci¹³, tem por características: a) liberdade de acusação deferida ao ofendido e a qualquer cidadão; b) predomínio da liberdade de defesa; c) igualdade entre as partes no processo; d) procedimento público e contraditório; e) possibilidade de recusa do julgador; f) sistema livre de produção de provas; g) predomínio da participação popular na justiça criminal; e h) a liberdade do imputado é a regra em face do princípio da presunção de inocência.

Com a adoção do sistema acusatório, deu-se a processualização da persecução penal, estruturado para a atuação de três partes na relação processual. De se lembrar que, no sistema inquisitivo, o processo penal, apesar de judicializado, não tinha contornos jurisdicionais, pois o juiz atuava na persecução penal, com poderes de autotutela do Estado na luta contra o crime, em vez de, como se dá no sistema acusatório, ser órgão destinado a compor imparcialmente o litígio penal, dando a cada um o que é seu.¹⁴

O sistema misto ou acusatório formal surgiu após a Revolução Francesa, sendo introduzido na França pelo *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, sobretudo em decorrência da luta dos enciclopedistas contra o processo inquisitivo que vigorava até então. Quase todas as legislações européias também o adotaram. Caracteriza-se pela divisão do processo em duas

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.63.

¹³ *Ibid.*, p. 99.

¹⁴ MARQUES, José Frederico. *O processo penal na atualidade*. Processo penal e Constituição Federal. São Paulo: Acadêmica, 1993. p.18.

fases distintas: a de instrução preliminar ou prévia, de índole inquisitiva; e a de julgamento, com caracteres preponderantes do sistema acusatório.

Na primeira fase, o procedimento é secreto, escrito e não contraditório. No segundo momento, o procedimento caracteriza-se pela oralidade, publicidade e contraditoriedade. Também pela concentração dos atos processuais, intervenção de juízes populares e livre apreciação das provas.¹⁵

O sistema de processo penal adotado no Brasil é “misto”. Sob o ponto de vista único da Constituição de 1988, pode-se afirmar que o sistema adotado pelo legislador pátrio é o acusatório. Contudo, o processo penal brasileiro é regido pelo Código de Processo Penal de 1941, elaborado segundo concepção fortemente inquisitiva, em plena Era Vargas e inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930 (Código de Rocco), por sua vez arquitetado sob a ótica fascista que imperava naquele país.¹⁶

Por outro lado, alguns processualistas, como por exemplo, Tourinho Filho¹⁷ sustentam que o sistema processual penal brasileiro é “acusatório”, com base nos princípios constitucionais vigentes – devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade.

Esquece-se que, somente após o oferecimento da denúncia (ação penal), ou seja, com a instauração da “persecução penal em juízo”, vigoram as garantias constitucionais supramencionadas que aproximam o procedimento do sistema acusatório.

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O processo condenatório prévio do imputado deve atender a todos os ditames e corolários do devido processo legal, nos precisos

¹⁵ NUCCI, op. cit., p.99-100.

¹⁶ Ibid., p. 100.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 1. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 90-91.

termos do artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948.¹⁸

A garantia da ampla defesa e todas aquelas que derivam do “devido processo legal” devem ser respeitadas, cumpridas e obedecidas no juízo prévio, sem o que não se pode impor à pena. Sem a observância de tais garantias, carece de validade e eficácia a sentença condenatória proferida naquele juízo.

A Constituição de 1988 distingue claramente a investigação criminal da instrução processual penal, logo em seu início, conforme se verifica da redação do inciso XII, do artigo 5º.¹⁹

Nesse diapasão, afirma Frederico Marques²⁰ que: “A extensão do devido processo legal aos atos investigatórios decorre do próprio texto em que essa garantia vem declarada. Todavia, esse devido processo não se identifica com o da instrução judicial, isto é, processual”.

Enuncia Tucci²¹ que o moderno processo penal delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório.

Em suma, o sistema processual penal pátrio é misto, vale dizer: inquisitivo na sua primeira fase; e formalmente acusatório na segunda.

¹⁸ Art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 15 abr. 2012.

¹⁹ Art. 5º, inciso XII da CRFB/88: [...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2012.

²⁰ MARQUES, José Frederico. op. cit., p. 18-19.

²¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.42.

2.1 SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL QUANTO AO ÓRGÃO ENCARREGADO

Quanto ao órgão ou sujeito encarregado, os sistemas de investigação preliminar podem classificar-se em: a) policial – a titularidade da investigação criminal é da Polícia Judiciária; b) judicial – a investigação criminal incumbe ao Poder Judiciário: o sistema do “juiz instrutor”; e c) ministerial – a investigação criminal incumbe a membro do Ministério Público: o sistema do “promotor investigador”.²²

O sistema policial atribui à Polícia Judiciária a direção da investigação preliminar destinada a elucidar os crimes e levar seus autores a julgamento. A partir do conhecimento do fato delituoso, seja através da notícia do crime ou de qualquer outra fonte de informação, a autoridade policial encarregada instaura o procedimento administrativo próprio para o desenvolvimento de intensa atividade de apuração, a fim de colher os elementos probatórios necessários para formar a convicção do órgão de acusação.

Outrossim, cabe à autoridade policial traçar as diretrizes da investigação, vale dizer: definir os atos a serem praticados (ouvida do ofendido e do indiciado; oitiva de testemunhas; determinação de perícias, inclusive o exame de corpo de delito; identificação do indiciado; etc.), quem os fará, e também como, quando e de que forma serão praticados.

Caso necessite restringir direitos individuais (Buscas e apreensões, prisões cautelares, interceptações telefônicas) deve representar ao órgão judicial, solicitando-as.

A Polícia Judiciária, neste diapasão, não é auxiliar da investigação criminal, mas seu titular. Preside a investigação preliminar, dirige a apuração das infrações penais e de sua autoria com autonomia, não se subordinado funcionalmente ao Poder Judiciário, nem ao Ministério Público.

Também conhecida por “investigação preliminar judicial” ou sistema do “juiz instrutor”, é aquele sistema de investigação no qual o juiz instrutor, membro, por conseguinte,

²² LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2 ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.63.

do Poder Judiciário, é a autoridade máxima da investigação criminal e responde pelo início e desenvolvimento da apuração das infrações penais.²³

Neste diapasão, o juiz instrutor dirige a investigação e determina seu rumo, a realização das diligências que entender necessárias para fornecer os elementos necessários para que o Ministério Público forme sua convicção e, se for o caso, exerça a acusação, e, também, para que ele, juiz, em fase intermediária, decida sobre o admissão ou não da acusação.

Todavia, o modelo atual de investigação criminal judicial, com as particularidades de cada país que o adota, não mais permite essa atuação quase incontestável do Poder Judiciário.

A acusação incumbe ao Ministério Público ou ao ofendido. Também não julga as causas que instrui. Atua como juiz na busca e comprovação da verdade, não como acusador.²⁴

O juiz determina a instauração da investigação criminal, dirige sua realização e decide a cerca de seu término. A Polícia Judiciária é subordinada funcionalmente ao Poder Judiciário, de modo que segue as deliberações do juiz instrutor, quanto à realização de diligências, cumprimento de mandados, etc.

A investigação criminal ministerial é o sistema de investigação preliminar dirigida por integrante do Ministério Público e, por isso, também conhecida como sistema do “promotor investigador”.²⁵

No sistema da investigação preliminar ministerial incumbe ao Ministério Público receber a notícia crime, determinar a instauração do procedimento para apurar os fatos nela contidos e realizar diretamente os atos investigatórios ou determinar que a Polícia Judiciária os realize, a fim de formar sua convicção (acusação formal ou arquivamento da investigação).

Assim como no sistema de investigação policial, o promotor investigador também depende de autorização judicial para a prática de atos investigatórios que importem em

²³ Ibid., p. 70.

²⁴ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho Procesal Penal*. Tradução Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Tomo. II. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1951, p.126.

²⁵ LOPES JR, op. cit., p. 85.

limitação de direitos e garantias fundamentais. Em ambos os sistemas, o magistrado atua como um juiz de garantias no controle da legalidade dos atos de investigação.²⁶

3. INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Neste tópico serão analisados os diversos entendimentos favoráveis e contrários à investigação direta pelo Ministério Público, de acordo com os mais variados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes.

Vale destacar a asserção de que o poder investigatório seria concedido ao Ministério Público, pela própria Constituição Federal, nos incisos I, VI, VIII e IX do artigo 129, e, portanto, seria um contra-senso negá-lo ao titular da ação penal, encarregado de formar a *opinio delicti* e promover em juízo a defesa do *ius puniendi* do Estado.

Em sentido oposto, sobre inexistir essa pretendida concessão, o fato de ser o Ministério Público titular da ação, na defesa do interesse punitivo estatal, mostra-se, ele próprio, inibidor da sua atuação investigatória, visto que, manifestamente interessado na colheita de prova desfavorável ao investigado, e, reflexivamente, desinteressado da que lhe possa beneficiar.

Dessa forma, caberá destacar o parecer solicitado pelo Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) durante a 151ª Reunião Ordinária do referido Conselho, realizada no dia 18.02.2004, ao professor Luís Roberto Barroso acerca da celeuma sobre a legitimidade do Ministério Público conduzir diretamente investigações criminais.

As posições que serão trazidas por esse parecer tratam de argumentos jurídicos e metajurídicos. Trata-se de uma síntese dos principais argumentos evocados para justificar a posição que diz ser legítimo o poder do Ministério Público de conduzir investigações, assim como a corrente oposta pautada no posicionamento inibidor da atuação Ministerial investigatória.

De acordo com Barroso²⁷, em síntese, a 1ª corrente aduz que a investigação criminal, de acordo com a Carta Magna, seria reservada às polícias civil estadual e a federal, tornando-

²⁶ LOPES JR, op. cit., p. 86.

se inconstitucional o desempenho desta função por membros do órgão ministerial, por motivo de usurpação de competência. Já a 2ª corrente afirma que a função de conduzir a investigação criminal advém do próprio papel do Ministério Público atribuído pela Constituição Republicana de 1988.

3.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Inicialmente, de acordo com o entendimento de Sergio Demoro Hamilton, há que se fazer alguns questionamentos:

Por que o Ministério Público pode requisitar diligências diretamente à autoridade policial (que, obviamente, não podem ser desatendidas) e não dispõe do poder de, ele mesmo, realizá-las ? (...) Por que o Ministério Público pode requisitar diretamente provas diversas mas lhe seria vedada a colheita da prova oral ? Qual a diferença de essência que existe entre aqueles meios de prova, já que todos enumerados no Título da Prova (art. 155 a 250 do CPP) ?²⁸

De acordo com os poderes conferidos aos membros do Ministério Público no artigo 129, I e VIII da Constituição da República, o próprio mestre responde:²⁹

[...] de nada valeriam tais poderes, caso o Ministério Público não pudesse, promover de forma autônoma a investigação necessária quando a Polícia não se apresente capaz – não importa a razão – de obter dados indispensáveis para o exercício de dever afeto à Instituição. [...] Na verdade, como de fácil compreensão, a Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a faculdade de requisitar e de notificar (art. 129, VI), defere-lhe, o poder de investigar, no qual aquelas atribuições se subsumem.

A principal função dos membros do *parquet* definida pela Constituição é a privatividade da ação penal pública. Cabe ressaltar que o Ministério Público pode impedir a investigação de fato criminoso tendo em vista a inexistência de apuração por parte da polícia judiciária. Assim, de acordo com as palavras de Demoro Hamilton, pode-se concluir que deve-se ler em consideração a Teoria dos poderes implícitos.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público. Argumentos Contrários e a Favor. A Síntese Possível e Necessária*. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_textos_interesses/investigacao_MP.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2012.

²⁸ HAMILTON, Sergio Demoro. *Temas de Processo Penal*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.212.

²⁹ *Ibid.* p. 215.

Do mesmo modo, ao reconhecer que os atos inerentes à investigação criminal não são exclusivos da polícia de atividade judiciária, José Frederico Marques³⁰ defende:

Além da Polícia judiciária, outros órgãos podem realizar procedimentos preparatórios de investigação, conforme está previsto, de maneira expressa, pelo artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. É o que se verifica, por exemplo, com as comissões parlamentares de inquérito. As investigações por elas efetuadas podem ser remetidas ao juízo competente para conhecer dos fatos delituosos ali apurados, ou ao Ministério Público, a fim de ser instaurada a instância penal.

Para Mazzilli³¹, membro aposentado do Ministério Público paulista, a lei permite a promoção de diligências para apuração de fatos ligados à sua atuação. Além disso, outro exemplo levantado pelo jurista diz respeito à investigação na área penal quando a polícia não se encontra em posição adequada para conduzir investigações contra autoridades, devido a sua condição de subordinação ao governo e à administração.

Dois membros do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens³², dão ênfase ao lastro constitucional e legal da investigação criminal feita pelo Ministério Público, salientando a legitimidade constitucional do poder investigatório da instituição que:

a) Haveria “legitimação constitucional e base legal, a alicerçar o poder investigatório do Ministério Público, - quais sejam as preceituações nos artigos 129, IX, da CF, 5º, VI, e § 2º, e 8º, V, da LC 75, de 20.05.1993; b) a investigação criminal realizada pelo Ministério Público seria, como logo acima salientado, compatível com a finalidade constitucional que lhe é própria, não somente ante a clareza do dispositivo no apontado art. 8º, V, da LC 75, de 1993, como em razão do disposto no art. 129, I, da CF, e 26 da Lei 8.625, de 12.02.1993, c/c o inc. IX do aludido preceito constitucional; a saber: Resulta nítida a relação *meio-fim* exurgente do cotejo dos dispositivos legais (8º, V, da LC 75, de 1993, congruente à dicção do art. 26 da Lei 8.625/1993) e constitucional (art. 129, I, da CRFB) a dar acolhida, portanto, à terceira – e última- das condicionantes impostas pelo art. 129, IX, da Constituição; e, c) inexistiria o monopólio da Polícia para realização de diligências investigatórias, até porque a Carta Magna de nossa República Federativa, no art. 144, teve o escopo de tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar); e ademais, como cediço, procedem a investigações, diuturnamente, órgãos da Administração Pública, como a Receita Federal, no âmbito do Poder Executivo; e, assim, também, dos Poderes Legislativo e Judiciário, em seus respectivos campos de atuação.

³⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 2, São Paulo: Bookseller, 1997. p.138.

³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 144/145.

³² Streck, Lenio Luiz; Feldens, Luciano. *Crime e Constituição – A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*, Rio de Janeiro, Forense, 2003. p.51 e ss.

Na mesma linha de raciocínio tem-se as infrações penais eleitorais, em que o Ministério Público pode realizar investigações por conta própria, a fim de proceder à persecução penal daqueles que violam o Estado Democrático de Direito. Demonstrando mais uma vez que o Ministério Público pode realizar investigações por conta própria, e com base nelas, propor a devida ação penal pública, encontramos o Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/03³³.

Vale, igualmente, referir outro doutrinador do ordenamento brasileiro. Marcellus Polastri Lima³⁴ afirma que por ser o titular da ação penal pública, o Ministério Público pode supletivamente realizar diligências investigatórias, como se pode comprovar no seguinte trecho:

Sim, supletivamente, uma vez que não se defende aqui que o Ministério Público deva substituir a polícia em seu papel investigatório. Não. A polícia é que deve, primordialmente, investigar, pois esta é a sua função principal. Ao Ministério Público cabe, em casos extraordinários, e no efetivo controle externo da atividade policial, de forma subsidiária, também investigar, quando tal se faça necessário, em nome, sobretudo, do princípio da obrigatoriedade que norteia o processo penal pátrio.

Note-se que foi expressamente conferido ao Ministério Público o poder de colher, através de procedimento próprio, elementos probatórios os mais variados, competindo-lhe inclusive realizar diligências investigatórias e instaurar sindicâncias com o fito de apurar violação às normas de proteção ao idoso e, se for o caso, propor ação penal cabível.

Seria um contra-senso elencar tantos poderes inerentes ao Ministério Público, legitimando-o com exclusividade para a propositura da ação penal pública, erigindo-o em destinatário final da investigação criminal, e negar-lhe o poder de investigar por conta própria a existência de ilícitos penais.

³³ Art. 74 da Lei nº 10.741/03: Compete ao Ministério Público: a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar; b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias; c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas; VI – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 15 fev. 2012.

³⁴ LIMA, Marcellus Polastri. *O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise de recente decisão do STF*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, cit., n.46, 2004. p. 371 e ss.

Via de regra, a investigação criminal compete à polícia judiciária, em atribuição ordinária. No entanto, não se pode subtrair ao Ministério Público o poder de investigar, em caráter extraordinário, principalmente quando a atividade policial peca por omissão ou ineficiência.

O Ministério Público não é apenas um mero expectador da investigação criminal ou mero receptor de provas colhidas pela polícia. Na prática forense, não raras vezes, os juízes criminais proferem sentenças absolutórias em razão da precariedade das provas colhidas na investigação criminal, devido a omissões e desídia d agentes policiais encarregados das diligências investigatórias.

Ressalte-se que se tornou comum o envolvimento de agentes e autoridade policiais com o crime organizado, denotando-se a ocorrência do mais diversos crimes, tornando a investigação mais difícil e complexa nesses casos. Recomenda-se, pois, a atuação do Ministério Público nas investigações diretas, por sua independência em relação aos demais poderes estatais.

Na mesma linha orientativa, há decisões dos tribunais locais e superiores que admitem a atuação investigatória ministerial, no qual invocam, em muitas vezes, a Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça.³⁵

Inicialmente vale citar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro Geraldo Og Fernandes³⁶:

A jurisprudência assente nesta Corte é no sentido de que, em princípio, são válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, cabendo-lhe ainda requisitar informações e documentos, a fim de instruir os seus procedimentos administrativos, com vistas ao oferecimento da denúncia. "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia" (Súmula n.º 234/STJ). Não há falar em ilicitude das provas colhidas pelo Ministério Público se o Tribunal de origem não se valeu de tais provas para condenar o paciente.

Neste sentido, há também o julgamento do Recurso Especial 610072/MG, em que teve como relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima que assentou³⁷:

³⁵ Súmula 234 do STJ: A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

³⁶ Superior Tribunal de Justiça. Min. Rel. Geraldo Og Fernandes, *Habeas Corpus* n° 83.020/RS, 6ª Turma, J. 18.12.2008, DJe 02.03.2009.

O Ministério Público, por expressa previsão constitucional e legal, possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo de investigação e conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de *dominus litis*.

Vale ressaltar o posicionamento enfático no julgamento realizado pela Ministra Laurita Vaz³⁸ no *Habeas Corpus* n° 94.810/MG:

Não tendo havido por parte do Ministério Público a presidência de inquérito policial propriamente dito, esse, sim, exclusivo das autoridades policiais, mas, tão-somente a realização de diligências investigatórias, necessárias ao exercício de suas atribuições de *dominus litis*, não se verifica qualquer ilegalidade a ser reparada na espécie. É que tal atribuição decorre de expressa previsão constitucional (art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal), oportunamente regulamentado no art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n.º 75/93. Ademais, além da competência da polícia judiciária não excluir a de outras autoridades administrativas (art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal), a atuação do Parquet também não encontra adstrição à existência do inquérito policial, podendo até ser dispensado, quando já existirem elementos suficientes para embasar a ação penal.

Não será demasia, por certo, a referência também, ao julgado do Supremo Tribunal Federal no caso do *Habeas Corpus* n° 89.837/DF, cuja relatoria foi do ilustre Ministro Celso de Mello³⁹, em que se posiciona a favor da investigação pelo Ministério Público:

A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. (...) A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o "*dominus litis*", determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua "*opinio delicti*", sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. (...) Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "*persecutio criminis in judicio*", desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a

³⁷ Superior Tribunal de Justiça. Min. Rel. Arnaldo Esteves Lima, Recurso Especial n° 610072/MG, 5ª Turma, J. 30.10.2008. DJe 24.11.2008.

³⁸ Superior Tribunal de Justiça. Min. Rel. Laurita Vaz, *Habeas Corpus* n° 94.810/MG, 5ª Turma, J. 23.09.2008. DJe 13.10.2008.

³⁹ Supremo Tribunal Federal. Min. Rel. Celso de Mello, *Habeas Corpus* n° 89.837/DF, 2ª Turma, J. 20.10.2009.

deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. (...) A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais. (...) Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público. (...) 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. (...) O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-organica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "*ex propria auctoritate*", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio, nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais.

Também este é o entendimento do STF⁴⁰:

É 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. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (artigos 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 delicti*. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus N° 91661, Segunda Turma, Relatora: Min. Ellen Gracie, Julgado em 10/03/2009.

peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.

3.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

De acordo com o Dr. Juarez Tavares⁴¹, Procurador da República, é incabível a investigação direta pelo Ministério Público tendo em vista que:

A ação de *habeas corpus*, controla não somente o direito à liberdade, senão também a validade do procedimento de que possa resultar a restrição a esse direito. A função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, são privativas de polícias civis. Ao Ministério Público cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial militar. Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles e de outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias. Diante de tais afirmações e do precedente invocado, entendemos que ao realizar uma investigação criminal, na sede da Procuradoria da República, fazendo requisições, intimações e tomadas de depoimentos, ou seja, tudo o que não se inclui na sua competência institucional, o órgão do Ministério Público denunciante agiu ilicitamente.

Entendendo também ser inadmissível a investigação criminal direta pelos membros Ministério Público, o advogado Nélcio Roberto Seidl Machado⁴² afirma:

Nenhuma razão de ordem constitucional, ou mesmo legal, placita a postura do Ministério Público, no passo em que pretende se ocupar da investigação criminal. Com efeito, não há preceito no texto da Carta Política que possa ensejar exegese permissa para que o *parquet* assuma atribuições de natureza policial. De resto, quando assim procede, assume o órgão de acusação, na atribuição que tem, de formular o que se convencionou chamar de *opinio delicti*, postura que compromete sua isenção, até mesmo na perspectiva de fiscal da lei, porque estaria como que avaliar, sua própria conduta, com envolvimento psicológico pleno e indisfarçável, prejudicando suas atribuições, notadamente as assentadas no art. 129 da Constituição Federal.

⁴¹ Tribunal Regional Federal da 2ª Região: HC n.º 1137/RJ - rel. Des. Fed. Silvério Cabral, 2.ª Turma.

⁴² NOTAS sobre a investigação criminal diante do processo criminal no estado de direito democrático. *Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 3, n.5/6. p.151 e ss.

Tourinho Filho⁴³ ressalta que o ajuizamento da ação penal e acompanhamento do seu desenrolar até o final é atribuição do Ministério Público, denominando tal ação de *persecutio criminis in judicio*. Frisa que o *parquet* necessita de elementos probatórios do fato e da respectiva autoria para início da persecução penal. Dessa forma, ressaltar o autor que o Estado criou outro órgão, incumbido precipuamente dessa missão, qual seja, a polícia judiciária, cuja finalidade é a de investigar o fato infringente da norma e quem tenha sido o seu autor, colhendo os necessários elementos probatórios a respeito.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci⁴⁴ também defende a posição da impossibilidade de atuação investigatória do Ministério Público. Sustenta que seria inviável para o promotor, titular da ação penal, produzir inqueritos policiais para após denunciar os acusados. Ressalta que a Constituição Federal foi clara ao estabelecer as funções da polícia- federal e civil – para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder judiciário – dando-lhes o nome polícia judiciária com atribuição de apurar a ocorrência e autoria de crimes e contravenções penais. Frisa que eventual produção de investigação criminal pelo Ministério Público, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisaria ser, significaria quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração penal.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo⁴⁵ pontua pela inadmissibilidade de inventar atribuição de competência por contrariar a Constituição. A atuação administrativa interna do Ministério Público, federal ou estadual, não há de fazer vezes de polícia judiciária. Cada qual desempenhe sua específica função, no processo penal, em conjugação com o Poder Judiciário. A condução de inquérito policial é atividade exclusiva da polícia judiciária.

Para Jacinto Néilson de Miranda Coutinho⁴⁶ a investigação promovida pelo *parquet* não seria melhor que as conduzidas pelas autoridades policiais, pelo contrário, poderia ser tendenciosa a buscar de qualquer forma uma maneira de condenação do acusado. Além disso, aduz que o *parquet* mal consegue desempenhar com eficiência suas atribuições, o que se pode deprender da atuação tímida na propositura de ações em defesa de interesse difusos ou coletivos.

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 1. 18.ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p.183.

⁴⁴ NUCCI, op. cit., p.73-74.

⁴⁵ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público, *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, n. 22/3, 2003, São Paulo.

⁴⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao ministério público. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, 1994, v. 1, n. 2, p. 447-451.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 18.592/PR, tendo como relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura⁴⁷, salienta que:

Em regra, não encontra respaldo legal a investigação criminal produzida diretamente pelo Ministério Público. Entendimento minoritário da Relatora. A atuação ministerial se justifica, em circunstâncias excepcionais, quando a própria polícia é o alvo das investigações, não se podendo esperar a isenção necessária para a apuração de seus próprios crimes, autorizando-se, nessas hipóteses, o seu controle externo por meio da instituição a quem compete à fiscalização, que, por determinação constitucional, é o Ministério Público.

De acordo com o entendimento da Apelação Criminal nº 2025/2005, cuja relatoria foi do Desembargador Valmir de Oliveira Silva⁴⁸ no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

EXTORSÃO INDIRETA. INVESTIGACAO CRIMINAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ILEGITIMIDADE. Medidas cautelares. Quebras de sigilo bancário, de dados e comunicações telefônicas. Investigação criminal no âmbito do Ministério Público. Ilegitimidade do "parquet". Decisão mantida. O Ministério Público não tem legitimidade para proceder diretamente investigação criminal, devendo requisitá-la a Autoridade Policial competente, não podendo o Promotor de Justiça inquirir em seu gabinete pessoas suspeitas de autoria de crimes ou as respectivas testemunhas, muito menos conduzir procedimentos de interceptações telefônicas ou de sigilos bancários, embora possa acompanhar a sua realização, porque para isso é necessário a existência de inquérito policial ou processo criminal, sendo a tarefa de incumbência da Autoridade Policial, que encaminhará o resultado da diligência ao Juiz, conforme expressamente disciplinado na Lei n. 9296/96. Recurso improvido.

Nesse mesmo sentido de inadmissibilidade da “ação investigatória direta pelo do Ministério Público, alinham-se outros pronunciamentos como o *Habeas Corpus* nº 1343/09 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cujo relator foi o Desembargador Siro Darlan de Oliveira⁴⁹:

Habeas Corpus. (...) Cumpre ao Ministério Público investigar atos de improbidade administrativa lesivos ao patrimônio público. Advertência deve ser considerada no sentido de que se exige cautela nas apurações, sendo certo que ao ministério público não cabe extrapolar o âmbito de atuação visando a exercer atribuição que não lhe cabe, tais como as investigatórias próprias do âmbito policial. Circunscreve-se a investigação ministerial à persecução de natureza cível.

⁴⁷ Superior Tribunal de Justiça. Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura, *Habeas Corpus* nº 18.592 /PR, 6ª Turma, J. 18.06.2009, DJe 03.08.2009.

⁴⁸ Apelação Criminal nº 2025/2005. Terceira Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do RJ, Relator Valmir de Oliveira Silva, Julgado em 09/08/2005.

⁴⁹ *Habeas Corpus*. nº 1343/09. 7ª Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do RJ, Relator Siro Darlan de Oliveira, Julgado em 16/05/2009.

CONCLUSÃO

A Constituição Republicana de 1988 é a maior norma vigente no ordenamento jurídico brasileiro e possui características inerentes a ela como o caráter político, demandando tratamento e procedimento próprios na busca de seu conteúdo. Dessa forma, devemos analisá-la de forma especial. Porém, devemos levar em consideração o limite da interpretação que é dada pelo sistema.

A hermenêutica constitucional admite uma interpretação baseada em atividades diferentes e determinados princípios próprios que sustentam a interpretação. Quanto mais rígida a Constituição, quanto mais dificultosos os obstáculos erguidos à sua reforma, mais avulta a importância da interpretação, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos, em ordem a fazer possível uma perfeita acomodação do estatuto básico às exigências do meio político e social. Do contrário, com a Constituição petrificada, haveria a rápida acumulação de elementos de crise, que sempre prosperam e rompem, por vias extraconstitucionais, quaisquer formalismos ou artifícios teóricos levantados nos textos pela técnica das Constituições.

O debate acerca da legitimidade do Ministério Público para conduzir a investigação criminal direta tem gerado diversos posicionamentos dos juristas e militantes da área do direito.

Entretanto, toda essa discussão é por conta da atribuição de novas funções ao Ministério Público pela Constituição, alterando o papel da instituição, constituindo um novo perfil de incessante defesa da sociedade e dos valores mais nobres desse novo posicionamento do Estado. Surge uma instituição que é incumbida de investigar e também de fiscalizar os demais poderes, com uma característica importantíssima, independência institucional. Além disso, o Ministério Público pode iniciar procedimentos investigatórios e até a propositura de ações civis públicas.

As atribuições do Ministério Público elencadas no artigo 129, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 geraram diversas interpretações, das quais podemos depreender que prevalece o entendimento de que é possível a investigação pelo órgãos ministerial frente a outras interpretações, não limitando o poder investigatório do órgão.

Dessa forma, vale citar a interpretação do artigo 144, § 1º, inciso IV, da Carta Política de 1988. No posicionamento favorável à investigação pelo Ministério Público como também no inibidor dessa investigação deve preponderar o princípio da interpretação de acordo com a Constituição Republicana.

Ademais, deve-se considerar que a autoridade policial é demasiadamente suscetível à corrupção de seus membros, tendo em vista a liberdade que possui para exercer suas atividades laborativas devido a uma lacuna normativa para impor certos limites.

Assim, a instituição ministerial é vista como um ótimo instrumento para combater a ingerência e ineficácia investigativa, com legitimidade prevista no artigo 129, VII da Constituição Federal, controlando, portanto, a atividade policial. Ao atuar como agente fiscalizador, o *parquet* utiliza o princípio de freios de contrapesos, garantindo os direitos fundamentais individuais e zelando pelas demais normas.

A função de fiscalização da atividade policial é justificada pelo artigo 127 e 128, § 5º, inciso I, da Constituição que preceitua as garantias constitucionais dos membros do Ministério Público: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. Dessa forma, os membros do *parquet* possuem plena imparcialidade para o desempenho de suas funções institucionais de garantia das normas e direitos fundamentais.

Além da justificativa acima mencionada, pode-se também citar que a autoridade policial e o Ministério Público desempenham suas funções de forma complementar, ou seja, a polícia tem como função colher elementos de autoria e materialidade dos fatos (*justa causa*) para servir como base para o órgão ministerial opinar pela propositura ou não ação penal pública, cuja titularidade é sua.

A investigação criminal pelo Ministério Público é compatível com a finalidade constitucional que lhe é própria, ou seja, é plenamente plausível que o promotor de justiça, destinatário das apurações efetuadas pela polícia, possa verificar se as provas levantadas pela autoridade policial foram conseguidas de forma legal e se possuem verossimilhança.

A atual situação de violência que vivida no país demanda a existência de um órgão forte, preocupado em garantir que a norma penal não seja violada. Caso ocorra a infringência da norma penal, o Ministério Público poderá acompanhar a investigação do crime ou investigar paralelamente, podendo assim, exercer com mais propriedade seu papel de *dominus litis*.

Vale ressaltar que diversos órgãos ministeriais continuam investigando, baseando-se na hermenêutica interpretativa para legitimar sua atuação investigatória para apuração de infrações penais.

Cabe destacar que a Carta Política de 1988 não determinou de forma taxativa a exclusividade da apuração de infrações criminais à Polícia Judiciária. Além desse órgão, outros também realizam investigações e, quando constatado a ocorrência de alguma infração penal, as apurações são direcionadas ao Ministério Público a fim de oferecer denúncia mesmo sem inquérito policial.

Não existe razão plausível para concentração da investigação nas mãos de um único órgão, mesmo que o mesmo possua prioridade na condução da apuração dos fatos.

A investigação pelo Ministério Público tem um caráter subsidiário e será empregada apenas quando for necessário, de modo que a competência da Polícia não é subtraída. De todo modo, o sistema pelo qual se atribui com exclusividade à Polícia a investigação criminal, reservando-se ao Ministério Público a função de mero repassador de provas, é anacrônico e contraproducente. A atuação direta do Ministério Público nesse particular pode conferir maior celeridade à atividade investigatória, permitindo ademais o contato pessoal do agente do *Parquet* com a prova e facilitando a formação de seu convencimento.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público. Argumentos Contrários e a Favor. A Síntese Possível e Necessária*. Disponível em: <http://ccr2.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_textos_interesses/investigacao_MP.pdf/view> Acesso em: 20 mar. 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 8. ed., revista e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao ministério público. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, 1994. v. 1, n. 2.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LAZZARINI, Álvaro. *Aspectos jurídicos do poder de polícia*. Estudos de Direito Administrativo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Marcellus Polastri. *O Ministério Público pode ou não investigar ? Uma análise de recente decisão do STF*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 46, 2004.

- LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho Procesal Penal*. Tradução Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Tomo. II. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1951.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 2, São Paulo: Bookseller, 1997.
- _____. *O processo penal na atualidade*. Processo penal e Constituição Federal. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- _____. *Introdução ao Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público, *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, n. 22/3, 2003, São Paulo.
- ROCHA, Luiz Carlos. *Organização Policial Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2001.
- SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- STRECK, Lenio Luis; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição – A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.
- _____. *Instituições de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Processo penal*, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.