



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Poder Investigatório do Ministério Público

Antonella da Cunha Paladino de Souza

Rio de Janeiro
2013

ANTONELLA DA CUNHA PALADINO DE SOUZA

O Poder Investigatório do Ministério Público

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

Orientadores:

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2013

O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antonella da Cunha Paladino de Souza

Graduada pela Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Este trabalho busca trazer a análise da possibilidade de investigação Penal pelo Ministério Público, contrapondo-se à ideia de exclusividade dessa atividade pelas Polícias Civil e Federal. Parte-se de um estudo histórico das Constituições até o ápice da Instituição, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando o Ministério Público foi desvinculado de qualquer dos Poderes e teve grande desenvolvimento e avanço em suas funções. Além disso, trata-se também de uma análise das posições doutrinárias e jurisprudenciais, assim como das invenções legislativas sobre o tema ao longo do tempo.

Palavras-chave: Ministério Público. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Investigação criminal.

Sumário: Introdução. 1. A Origem do Ministério Público 2. O Ministério Público no Brasil 3. O Ministério Público na Constituição de 1988 4. A investigação Criminal 5. As Posições Doutrinárias 6. Histórico Jurisprudencial 7. O Projeto de Emenda Constitucional nº 37 Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a possibilidade de o Ministério Público presidir investigação criminal, contrapondo-se à ideia de privatividade da função investigativa pelas polícias judiciárias. O tema é bastante polêmico entre renomados doutrinadores e jurisprudência; razão por que, em forma de síntese, é possível dividir as opiniões em duas correntes, a saber: uma primeira corrente que defende a exclusividade da função investigativa nas mãos da polícia judiciária, sendo esta uma opção expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e que considera inconstitucional o desempenho dessa atividade pelo Ministério Público; e uma segunda corrente, que defende que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não vedou expressamente qualquer investigação feita

pelo Ministério Público, podendo-se concluir pela sua possibilidade por meio de uma análise sistemática das normas constitucionais sobre o papel institucional, reservado nelas ao Ministério Público. Essa investigação, contudo, segundo normas constitucionais, deve ser feita por procedimento administrativo próprio, sem que haja necessidade de participação das autoridades policiais.

Como primeira abordagem da questão, mostrar-se-á que a origem do Ministério Público é tema bastante controvertido na doutrina. O estudo se inicia com os *magiaí*, do Egito, que eram funcionários do rei com as funções de aplicar castigos a rebeldes, proteger cidadãos pacíficos, dar assistência a órfãos e viúvas. Posteriormente, verificar-se-á a atuação do *themostetis*, conselho grego que zelava pela correta aplicação das leis; dos éforos, de Esparta; e, já na idade Média, dos *saions* e dos *Missi Diminici*, dentre outros. Ver-se-á, porém, que a grande maioria da doutrina aponta, como principal marco para o aparecimento da instituição, a Ordenação francesa, de 23 de março de 1302, de Philippe, o Belo e, subsequentemente, as *Ordonnances* e a *Ordonnance criminelle*; momento este em que o Ministério Público ganhou mais desenvolvimento e maior expressividade e autonomia em suas funções.

A seguir, será apresentado o tratamento dado ao Ministério Público nas Constituições pátrias, com um breve histórico de sua evolução, até atingir a condição de função essencial à justiça na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste momento, houve uma desvinculação do Ministério Público de todos os Poderes e ele se tornou autônomo e permanente, tido como um grande marco para a democracia.

Analisar-se-á, também, a questão da investigação criminal, que é um procedimento utilizado para a colheita de informações que se mostram necessárias para a eventual propositura da ação penal. Em regra, a forma de investigação é o inquérito policial; embora não seja a única forma, com certeza, é a mais adotada frequentemente. Nesta análise, apontar-

se-ão alguns dispositivos infraconstitucionais que tratam do tema e as características do inquérito policial, dentre elas, a facultatividade, sendo possível o oferecimento da ação penal quando já presentes os elementos necessários, ainda que sem a instauração de inquérito pela autoridade policial.

Logo após, serão tratadas as correntes doutrinárias que se estabeleceram a partir do questionamento sobre a possibilidade de o Ministério Público colher diretamente as informações para posterior propositura da ação penal. A partir desta abordagem, serão analisados o texto constitucional e a tese de exclusividade da função investigativa pela polícia judiciária, bem como os textos legislativos infraconstitucionais que também trataram do tema.

Ressalte-se, ainda, que, após o estudo doutrinário, será feita uma abordagem histórica da jurisprudência até os julgados mais recentes sobre o tema; destacando-se, inclusive, que houve grande oscilação nesses julgados e o STF tem pendente um Recurso Extraordinário, com pedido de vista, para enfim decidir sobre a matéria.

Por fim, apresentar-se-á o polêmico Projeto de Emenda Constitucional nº 37 que tem por escopo limitar a atuação Ministerial no campo investigativo, entendendo que somente caberia a função de investigação criminal às polícias judiciárias, e cujo teor já causou bastante controvérsia entre procuradores e delegados. Todavia, o Projeto já obteve a aprovação na Câmara dos Deputados e aguarda que seja levado ao Senado.

1- A ORIGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A origem da Instituição Ministério Público não é tema pacífico entre os doutrinadores. Há mais de quatro mil anos havia um funcionário real do Egito, denominado *magiaí*, que tinha como função realizar atos de instrução, cuidar dos interesses dos soberanos e atuar na persecução penal.

Segundo Emerson Garcia¹, o *magiaí* tinha a função de denunciar os infratores, participar dos atos de instrução, zelar pelos interesses do soberano e proteger os cidadãos pacíficos.

Já na Grécia, havia o *thesmotestis*, conselho formado por seis membros, que tinha como função principal zelar pela correta aplicação das leis, não realizando atividades ligadas a investigação penal. É uma espécie de agente judicial, religioso e militar que vigia a aplicação correta da lei em Atenas. Pode-se entender que era uma forma rudimentar de acusador público, assim os *éforos*, de Esparta, procuravam equilibrar o poder real com o poder senatorial, exercendo o *ius accusationis*.

Alguns autores chegam a falar dos *advocatus fisci* e os procuradores *caesaris*, encarregados de vigiar a administração de bens do Imperador. E, na Idade Média, existiam os *saisons* que atuavam na acusação e na defesa dos órfãos; os *Missi Dominici*, na Gália. Desse modo, para muitos autores, as múltiplas origens que são normalmente atribuídas ao Ministério Público podem ser justificadas pela ausência de um paradigma uniforme apto a conduzir a atividade investigatória daqueles que se dedicam a essa pesquisa.

Em que pese a existência de toda esta polêmica sobre a origem da Instituição, pode-se entender que ela está diretamente relacionada com a individualização da função judiciária, que antes era realizada pelos soberanos e passou às mãos dos magistrados. Nas palavras de Emerson Garcia,

Não mais detendo o Rei o exercício da função jurisdicional, fez-se necessária a criação de órgãos que fiscalizassem o exercício dessa função e, perante ela, defendessem os interesses do soberano ou, em alguns casos excepcionais, o próprio interesse social. Além disso, a instalação de tais órgãos se fez igualmente necessária na medida em que não mais se divisou a efetividade de uma legitimidade difusa para a deflagração da persecução penal.²

¹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*, 2005, p. 9.

² *Ibid.*, p. 9

A grande maioria da doutrina aponta como marco importante para o aparecimento da instituição a Ordenação francesa, de 23 de março de 1302, de Philippe, o Belo, por ser a norma que primeiro fez referência aos procuradores do Rei, que exerciam a função exclusiva de defesa do Rei. Posteriormente, com as *Ordonnances* e a *Ordonnance criminelle*, estes procuradores do Rei passaram a exercer a função de acusadores oficiais com maior autonomia. Foi a partir daí que o Ministério Público ganhou mais desenvolvimento.

Conforme doutrina de Alexandre de Moraes:

A maioria dos tratadistas se inclina a admitir sua procedência francesa, sem embargo de antecedentes remotos, por ter-se apresentado na França com caráter de continuidade. Apesar de antes do século XVI, os *procurateurs* ou *procureurs* do rei serem simplesmente representantes dos interesses privados dos monarcas ante os tribunais, quando o processo acusatório foi substituído pelo inquisitório, tornando-se os *procureurs* verdadeiros representantes dos interesses sociais.³

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes:

Em que pese à opinião de doutrinadores de grande nomeada, no sentido de que as raízes do Ministério Público remontam à Antiguidade, na figura dos *tesmotei*, da Grécia, ou do *Praefectus urbi*, de Roma, parece mais seguro afirmar que a Instituição, em seus contornos mais precisos, tem suas origens diretas na França dos fins do século XVIII e início do XIX, nas pessoas dos comissários do rei, que são as primeiras figuras do Ministério Público encontradas nos textos constitucionais.⁴

Em 1690, um decreto na França atribuiu vitaliciedade aos agentes do Ministério Público. No que tange a texto constitucional, Octacílio Paula Silva⁵ aponta a Constituição Francesa de 1791 como o primeiro documento contemplar os chamados comissários do rei, que eram funcionários que realizavam as tarefas atribuídas ao Ministério Público e tinham como atribuições zelar pela correta execução das leis e eram ouvidos nas acusações, embora não reconhecidos como acusadores públicos.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas: 2001, p. 474.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 992.

⁵ ABDO, Marian Najjar. *Breves apontamentos sobre as origens históricas do Ministério Público*. apud SILVA, Octacílio Paula, *Ministério Público*, p. 6. Disponível em: <http://www.mp.mt.gov.br/>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

Atualmente, o Ministério Público possui características específicas a depender de cada país. No presente estudo, far-se-á uma análise histórica do Ministério Público, levando em consideração as constituições brasileiras desde o período colonial até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2- O MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL

Com o descobrimento do Brasil, a preocupação de Portugal estava relacionada com ocupação e colonização do território conquistado, não tendo grande interesse em estruturar a Administração Pública local. Assim, vigeu no Brasil o direito português previsto nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas, e Filipinas. Muitas atribuições previstas para certos agentes se assemelham às atribuições hoje reconhecidas ao Ministério Público. As Ordenações Manuelinas, datada de 1521, trouxe, pela primeira vez, menção ao promotor de justiça na legislação portuguesa. Já as Ordenações Filipinas, de 1603, criaram a atuação do Promotor junto à Casa da Suplicação.

Em 1609, foi criado o Tribunal de Relação da Bahia que previa, pela primeira vez no Brasil, a figura do Procurador dos feitos da Coroa, Fazenda e Fisco e do Promotor de Justiça. Posteriormente, houve a criação das relações do Rio de Janeiro que tinham a competência de julgar recursos contra as decisões da Relação da Bahia.

A Carta Magna de 1824, na fase monárquica brasileira, não fez referência ao Ministério Público; entretanto, criou o STJ e Tribunais da Relação. Previa, inclusive, que para officiar perante cada um deles era nomeado um de seus desembargadores, os Procuradores da Coroa que exerciam chefia do *Parquet*. Contudo, foi com o Código de Processo Penal do Império, em 1832, que ocorreu a sistematização do Ministério Público do Brasil, sob rápida referência como “promotor da ação penal”. Havia no texto legal a definição das principais

atribuições do Promotor e as condições em que se daria a nomeação; todavia, a legislação atenuava a importância da função ministerial, como explica Emerson Garcia:

O Código de Processo Criminal de 1832 fez breve referência ao promotor da ação penal (art 37) e dispôs, de forma expressa, sobre a possibilidade de nomeação interina, no caso de impedimento ou falta do promotor. A denúncia, no entanto, podia ser oferecida por qualquer do povo (art 74), o que em muito atenuava a importância da função ministerial.⁶

Como se pode observar de todo o explicitado, durante o período colonial e monárquico, o Ministério Público não era tratado como uma Instituição propriamente dita já que se resumia a um conjunto de atribuições sem que lhe fosse reservado garantias em sua atuação, mostrando-se diretamente subordinado ao Poder Executivo.

Com a Proclamação da República, em 1890, foi editado o decreto nº 848, responsável por organizar a Justiça Federal e dispor sobre a estrutura e atribuições do Ministério Público Federal. Houve, neste momento, um processo de codificação de muitos textos legislativos, dentre eles, o Código civil, Código de Processo Civil, Código Penal e Código de Processo Penal. Este processo de codificação foi determinante para o crescimento institucional do Ministério Público já que a partir daí, foram conferidas várias funções à instituição.

A Constituição Republicana de 1891 não trouxe nenhuma referência expressa ao Ministério Público, apenas dispôs sobre a escolha do Procurador Geral da República, dentre os integrantes do Supremo Tribunal Federal e sua iniciativa na Revisão Criminal e este sistema foi adotado até 1934.

A Constituição de 1934, diferentemente da Constituição Republicana, Institucionalizou o Ministério Público e previu a existência de Ministérios Públicos na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos territórios, a serem organizados por lei. O texto constitucional inclui o Ministério Público entre os órgãos de cooperação nas atividades

⁶ GARCIA, op. cit. p. 32.

governamentais. Além disso, é na Constituição de 1934 que se assegura a estabilidade dos membros do Ministério Público, assim como a exigência de concurso para ingresso na carreira e a escolha e demissão do Procurador Geral da República eram livres do Presidente da República, mediante aprovação do Senado Federal, sem a necessidade de fazer parte do Poder Judiciário.

Esse era o texto constitucional no que se refere ao Ministério Público:

CAPÍTULO VI

Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais

SEÇÃO I

Do Ministério Público

Art. 95 - O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.

§ 1º - O Chefe do Ministério Público Federal nos Juízos comuns é o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível *ad nutum*.

2º - Os Chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios serão de livre nomeação do Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, com os vencimentos dos Desembargadores.

§ 3º - Os membros do Ministério Público Federal que sirvam nos Juízos comuns, serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada ampla defesa.

Art. 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

Art. 97 - Os Chefes do Ministério Público na União e nos Estados não podem exercer qualquer outra função pública, salvo o magistério e os casos previstos na Constituição. A violação deste preceito importa a perda do cargo.

Art. 98 - O Ministério Público, nas Justiças Militar e Eleitoral, será organizado por leis especiais, e só terá na segunda, as incompatibilidades que estas prescrevem.⁷

Com Constituição de 1937, uma nova postura é tomada, não tendo sido dispensado tratamento específico ao Ministério Público, somente fazendo referência à escolha do Procurador Geral da República, que deveria preencher os requisitos exigidos para o cargo de

⁷ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (De 16 de julho de 1934) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

Ministro do Supremo Tribunal Federal, e ao quinto constitucional, em lista a ser organizada pelos tribunais de relação. Neste sentido era o texto Constitucional, nos artigos 99 e 105:

Art. 99 - O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Art. 105 - Na composição dos Tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista tríplice.⁸

A Constituição de 1946 trouxe novamente ao texto constitucional título próprio, tratando do Ministério Público, nos artigos 125 a 128, dessa vez independente dos demais poderes. Foi instituída nessa Constituição a estabilidade, inamovibilidade e a necessidade de concurso público para ingresso na carreira. A escolha do Procurador Geral da República passou a se dar com a participação do Senado Federal após escolha pelo Presidente da República e era necessário o preenchimento dos mesmos requisitos exigidos para Ministros do Supremo Tribunal Federal

TÍTULO III

Do Ministério Público

Art. 125 - A lei organizará o Ministério Público da União, junto a Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho.

Art. 126 - O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível *ad nutum*.

Parágrafo único - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Art 127 - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

⁸ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (De 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

Art 128 - Nos Estados, a Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do artigo anterior e mais o principio de promoção de entrância a entrância.⁹

A Constituição de 1946 tratava da redemocratização do país e era um repúdio ao estado totalitário que vigia desde 1934. Nesse contexto, o Ministério Público conquistou sua independência como Instituição.

Já a Constituição de 1967 assumiu como postura, recolocar o Ministério Público dentro do Poder Judiciário, mas nada inovou em relação às regulamentações anteriores, apenas previu que o ingresso na carreira se daria mediante concurso de provas e títulos. Neste sentido era o artigo 138:

Art. 138 - O Ministério Público Federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República, o qual será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos Indicados no art. 113, § 1º.

§ 1º - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.¹⁰

A Emenda Constitucional nº 1/ 1969 disciplinou o Ministério Público em seus artigos 94 a 96, incluindo-o no capítulo que tratava do Poder Executivo e o artigo 96 previa a edição de uma Lei Complementar que tratasse de normas gerais a serem adotadas pelo Ministério Público do Estado; razão por que foi editada a Lei Complementar nº 40/ 1981.

3- O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

⁹ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (De 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. (De 20 de outubro de 1967) .Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

A Constituição de 1988, ao contrário das anteriores, desvinculou o Ministério Público de qualquer dos Poderes e o previu em capítulo próprio que trata das funções essenciais da Justiça, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme expresso no artigo 127.

O Ministério Público tornou-se, assim, instituição permanente e não mais apresentou como atribuição a representação judicial da União, restando esta dentro das atribuições da advocacia pública, nos termos do art. 131 da Constituição. A colocação de Emerson Garcia sobre o tema é bastante clara:

A Constituição de 1988 diluiu os estreitos vínculos outrora existentes entre o Ministério Público e o Poder Executivo, tendo vedado a representatividade judicial deste e assegurado a autonomia administrativa e financeira da Instituição, garantindo a independência funcional de seus membros e conferindo-lhes garantias idênticas àquelas outorgadas aos magistrados, do que resultou a sua posição de órgão verdadeiramente independente.¹¹

Segundo o referido autor, o Ministério Público, no Brasil, está inserido na estrutura da União ou dos Estados, mas não na estrutura de seus Poderes. Não está, pois, vinculado ou subordinado, tampouco supervisionado pelo Poder Executivo.

4- A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Cabe ao Estado garantir a segurança social e para isso se utiliza, nos casos previstos em lei, do Direito Penal e da Ação Penal. Para que seja instaurada a ação penal, é necessário que sejam colhidos elementos mínimos que comprovem o fato e sua autoria. É por meio da investigação criminal que esses elementos são colhidos para que seja possível ao Estado exercer sua pretensão punitiva.

¹¹ GARCIA, op. cit., p. 39.

Marcellus Polastri Lima¹² afirma que, no Brasil, há uma duplicidade de instrução, sendo a primeira fase nitidamente inquisitória, com a investigação, cuja forma mais comum é o inquérito policial, e a segunda fase, da ação penal, quando se terá o processo propriamente dito. Para o renomado autor, o sistema processual brasileiro é nitidamente acusatório, sendo precedido de fase de investigação com característica inquisitorial.

Em sentido contrário, Paulo Rangel¹³ defende que o Brasil não adota o sistema acusatório puro, mas, sim, um sistema acusatório misto já que é dividido em duas fases procedimentais distintas, como: a instrução preliminar, inspirada no sistema inquisitivo (cujas características seriam o sigilo e a ausência de contraditório e ampla defesa), em que seriam colhidas informações necessárias para posterior fase de acusação perante tribunal competente. E a segunda fase seria judicial, onde haveria a acusação propriamente dita.

Conforme dito anteriormente, normalmente a investigação preliminar é feita na forma inquérito policial, cuja definição pode ser tirada da obra de Fernando Capez:

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo. Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo, instaurado pela autoridade policial.¹⁴

O Artigo 4º do Código de Processo Penal determina que o inquérito policial será presidido pela autoridade policial:

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.

O artigo 12 do mesmo diploma legal dispõe que “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.” Do texto legal, é possível

¹² LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 96.

¹³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*: Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2008, p. 50.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

concluir-se que ele não é imprescindível para a propositura da ação penal, sendo possível que esta ocorra mesmo não existindo inquérito policial.

O tema que vem, há muito, sendo debatido na jurisprudência e na doutrina pátria é a respeito da exclusividade dessa investigação preliminar. Questionam os estudiosos se teria a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dado exclusividade investigativa à polícia ou se o Ministério Público, como Instituição essencial à justiça, também teria poderes investigativos e, uma vez colhidos por ele os elementos mínimos que comprovem o fato e a autoria, seria válida a denúncia oferecida.

5- AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

O tema proposto está longe de ser pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois os autores dividem opiniões a respeito da possibilidade ou não de o Ministério Público presidir pessoalmente investigações criminais, em procedimento administrativo próprio, em lugar de requisitar a instauração de inquérito pela polícia judiciária.

Duas correntes surgiram sobre a matéria e merecem uma análise atenta de seus argumentos jurídicos e não jurídicos. Iniciar-se-á a explanação com aqueles que repudiam a investigação direta pelo Ministério Público. Sendo assim, o Primeiro argumento traçado por autores que defendem essa corrente se baseia no artigo 144, §1º, I e IV, e §4º. O texto constitucional prevê atuação privativa da polícia judiciária na função investigativa. Não há, portanto, no texto constitucional autorização ao Ministério Público para que proceda à investigação criminal.

Outro ponto importante é o art. 129, VII, que prevê a função de controle externo da atividade policial, e não a função investigativa em si. Permitir a investigação pelo Ministério

Público é conferir um poder excessivo ao *Parquet* e não haveria nenhuma previsão de controle da atuação desta instituição.

Além disso, não se deve confundir as previsões dos incisos VI e VIII do mesmo artigo, pois, enquanto o primeiro trata da investigação administrativa e se aplica ao inquérito civil, o outro é norma específica que trata do inquérito policial e neste restringe a atuação do *Parquet*, não autorizando a investigação direta, mas apenas a requisição à autoridade policial. Em que pese ser o Ministério Público o órgão competente para a propositura da ação penal, não deve esta competência se confundir com atribuição a investigar. Esta última é privativa da polícia.

Por fim, os defensores desta corrente sustentam que a investigação direta pelo Ministério Público fere o contraditório e a ampla defesa, assim como é possível que comprometa a imparcialidade da investigação.

De outro lado, defendendo posição contrária a esta e formando o que se pode chamar de segunda corrente estão autores que defendem que é possível a investigação criminal presidida pelo Ministério Público, não havendo que se falar em nenhum tipo de vedação constitucional. Pode-se citar, neste momento, alguns autores renomados que entendem pela possibilidade, como Fernando Capez, Marcellus Polastri e Eugênio Paccelli, dentre outros.

O Art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apesar de prever que cabe às polícias judiciárias a função de investigação das infrações penais, essa função não lhe foi dada com exclusividade, visto que basta uma análise sistemática dessa Constituição para que se chegue a essa conclusão. Conforme Eugênio Pacelli:

A Constituição não contempla a privatividade da investigação em mãos da polícia. A única menção feita à *exclusividade* que ali se contém diz respeito ao disposto no artigo 144, §1º, IV, no qual se estabelece caber à Polícia Federal, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária. A palavra *exclusivamente* que se encontra no citado artigo nada mais faz que esclarecer que no âmbito das polícias da União, caberia apenas à Polícia Federal a função de Polícia Judiciária.¹⁵

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2009, p. 75.

Combinando o artigo 144 com o artigo 129, I, VI e VIII, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conclui-se pela possibilidade da investigação direta pelo Ministério Público. O inciso I, do artigo 129, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevê como função institucional e privativa do Ministério Público a promoção da ação penal. Sendo assim, a doutrina entende que nesse dispositivo estaria incluída não só a possibilidade de se requisitar diligências, como a possibilidade de se exercer diretamente a investigação, uma vez que o próprio inquérito tem como característica a facultatividade, não sendo indispensável para o exercício do direito de ação.

Nesse sentido, tem-se a doutrina de Emerson Garcia:

Se a Constituição atribuiu ao Ministério Público a consecução de um fim, a promoção privativa da ação penal, certamente não lhe negou os meios necessários à sua consecução. Sendo o inquérito policial mera peça informativa, passível de ser dispensada pelo Ministério Público quando este já disponha das informações necessárias à propositura da ação penal (artigo 39 §5 CPP), seria assistemática a tese de que a instituição pode valorar a necessidade ou não da colheita de novas provas, mas nada pode fazer para obtê-las. Em verdade, a investigação penal é ínsita e inseparável da atribuição privativa para o ajuizamento da ação penal, estando implícita no artigo 129, I da Constituição Federal.¹⁶

De acordo com o inciso VI, do artigo 129, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Ministério Público pode expedir notificações e requisitar informações e documentos para instruir os processos administrativos de sua competência. Para os autores dessa corrente, este procedimento administrativo tem cunho investigatório e, para Fernando Capez¹⁷ não se trataria de investigação civil já que esta está prevista no inciso III deste artigo, quando fala em instauração de inquérito civil público.

O inciso VIII desse mesmo dispositivo legal, prevê atribuição ao Ministério Público para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. Para Polastri¹⁸, é claro o propósito do legislador constituinte, pois, se pode o Ministério Público requisitar a

¹⁶ GARCIA, op. cit. p. 373.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 150.

¹⁸ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2008. p. 107.

instauração de inquérito e diligências investigatórias, obviamente poderia dispensá-lo, colhendo diretamente a prova. Trata-se da aplicação da teoria dos poderes implícitos, princípio basilar da hermenêutica constitucional.

Assim se posiciona Eugênio Pacelli

A legitimação do *Parquet* para a apuração de infrações penais, tem, de fato, assento constitucional, nos termos do disposto no art. 129, VI e VIII, regulamentado no âmbito do Ministério Público Federal, pela Lei Complementar nº 75/93, consoante o disposto nos artigos 7º e 8º. Também o art. 38 da mesma Lei Complementar nº 75 confere ao *Parquet* a atribuição para *requisitar inquéritos e investigações*. Na mesma linha, com as mesmas atribuições, a Lei 8.625/93 reserva tais poderes ao Ministério Público dos Estados.¹⁹

Entretanto, salienta o autor que não se trata de permitir que o Ministério Público presida o inquérito policial, mas sim, que a Constituição da República permite que o Ministério Público realize investigações preliminares, quando relacionadas às matérias a ele atribuídas; contudo essas investigações devem ser realizadas em regular procedimento administrativo.

No que tange às normas infraconstitucionais, cita-se a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.625/93, que em seu artigo 26, I, a e b, prevê a expedição de notificações, colheita de depoimentos e esclarecimentos, assim como a requisição de informações e exames periciais. Polastri²⁰ defende que o estabelecido no inciso I, do artigo 26 dessa lei se aplica não só aos inquéritos civis, como a quaisquer outros procedimentos condizentes com as funções do Ministério Público.

A Lei Complementar 75/93, nos artigos 7, II, e 8, deixa claro o poder investigatório do Ministério Público, ao prever a realização de diligências investigatórias e a expedição de notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar. A Resolução 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta o artigo 8 da Lei

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. *Lumen Juris*. 2009, p. 72.

²⁰ LIMA, op. cit. p. 108.

Complementar 75/93, disciplina e regulamenta a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal. Assim como, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 74, VI, b, confere ao Ministério Público, dentre outras funções, o poder de promover inspeções e diligências investigatórias.

Luís Roberto Barroso, em parecer solicitado pelo Ministro Nilmário Miranda, defendeu posição que se poderia entender como uma variação da segunda corrente aqui explicitada, no sentido de que o papel central na investigação criminal, de acordo com a Constituição, foi reservado à Polícia. Por outro lado, não há qualquer vedação no texto constitucional de uma eventual atuação do Ministério Público. Nas palavras do renomado autor:

A atuação do *Parquet* nesse particular, portanto, poderá existir, mas deverá ter caráter excepcional. Vale dizer: impõe-se a identificação de circunstâncias particulares que legitimem o exercício dessa competência atípica. Bem como a definição da maneira adequada de exercê-la. O risco potencial que a concentração de poderes representa para a imparcialidade necessária às atividades típicas do *Parquet* não apenas fundamenta a excepcionalidade que deve caracterizar o exercício da competência investigatória, mas exige igualmente uma normatização limitadora.²¹

Essa é mesma linha de raciocínio Luiz Flavio Gomes:

No estágio em que nos encontramos, de aguda insegurança coletiva e de medo difuso, todo esforço investigativo do Ministério Público, supletivo ou complementar, sobretudo quando se trata do crime organizado, dos crimes do colarinho branco e dos praticados pela própria polícia, será muito bem-vindo, mas sempre em conjunto com os órgãos autorizados, para isso, por força de lei expressa e inequívoca.²²

6- HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL

Inicialmente, afirma-se que a matéria em estudo até o momento já esteve em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) algumas

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo ministério público. Argumentos Contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_investigacao_pelo_mp.pdf. Acesso em 28 de fevereiro de 2013.

²² GOMES, Luiz Flávio. Investigação é atividade de polícia., Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22131/investigacao-e-atividade-de-policia>. Acesso em 28 de fevereiro de 2013.

vezes, e que o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento sumulado no sentido da possibilidade de investigação realizada diretamente pelo Ministério Público, conforme Súmula 234 do STF, que assim expressa: "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denuncia".

Contudo, em relação ao Supremo Tribunal Federal, o tema não é pacífico, dividindo opiniões entre os Ministros. Algumas ações individuais²³ podem ser destacadas com o fito de demonstrar essa falta de unanimidade.

Em 1997, foi julgado O *Habeas Corpus* nº 75.769, pela 1ª Turma, que decidiu ser regular e válida a participação do Ministério Público em fase investigatória. A decisão acolheu a tese de que a prática de atos de investigação pelo Promotor de Justiça não o impede de oferecer denúncia.

Em 1999, no julgamento do RE nº 205.473, a 2ª Turma alegou que não caberia ao Ministério Público realizar diretamente tais investigações e que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 permitiria apenas que ele as requisitasse à autoridade policial. Era um caso em que um Procurador da República requisitou ao Delegado da Receita Federal determinadas diligências investigatórias em uma empresa para apuração de ilícitos fiscais.

Outro caso bastante discutido foi o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 81.326, julgado pela 2ª Turma, que entendeu que os atos investigatórios, realizados pelo Ministério Público são válidos e que a Instituição pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos.

No julgamento do *Habeas Corpus* 89.837, a Suprema Corte decidiu pela legitimidade Constitucional do poder de investigar do Ministério Público, descartando o monopólio da competência da investigação criminal nas mãos da polícia judiciária.

²³ BARROSO, op. cit.

Para colocar um fim nessa discussão jurisprudencial, o STF iniciou o julgamento do RE 593727, em que um ex-prefeito questiona decisão do Tribunal que recebera denúncia contra ele, proposta pelo MP, com fundamento em investigação própria e direta, sem participação da polícia²⁴.

O Ministro Cezar Peluso, relator do processo, entendeu que não há previsão constitucional para o MP exercer investigações criminais, salvo em casos excepcionais, voto seguido pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

O Ministro Gilmar Mendes declarou, antecipadamente, seu voto no sentido da possibilidade da investigação direta, tendo as duas instituições permissão constitucional para atuarem na fase investigatória. Esse voto do Ministro foi acompanhado pelos Ministros Ayres Britto, Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

O Ministro Marco Aurélio foi radical e repudiou a ideia de investigação pelo Ministério Público. Para ele, a autorização constitucional se restringe às investigações civis e o Ministério Público não poderia realizar investigações criminais, sendo esta uma prerrogativa exclusiva da polícia judiciária.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, defendeu a investigação criminal pelo Ministério Público, ainda que subsidiariamente e sem que haja o intuito de substituir ou excluir a atividade da polícia. Para o Ministro, o que se pretende é a permissão da investigação pelo Ministério Público dentro dos limites da legalidade e sob o crivo do judiciário. Deve ser um procedimento público, controlado pelo judiciário²⁵.

A votação ainda não se encerrou e os votos dos demais Ministros estão sendo aguardados. Na verdade, a decisão dessa Corte Suprema colocará um fim em toda essa

²⁴ STF adia decisão sobre poder de investigação do Ministério Público. Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2012/interna_politica,302837/stf-adia-decisao-sobre-poder-de-investigacao-do-ministerio-publico.shtml. Acesso em 4 de janeiro de 2013.

²⁵ Fux é favorável ao poder de investigação do MP e decisão do STF fica para 2013. Disponível em: http://www.mp.pb.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4454:fux-e-favoravel-ao-poder-deinvestigacao-do-mp-e-decisao-do-stf-fica-para-2013&catid=34:gerais. Acesso em 4 de janeiro de 2013.

discussão que já vem se desenvolvendo ao longo do tempo. Paralelamente a essa votação, o Congresso Nacional se depara, ainda, com um Projeto de Emenda Constitucional quem tem por fim impossibilitar, de maneira radical, a atuação direta do Ministério Público na atividade investigativa. Trata-se da PEC nº 37 que será trabalhada no tópico seguinte.

7- O PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL N 37

Em 2011 foi apresentada a PEC 37 com o intuito de atribuir a função de investigar crimes, exclusivamente, às polícias Federal e Civil, retirando do Ministério Público seu poder investigativo. O tema é bastante controverso na doutrina e na jurisprudência e divide opiniões de grandes juristas. O Projeto já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e aguarda apreciação pelo Senado²⁶. O Projeto de Emenda acrescenta o §10, ao art. 144 ,da Constituição da República Federativa do Brasil, para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal. O acréscimo tem o seguinte texto: Art. 144 , § 10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.

A proposta tem dividido opiniões e causou grande polêmica entre delegados e promotores. De um lado, estão os delegados e mestres em Direito, defendendo o texto apresentado pela PEC 37 e o entendendo já de acordo com os artigos 144 e 129 da Constituição da República Federativa do Brasil. Neste sentido, fragmento de um artigo escrito pelo advogado Rafael Panzarini:

Ao dividir as atribuições de cada órgão do sistema de justiça criminal (polícia, ministério público, judiciário e defensoria), o legislador constituinte estabeleceu que a investigação criminal caberia, com exclusividade, às Polícias Cíveis e à Polícia

²⁶ PEC-37. Disponível em: < <http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2012/12/20/pec-37>>. Acesso em 4 de janeiro de 2013.

Federal, a teor do disposto no art. 144 e parágrafos da CF/88. Com relação ao Ministério Público, por se tratar de um órgão acusatório, ou seja, parcial, entendeu-se que não lhe seria justo acumular as funções de investigador e acusador, uma vez que esse acúmulo causaria um desequilíbrio total na relação processual, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, de acordo com o art. 129 da CF/88, compete ao Ministério Público, como titular da ação penal, requisitar aos delegados de polícia a investigação das infrações penais e não ele mesmo investigar.
27

De acordo com o advogado, o objetivo da proposta da Emenda em pauta é disciplinar a investigação criminal no Brasil e não retirar qualquer prerrogativa do Ministério Público, uma vez que entende que essa prerrogativa nunca existiu.

Em contrapartida, os Procuradores repudiam o texto da PEC 37 sob o argumento de que desta forma se estaria prejudicando a sociedade, pois a retirada dos poderes investigatórios pode provocar o aumento da insegurança e da impunidade dos criminosos. Lenio Luiz Streck, procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em entrevista publicada²⁸, critica a proposta, que chama de “PEC da Impunidade”. Segundo ele, é responsabilidade do Ministério Público controlar a atividade da polícia, já que a “Constituição fala em controlador externo”. Uma das atribuições do Ministério Público é o de investigar os crimes, principalmente os do colarinho branco e esse poder de investigação está explícito na Constituição e na Lei Orgânica do Ministério Público.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trazer uma reflexão sobre os poderes investigatórios do Ministério Público a partir da análise da Constituição da República Federativa do Brasil. Viu-se que o Ministério Público foi se afirmando ao longo dos anos até chegar ao papel

²⁷ PANZARINI Rafael. Disponível em: <http://www.interjornal.com.br/noticia.kmf?canal=5&cod=19477979>
Acesso em 4 de janeiro de 2013.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. A PEC 37 é produto de lobby poderoso da polícia. Entrevista. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/516572-a-pec-37-e-produto-de-lobby-poderoso-da-policia-entrevista-especial-com-lenio-streck>. Acesso em 4 de janeiro de 2013.

democrático que assume hoje, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Constatou-se, no decorrer dessa pesquisa, que foi uma Instituição que muito cresceu e desenvolveu ao longo dessas décadas e hoje se apresenta como função essencial à justiça.

Neste contexto, procurou defender-se aqui a tese da legitimidade da atividade investigatória criminal, realizada diretamente pelo Ministério Público, sem que seja necessário envolvimento das polícias judiciárias.

A investigação tem como finalidade a colheita de informações necessárias e suficientes para formar a *opinio delicti* do Ministério Público para eventual oferecimento de denúncia. Se o Ministério Público é o destinatário dessas peças de investigação, não seria razoável, portanto, como se viu, que se retirasse dele o poder de colher essas provas por meio de procedimento administrativo próprio.

Por fim, pode-se concluir que, na realidade, não se trata de um enfraquecimento da atividade policial nem de tentativa de retirar da polícia a sua função de investigação mediante o inquérito policial, mas, unicamente, defender, aqui, a tese de que não há na Constituição da República Federativa do Brasil nenhuma norma que preveja ser a investigação exclusiva da polícia judiciária, podendo o Ministério Público, por conseguinte, desempenhar essa função. É uma espécie de parceria, com certeza, para que as duas instituições consigam maior êxito no objetivo final, qual seja: a segurança da sociedade; diminuição da violência e maior empenho na solução dos crimes praticados.

REFERÊNCIAS

ABDO, Marian Najjar. *Breves apontamentos sobre as origens históricas do Ministério Público*. Disponível em: <http://www.mp.mt.gov.br/>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público*. Argumentos Contrários e a Favor. A Síntese Possível e Necessária. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf. Acesso em 28 de fevereiro de 2013.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (De 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (De 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (De 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (De 20 de outubro de 1967). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 de fevereiro de 2013..

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Investigação é caso de polícia*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22131/investigacao-e-atividade-de-policia>. Acesso em 04 de janeiro de 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2009.

PANZARINI, Rafael. Ministério Público X Polícia – A PEC 37. Disponível em: <http://www.interjornal.com.br/noticia.kmf?canal=5&cod=19477979>.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro. *Lumen Juris*. 2008.

STRECK, Lenio. A PEC 37 é produto de lobby poderoso da polícia. Entrevista disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/516572-a-pec-37-e-produto-de-lobby-poderoso-da-policia-entrevista-especial-com-lenio-streck>. Acesso em 4 de janeiro de 2013.