



POLYANA MENDES MOTA

**A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APURAÇÃO
DE INFRAÇÕES PENAIS**

**BRASÍLIA – DF
2010**

POLYANA MENDES MOTA

**A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APURAÇÃO
DE INFRAÇÕES PENAIS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador: Prof. José Levi Mello do Amaral
Júnior

BRASÍLIA – DF

2010

MOTA, Polyana Mendes

A competência constitucional para apuração de infrações penais/ Polyana Mendes Mota. Brasília: UniCEUB, 2010.

63 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.
Orientador: Prof. Dr. Jose Levi Mello do Amaral Junior

RESUMO

A competência do Ministério Público para apurar infrações penais é o tema desta monografia. No cenário atual o *Parquet* está realizando investigações na esfera penal através do procedimento investigatório criminal, inserido no ordenamento jurídico através da resolução nº. 13/2006 editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Há uma acalorada discussão a respeito do tema. Esta pesquisa propõe analisar a constitucionalidade destas investigações. Deste modo, apreciou-se o entendimento e a conseqüente justificativa que cada corrente da doutrina defende acerca do poder investigatório do Ministério Público, procurando extrair de cada uma, seus judiciosos fundamentos, conformando-os aos ditames do Direito Constitucional. A análise crítica das opiniões de alguns doutrinadores induz à conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro não confere atribuição ao Ministério Público para realizar investigação criminal diretamente, pois a apuração de infrações penais é competência exclusiva da Polícia Judiciária e a presidência da investigação pelo Ministério Público é incompatível com a função do controle externo que ele exerce sobre as polícias. Portanto, a resolução nº. 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público não encontra ressonância na Constituição. De todo o exposto, o que se conclui é que para a busca da maior eficácia nas investigações criminais é necessário que Polícia e Ministério Público deixem de lado as disputas e aprendam a trabalhar em conjunto, de maneira integrada, em estreita colaboração, tudo no interesse da sociedade, que pugna por uma justiça mais célere e eficiente. A constitucionalidade das investigações pelo Ministério Público será definida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 84548.

Palavras-chave: Processo penal. Procedimentos investigatórios criminais. Funções institucionais do Ministério Público Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 O PAPEL INVESTIGATIVO DA POLÍCIA NA CONSTITUIÇÃO.....	7
1.1 Análise do art. 129 da Constituição	7
1.2 O inquérito policial	14
2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E MINISTÉRIO PÚBLICO	18
2.1 Base Constitucional para investigação ministerial e instrumento de investigação outro que não o inquérito policial	18
2.2 Exceções constitucionais à investigação policial: competência investigativa de outros órgãos.....	20
2.3 Ministério Público e controle externo da Polícia Judiciária.....	24
2.4 Imparcialidade do investigador e igualdade de armas no processo penal	31
3 POLÊMICA ATUAL	36
3.1 Análise da Resolução do CNMP sobre o assunto.....	36
3.1.1 Inconstitucionalidade do ato normativo.....	36
3.1.2 Inconstitucionalidade dos seus dispositivos e a seletividade de casos pelo Ministério Público	39
3.2 Jurisprudência pertinente.....	47
3.3 Ineficiência da Polícia Judiciária como justificação da atuação ministerial?	52
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Na atualidade, há uma rivalidade acirrada entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, que tem buscado o poder judicante, objetivando manter a sua competência para investigar enquanto o Ministério Público suscita igualmente a mesma competência para presidir as investigações de caráter criminal, criando assim, uma acentuada disputa judiciária com fortes discussões acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais.

Formaram-se duas correntes com opiniões distintas a respeito do tema. Uma delas infere que a investigação criminal é uma atribuição exclusiva da polícia judiciária e outra, em sentido inverso, entende que a outros órgãos públicos, e especialmente ao Ministério Público, é dado realizá-la sem ofensa ao que preceitua o art. 144, §§ 1º e 4º, da Carta Magna, que assim dispõe:

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:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º - A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

[...]

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

[...]

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 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 discussão sobre o tema tornou-se ainda mais relevante após o Conselho Nacional do Ministério Público editar a Resolução nº. 13/2006, que regulamenta internamente o poder deste órgão para conduzir investigações criminais. A resolução, elaborada pela Procuradora Regional da República Janice Ascari pretende dar ao *Parquet* o poder de instaurar o que se denomina de “procedimento investigatório criminal”.¹

Contudo, a referida resolução não obriga os demais órgãos do Judiciário a seguir a orientação, pois ela só repercute no próprio Ministério Público. Se o Supremo Tribunal Federal entender que não é competência do *Parquet* apurar ilícitos penais a resolução sucumbe.²

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidirá, futuramente, a questão ao julgar o HC 84548/SP, atinente ao empresário Sérgio Gomes da Silva, o Sombra, que é acusado de ser o mandante do assassinato do ex-prefeito de Santo André (SP), Celso Daniel.

¹ ERDELYI, Maria fernanda. *Poder presumido*: Conselho aprova regras para MP fazer investigação. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/48866,1>>. Acesso em: 20 fev. 2007.

² COSTA, Priscyla. *Ação penal*: Conselho adia discussão sobre poder de investigação do MP. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/48009,1>>. Acesso em 20 fev. 2007.

1 O PAPEL INVESTIGATIVO DA POLÍCIA NA CONSTITUIÇÃO

1.1 Análise do art. 129 da Constituição

Neste capítulo será feita uma análise do art.129 da Constituição Federal, que trata das atribuições do Ministério Público, visando estudar, minuciosamente, se a Lei Maior conferiu poder investigatório ao órgão acusatório na esfera penal.

O artigo 129, VIII da Constituição Federal trata da requisição de diligências investigatórias e da instauração de inquérito policial:

São funções institucionais do Ministério Público:

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” (grifo nosso).

A questão está em saber se a competência do Ministério Público para requisitar diligências investigatórias significa ordenar à autoridade policial que as cumpra ou realizá-las pessoalmente.

Pelo que se infere do raciocínio de Sérgio Demoro Hamilton, o Ministério Público pode requisitar diligências à autoridade policial, que deverá atendê-las obrigatoriamente. A partir deste entendimento o jurista faz alguns questionamentos:

Por que o Ministério Público pode requisitar diligências 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 (documental, pericial, etc...) mas lhe seria vedada a colheita direta da prova oral?

Qual a diferença essencial que existe entre aqueles meios de prova, já que todos enumerados no Título da Prova (art. 155 a 250 do CPP)?³

Segundo o mesmo autor, de nada valeriam tais poderes se o Ministério Público não pudesse promover, de forma autônoma, a investigação necessária, quando a polícia não se apresenta capaz de obter dados indispensáveis para o exercício de dever, afeto à Instituição.⁴

Sérgio Demoro Hamilton adota a teoria dos poderes implícitos para justificar o poder investigatório do Ministério Público, argumentando que a Constituição assegura a este órgão a competência privativa para promover a ação penal pública, portanto, também deve lhe assegurar os meios para alcançar esse fim.⁵

Não remanesce qualquer dúvida de que as diligências requeridas pelo Ministério Público deverão ser cumpridas, obrigatoriamente, pela Polícia Judiciária, uma vez que tal exigência decorre de mandamento constitucional. A clareza é insofismável. O Ministério Público as requisita e a Polícia Judiciária as cumpre obrigatoriamente. É natural que isto ocorra, já que o *Parquet* é o destinatário da apuração e incumbido de formular a *opinio delicti*.

Portanto, o Ministério Público pode requisitar a instauração de inquérito policial, requisitar a realização das provas consideradas necessárias para a formação do convencimento do Promotor e até mesmo acompanhar a atividade do presidente do inquérito.

Entretanto, é bem diferente estender ao Ministério Público o direito de ele próprio presidir uma investigação e exercer atividade de polícia judiciária. Vai longe a distância entre o poder do Ministério Público de requisitar e o dever de realizar diligências, pois são prerrogativas inconfundíveis e bem diferentes.

Requisitar, pedir, exigir legalmente é função institucional do Ministério Público. Este é o pensamento expresso e categórico da lei, que é soberana, intocável.

³ HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 212.

⁴ *Ibidem*, p. 213.

⁵ *Ibidem*, p. 213.

A interpretação de Sérgio Demoro Hamilton, embora sustentável, não tem boa acolhida entre muitos doutrinadores, pois o que a lei quer vem expresso e o que ela não quer, simplesmente, omite.

O legislador conferiu poder ao Ministério Público de requisitar diligências à autoridade policial e presume-se que ele empregou com rigor de significado o verbo requisitar. Se a intenção fosse dilatar os poderes do Ministério Público, aumentando a sua área de atuação, o constituinte teria usado o verbo realizar.

Este é o entendimento de José Afonso da Silva, que traz relevante ensinamento:

Percorrem-se os incisos em que o art. 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá não se encontrará nada que autorize os membros da instituição a proceder a investigação diretamente. O que havia sobre isso foi rejeitado, como ficou demonstrado na construção da instituição durante o processo constituinte e não há como restabelecer por via de interpretação o que foi rejeitado.⁶

Ademais, é imperioso notar que nessa matéria, sob o ponto de vista constitucional, não há espaço para poder implícito algum.⁷ Para José Afonso da Silva só existem poderes implícitos no silêncio da Constituição, o que não ocorre no caso em foco, pois a Carta Magna confere à polícia judiciária a atribuição de investigar na esfera criminal.⁸

No caso em estudo, a Constituição conferiu poderes à Polícia Judiciária para investigar. Assim, ela não pode ser atribuída a nenhum outro órgão ou instituição, inclusive ao Ministério Público. Não se pode falar em poder implícito o que foi conferido, expressamente, a outra instituição.

Comunga com este pensamento o parecer 102.446/2009, elaborado pelo então advogado-geral da União, José Dias Toffoli, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁶ SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 376, jul.-ago. 2004.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 145, dez. 2004, p. 4.

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Voto do Ministro Nelson Jobim no Recurso Extraordinário nº. 233.072-4/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgada em 19 de março de 1999.

O aludido parecer salienta que a teoria dos poderes implícitos revela-se em descompasso com a literalidade do art. 129 e 144 da Constituição:

A despeito do asseverado acima, nenhum doutrinador, cioso da manutenção da normatividade e da obrigatoriedade das normas jurídicas, nega o fato de que a literalidade do dispositivo se apresenta como limite ao trabalho hermenêutico. Não se pode admitir a dispositivo legal exegese que desborde, por completo, das interpretações possíveis e socialmente aceitas de seus termos.

Nesse sentido, cumpre consignar que a interpretação constitucional, como bem lembra Inocêncio Mártires Coelho, é atividade que deve ser iniciada pela análise do sentido literal da norma, a fim de que a tarefa de fixar o real significado desta não se torne algo despropositado, totalmente desvinculado da intenção do Constituinte:

‘No particular, isso significa, também, que ao aplicador do direito – por mais amplo que seja a sua necessária liberdade de interpretação – não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, nem tampouco ir além do seu sentido lingüisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade e para ela funciona como limite da interpretação’

[...]

Tais considerações afiguram-se pertinentes a fim de demonstrar o desacerto da interpretação que pretende atribuir o Ministério Público o poder de realizar investigações criminais a pretexto de exercer essa atividade como um *poder implícito*. Ora, partindo-se do limite interpretativo imposto pela literalidade do texto dos citados art. 129 e 144 da Carta Maior, revela-se evidente que não se pode considerar implícita uma competência quando a Constituição a outorgou – **de modo explícito** – a outro órgão. (grifo no original)⁹

Rogério Lauria Tucci¹⁰ lembra que a possibilidade do Ministério Público dirigir um procedimento investigatório criminal foi objeto de discussão durante a Assembléia Nacional Constituinte, e não foi aprovado no texto constitucional nenhuma palavra que atribua ao *Parquet* a função de investigar diretamente crimes na esfera penal.¹¹

⁹ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer 102.446/2009, juntado à ADI 4.271 proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil no STF, pag. 12 e 13, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-24/agu-poder-investigatorio-ministerio-publico>>. Acesso em: 18 abr. 2010, p. 19.

¹⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 371.

José Afonso da Silva ensina que as únicas disposições aproximadas a conferir poder investigatório ao Ministério Público vieram no Anteprojeto da Comissão da organização dos Poderes e Sistemas de Governo em junho de 1987, de que foi relator o Constituinte Egílio Ferreira Lima.¹²

No art. 137, V, este projeto incluía entre as funções institucionais do *Parquet* requisitar atos investigatórios, exercer a supervisão da investigação criminal, assim como a atribuição de promover ou requisitar a autoridade competente a instauração de inquéritos necessários às ações públicas que lhe incumbem, podendo avocá-los para suprir omissões.¹³

Mas já no Primeiro Substitutivo do Relator Bernardo Cabral (Comissão de Sistematização, agosto de 1987), essas normas foram modificadas e excluiu-se a possibilidade de promover a instauração de inquéritos necessários às ações públicas e também se eliminou a possibilidade de avocar tais inquéritos para suprir omissões. Assim, foi suprimido aquilo que o Ministério Público pretende até os dias atuais: o poder de investigação subsidiário.¹⁴

Este projeto foi aprovado na Comissão de Sistematização e passou a integrar o Projeto de Constituição “A” em novembro de 1987. Desde então até a aprovação do Projeto de Constituição que ensejou a Carta Magna vigente, não há nenhuma palavra a favor da possibilidade de o *Parquet* realizar a investigação criminal diretamente.¹⁵

O aludido José Afonso da Silva ensina que a Constituição é um sistema de valores e as observações históricas acima delineadas sobre a formação constitucional do Ministério Público são necessárias para conhecer os valores que não foram acolhidos e que, por isto, não podem ser invocados para a composição de competências, principalmente, quando a atribuição pretendida foi concedida a outro órgão como é o caso, do art. 144, §§ 1º e 4º da Lei Maior, que atribui a apuração de infrações penais à Polícia Judiciária.¹⁶

¹² SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 372.

¹³ *Ibidem*, p. 372.

¹⁴ *Ibidem*, p. 372.

¹⁵ *Ibidem*, p. 374.

¹⁶ *Ibidem*, p. 374.

O Ministro Nelson Jobim, ao proferir seu voto no Recurso Extraordinário nº. 233072-4, assim pronunciou:

Observo que este tema - já participei de debate sobre esse tema em sede legislativa – quando da elaboração da Constituição de 1988, era pretensão de alguns parlamentares introduzir texto específico no sentido de criarmos, ou não, o processo de instrução, gerido pelo Ministério Público.

Isso foi objeto de longos debates na elaboração da Constituição e foi rejeitado.

Mas, o tema voltou a ser discutido quando, em 1993, votava-se no Congresso Nacional a lei Complementar relativa ao Ministério Público da União e ao Ministério Público dos Estados, em que havia essa discussão do chamado processo de instrução que pudesse ser gerido pelo Ministério Público.

Há longa disputa entre o Ministério Público, a Polícia Civil e a Polícia Federal em relação a essa competência exclusiva da polícia de realizar os inquéritos. Lembro-me que toda essa matéria foi rejeitada, naquele momento, no Legislativo – estou explicitando de memória”. (grifo nosso)¹⁷

Seguindo o mesmo raciocínio, Ada Pellegrini Grinover esclarece que a Constituição não confere expressamente o poder de investigar ao Ministério Público e que foram rejeitadas, também, as emendas constitucionais que visavam conceder esta função ao *Parquet*.¹⁸

Comunga do mesmo entendimento Luís Roberto Barroso. Para ele, considerando jamais ter havido deliberação constituinte ou legislativa em favor da investigação criminal por membros do Ministério Público, não é legítimo, à luz da teoria democrática, inovar nessa matéria por via de interpretação extensiva, pois, dessa forma, “estar-se-ia subtraindo da discussão política em curso e, conseqüentemente, do processo majoritário, a decisão acerca do tema”.¹⁹

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Nelson Jobim no Recurso Extraordinário nº. 233.072-4/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgada em 19 de março de 1999.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 145, dez. 2004, p. 4.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público*. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível na Internet em: <http://ccr2.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_textos_interesses/investigacao_MP.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2010, p. 19.

Marcelo Lessa Bastos utiliza os incisos III e VI²⁰ do artigo 129 da Constituição para dar amparo legal às investigações criminais realizadas pelo Ministério Público.²¹

Contudo, parte da doutrina demonstra que os artigos supracitados possuem incidência somente na área cível e não autorizam o órgão de acusação, de forma alguma, a executar investigação criminal com a exclusão da polícia judiciária.²²

O inciso VI do artigo em comento, que atribui ao Ministério Público a função de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, apenas diz respeito aos procedimentos fixados nos incisos III (inquérito civil e ação civil pública) e IV (ação de inconstitucionalidade ou representação para intervenção) do mesmo dispositivo.²³

Em matéria penal a Carta Magna confere ao Ministério Público apenas a atribuição de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Neste sentido, Juarez Tavares assim se manifestou:

Primeiramente cumpre-nos salientar que a ação penal desfechada conta o Paciente, lastreada em inquérito penal realizado pelo próprio membro do Ministério Público, constitui, realmente, fato inusitado e estranho, face a falta de atribuição do *Parquet* quanto ao colhimento de provas com a finalidade de instaurar ação penal, eis que cabe ao mesmo tão somente instaurar inquéritos civis, conforme reza a nossa Carta Magna, em seu artigo 129, quando dispõe a respeito das funções institucionais do Ministério Público

[...]

Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles e de outras medidas e

²⁰ Vide art. 129 da Constituição Federal: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...] VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”.

²¹ BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública. Papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.122.

²² TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 73-74.

²³ FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, jan.-mar. 2002, p. 243.

procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias. (grifo nosso)²⁴

O Ministro Marco Aurélio defende a tese de que o Ministério Público não pode realizar diligências. Ele enfatiza que o *Parquet*, embora titular da ação penal, não tem competência para investigar diretamente na esfera criminal, mas apenas para requisitar diligências à autoridade policial.²⁵

Luís Roberto Barroso, ao oferecer parecer ao Secretário Especial dos Direitos Humanos, Min. Nilmário Miranda, esclarece que não é adequado reconhecer como natural o desempenho do Ministério Público como protagonista da investigação “com fundamento em normas constitucionais que dela não tratam (como é o caso do art. 129, I, VI, VII e VIII), especificamente quando o constituinte cuidou do tema de forma expressa em outro dispositivo (o art. 144)”. Para ele, pela mesma razão, não é apropriado extrair tal conclusão de cláusulas gerais, como a do art. 127, *caput*, que impõe ao *Parquet* a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis ou ainda das que tratam da segurança pública como dever do Estado (art. 144, *caput*) e da dignidade humana (art. 1º, III).²⁶

Portanto, diante do artigo 129, que trata das funções institucionais do Ministério Público, não há nenhum dispositivo que autorize este órgão atuar em investigações criminais. A competência do *Parquet* na esfera penal se restringe a ordenar à autoridade policial que cumpra as diligências do seu interesse para a formação da *opinio delicti*.

1.2 O inquérito policial

A forma que a lei estabelece para a apuração de infrações penais é o inquérito. Afirmar Bismael Moraes²⁷ que:

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Parecer do Procurador-Geral, Dr. Juarez Tavares, citado no voto do ministro Néri da Silveira no Recurso Extraordinário nº. 233.072-4/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgada em 19 de março de 1999.

²⁵ COSTA, Priscyla. *Ação penal: Conselho adia discussão sobre poder de investigação do MP. Consultor Jurídico*, 4 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/48009,1>>. Acesso em 20 fev. 2007.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público*. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível na Internet em: <http://ccr2.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_textos_interesses/investigacao_MP.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2010, p. 18.

²⁷ MORENO JÚNIOR, Waldemar. A Crise na investigação criminal. *Revista Phoenix Magazine*. Edição nº VIII, p. 71-74, out./nov./dez.2006.

o inquérito policial é o procedimento técnico-jurídico, formal e escrito, elaborado pela polícia judiciária, enfeixando a coleta de dados dos elementos materiais probatórios das infrações penais, de suas circunstâncias e a identificação de seus autores, para auxiliar o Poder Judiciário na realização da justiça penal, bem como para a concretização das providências cautelares no interesse da ordem pública. (grifo nosso)

O inquérito policial é privativo da polícia e tem como objetivo a reconstrução fiel da hipótese fática. O compromisso desta peça é a reprodução honesta dos fatos, a busca da verdade, pois assim pode-se dizer que o inquérito atingiu a sua finalidade. Desta maneira, ele não tem compromisso com a acusação ou com a defesa, mas simplesmente com a verdade.²⁸

Além disso, devemos entender que o inquérito não tem a qualidade pejorativa de mera peça de informação. Aury Lopes Jr. Salienta:

os autos do inquérito, muitas vezes, servem de embasamento para a formação do convencimento do juiz e, além disso, certas provas, como, por exemplo, a pericial, em regra, somente são produzidas na fase persecutória, tanto pela precariedade de sua própria natureza quanto pela própria preservação das características da prova.²⁹

Para Nucci³⁰ as provas colhidas no inquérito só deveriam ser usadas para instruir a peça inicial acusatória, pois é isto que condiz com a sua existência e finalidade. Ele afirma que “não se poderia pensar em coletar provas sem a participação do investigado ou de seu defensor para depois utilizá-las livremente durante a instrução do processo criminal”, pois haveria um contraste com o princípio constitucional da ampla defesa.

Contudo, o aludido autor afirma que este discurso é o ideal, é aquilo que deveria acontecer, pois, por outro lado, se o inquérito colhe as provas perecíveis estas não podem ser desprezadas pelo juiz. Aí está o caráter conflituoso do inquérito: “pretende ser um instrumento contra acusações levianas, mas acaba funcionando contra o próprio investigado/réu, que não pode contrariar a prova colhida pela polícia”. Por isso, alguns doutrinadores defendem que haveria grave risco se o Ministério Público pudesse realizar,

²⁸ MORENO JÚNIOR, Waldemar. A Crise na investigação criminal. *Revista Phoenix Magazine*. Edição nº VIII, p. 71-74, out./nov./dez.2006.

²⁹ Ibidem, p. 71-74.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 128.

diretamente, a investigação criminal, pois ela deve ser exercida por um órgão neutro e despedido de caráter acusatório.³¹

O *Parquet* é o órgão competente para promover o inquérito civil. Deve-se observar que se fosse vontade do legislador atribuir ao Ministério Público competência para comandar a investigação criminal e instaurar inquérito policial, tais poderes estariam expressos na Constituição, como ocorreu no caso do inquérito civil.

Portanto, é inquestionável que o inquérito policial é o instrumento de investigação penal da Polícia Judiciária e compete ao Ministério Público apenas requisitar diligências investigatórias e sua instauração.³²

Por conseguinte, o inquérito deve ser presidido pela polícia para que sua condução seja dirigida de forma neutra. Neste sentido, é o voto do Ministro Néri da Silveira quando expendeu seu voto no recurso extraordinário nº 233.072-RJ:

Lembro que estamos julgando recurso extraordinário interposto contra decisão que deferiu ordem de habeas-corpus para trancar a ação penal então em curso contra o paciente por falta de justa causa, ou, mais precisamente, por nulidade do inquérito policial, por nada ter de policial, visto que procedido pelo Ministério Público, que não tem poderes para tanto.³³

É de uma clareza cristalina o objetivo e a vontade do legislador que quis, definitivamente, com muita sabedoria, definir o poder da Polícia Judiciária, que possui formação técnica e específica para investigar, sem preterir a vontade sábia do titular da ação penal, conferindo-lhe o direito de exigir da autoridade investigante que colija para os autos outras provas que vão dar mais robustez à sua investigação, propiciando-lhe elaborar uma denúncia perfeita e irretocável.

A norma legal preferiu manter a investigação nas mãos da polícia, que possui treinamento adequado e que deve guardar a imprescindível imparcialidade, impedindo, dessa forma, que o Ministério Público se arvore em investigador, com dupla atribuição, e

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 128

³² GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 145, dez. 2004, p. 4.

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Néri da Silveira no Recurso Extraordinário nº 233.072-4/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgada em 19 de março de 1999.

ainda guarde a responsabilidade para que os fatos investigados não se tornem somente instrumentos da acusação.

Além do mais, se a intenção do Ministério Público é revestida de intenção social na busca de uma investigação perfeita que lhe possibilite a propositura da denúncia, nada melhor que ele acompanhe a investigação policial, ao invés de tomar para si o poder de investigar, o que lhe é defeso por lei.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 Base Constitucional para investigação ministerial e instrumento de investigação outro que não o inquérito policial

É pacífico – Para Ada Pellegrini Grinover – que o inquérito policial é instrumento privativo da polícia, podendo o Ministério Público apenas requisitar diligências e a sua instauração³⁴. Mas a questão que se deve suscitar é se pode haver outro instrumento de investigação criminal que não seja o inquérito policial.

O entendimento adotado por Grinover é de que a Constituição não confere expressamente a função de investigar ao *Parquet*, mas ela defende a tese de que a Carta Magna abriu uma “válvula de escape” para a constitucionalidade do poder investigatório do Ministério Público quando atribui a ele, no art. 129, IX, “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com suas finalidades”.³⁵

As funções investigativas são perfeitamente compatíveis com o exercício privativo da ação penal pública no entendimento de Grinover, pois ela defende a idéia de que não há inconveniente na suposta parcialidade do órgão da acusação quando realiza uma investigação criminal. Para ela, as informações colhidas durante as investigações não poderão servir de suporte para a decisão de mérito e as investigações servem exclusivamente para o convencimento do Ministério Público sobre acusar ou não acusar.³⁶

Portanto, o entendimento de parte da doutrina é de que o art. 129, IX, da Carta Magna autoriza o Ministério Público a investigar na esfera criminal. Mas, com base neste artigo da Constituição, qual seria o instrumento normativo que poderia atribuir ao *Parquet* a apuração de infrações penais?

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 145, dez. 2004, p. 4.

³⁵ *Ibidem*, p. 4.

³⁶ *Ibidem*, p. 4.

Somente lei complementar poderia atribuir funções investigativas criminais ao Ministério Público. O § 5º do art. 128 da Constituição estabelece que as atribuições do Ministério Público serão estabelecidas por lei complementar.

Neste sentido, Streck e Feldens³⁷ acreditam que o inciso IX do art. 129 da CF,³⁸ a Lei Complementar 75/93 (art. 8.º, inciso V)³⁹ e a Lei 8.625/93 (art. 26, inciso I, alínea “c”)⁴⁰ dariam amparo às apurações ministeriais.

Apesar de se posicionar no sentido de que há base constitucional para o exercício da investigação criminal pelo *Parquet*, Grinover mostra que a Lei Orgânica do Ministério Público, lei complementar destinada à organização deste órgão, não lhe prevê nenhuma função investigativa, pois as atribuições ministeriais descritas nesta lei estão ligadas ao exercício da ação civil pública.⁴¹

O art. 8º da referida lei complementar prevê que o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência, realizar inspeções e diligências investigatórias. Contudo, os procedimentos que esta lei se refere são aqueles de natureza não criminal. A legislação infraconstitucional que vigora atualmente não confere de forma clara ou específica ao *Parquet* a competência de proceder investigações criminais.⁴²

³⁷ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3-4, 7 e 80-92.

³⁸ Vide art. 129 da Constituição Federal: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades privadas”.

³⁹ Vide Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União. “Art. 8.º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] V – realizar inspeções e diligências investigatórias [...]”.

⁴⁰ Vide Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. “Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: [...] c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior”.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 145, dez. 2004, p. 4.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público*. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível em: <http://ccr2.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_textos_interesses/investigacao_MP.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2010, p. 20.

Em relação ao aspecto penal, a lei complementar se limitou a conferir ao Ministério Público o poder de requisitar à autoridade policial o cumprimento de diligências e a instauração de inquérito policial, podendo acompanhar tais atos.⁴³

Assim, por ausência de base legal, Grinover afirma que “são flagrantemente inconstitucionais e desprovidos de eficácia os atos normativos editados no âmbito do MP, instituindo e regulando a investigação penal pelos membros do *Parquet*”⁴⁴. Por este motivo o sistema jurídico brasileiro não recepciona a resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, que institui o denominado procedimento investigatório criminal.⁴⁵

2.2 Exceções constitucionais à investigação policial: competência investigativa de outros órgãos

Antonio Evaristo de Moraes Filho leciona que entre os sistemas policial, do juiz instrutor e do promotor investigador, o legislador brasileiro optou pelo primeiro, estabelecendo ao órgão do Ministério Público a função de acusar e à Polícia Judiciária a competência para investigar as infrações penais, com exclusividade, admitindo que o *Parquet* as acompanhe.⁴⁶

No capítulo III a Constituição Federal trata da segurança pública e define a competência das respectivas polícias, atribuindo a apuração de infração penal à Polícia Judiciária.

O texto constitucional, no art. 144, afirma claramente que cabe exclusivamente à Polícia Federal a função de polícia judiciária da União. O mesmo artigo, em seu § 4º reserva às Polícias Cíveis as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, ressalvadas a competência da União e as infrações militares.

⁴³ Vide Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização [...]. “Art. 7.º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: [...] II – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas [...]”.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 145, dez. 2004, p. 4-5.

⁴⁵ A resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público foi editada recentemente e será estudada mais detalhadamente no capítulo 3 deste trabalho.

⁴⁶ MORAIS FILHO, Antonio Evaristo. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 107, jul/set 1997.

Após uma análise do artigo mencionado, José Afonso da Silva esclarece que a Constituição reservou à Polícia Civil Estadual um “campo de atividade exclusiva”, não podendo ser modificado por lei infraconstitucional⁴⁷. No mesmo sentido, Coutinho se manifesta sobre o termo “exclusividade”:

O advérbio grifado, enfim, tem assento constitucional e não se pode fingir que não consta do texto, o que beira o ridículo. Não bastasse isso – de todo vital na base de qualquer pensamento sobre o tema em discussão -, quando nas referidas situações indicam-se as esferas de atuação, os comandos geram um poder-dever, afastando a atuação de outros órgãos do exercício daquele mister.⁴⁸

O art. 144 da Constituição Federal permite uma clara interpretação no sentido de que a apuração de infrações penais e o exercício da Polícia Judiciária são exclusivos das polícias Civil e Federal.

Entretanto, Marcelo Lessa Bastos, citando o ensinamento de Vicente Greco Filho, preleciona que, no ordenamento jurídico, a Lei Maior não conferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação na esfera penal, pois esta competência é conferida a outros órgãos.⁴⁹

O Banco Central ou a Receita Federal podem proceder a investigações de ilícitos financeiros ou tributários próprios das suas atribuições, mas quando encontram qualquer indício da existência de crimes devem encaminhá-los ao Ministério Público. Ada Pellegrini Grinover nem trata destas investigações, pois não são dotados de caráter coercitivo, implícito nas investigações realizadas pela Polícia Judiciária⁵⁰, pois como bem afirma a autora “o que interessa, nessa sede, são as investigações criminais formais, acompanhadas do poder de coerção”.⁵¹

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 380.

⁴⁸ LOPES, Fábio Motta. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, ano X, nº 57, ago-set 2009, p. 88.

⁴⁹ BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública. Papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.159.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade da resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 170, jan. 2007, p. 11.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 145, dez. 2004, p. 4.

A Constituição outorga a apuração das infrações penais militares à Polícia Judiciária Militar. Isto pode ser observado na leitura do art. 124 da Lei Maior. O próprio § 4º do artigo 144 da Carta Magna exclui esta situação da competência da Polícia Judiciária.⁵²

As comissões parlamentares de inquérito também configuram outra exceção ao poder investigatório da Polícia Judiciária e encontram amparo expresso no art. 58 §3º da Constituição.

Outros argumentos, seguindo a mesma linha de raciocínio, também se impõem, por exemplo, quando os delitos praticados pelos membros da Magistratura são investigados pela autoridade judiciária, bem como nos delitos atribuídos aos membros do *Parquet*, que são apurados pela própria Instituição.

Esta linha de pensamento, embora encontre alguns adeptos, é falível para justificar a pretensão do Ministério Público de promover a investigação criminal. A regra geral é a apuração dos ilícitos penais pela Polícia Judiciária, e as exceções a essa regra dependem de expressa previsão constitucional ou legal⁵³, o que não se vislumbra nas atribuições conferidas ao Ministério Público. Desta premissa também comunga José Afonso da Silva, *in verbis*:

Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público.

[...]

Se existe lei que atribua a função de Polícia Judiciária a outro órgão ou instituição, ela contraria o disposto no art. 144, §§1º e 4º, da Constituição, e é inconstitucional⁵⁴

Conforme assevera Fragoso é evidente a dispensabilidade do inquérito policial quando há a “coleta de elementos prévios de informação advindos de Comissão Parlamentar de Inquérito, inquérito administrativo, peças extraídas de processos judiciais etc.,

⁵² SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 382.

⁵³ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Poderes investigatórios do Ministério Público*. *Boletim do IBCCrim*, Editorial, São Paulo, n. 135, fev. 2004.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, p. 380-382.

mas nunca para a possibilidade de instaurar-se um inquérito no âmbito do próprio Ministério Público”.⁵⁵

Comunga do mesmo entendimento Ada Pellegrini Grinover:

A própria Constituição, como é sabido, atribui o poder e investigar a outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito- CPIs e os tribunais. E também é sabido que não conferem expressamente essa função ao MP, sendo oportuno lembrar que as emendas à Constituição de 1988 que pretendiam atribuir funções investigativas penais ao *Parquet* forma rejeitadas, deixando portanto a salvo a estrutura constitucional acima descrita.⁵⁶

Entretanto, Grinover, conforme foi demonstrado no capítulo acima, defende a tese de que há base constitucional para as investigações ministeriais de acordo com o art. 144, IX, CF, que delega ao Ministério Público a atribuição de exercer outras funções que lhe forem conferidas se elas forem compatíveis com suas finalidades.

Mas há teses no sentido de que a função constitucional de controle externo que o Ministério Público deve exercer sobre as atividades da Polícia Judiciária é incompatível com a apuração de ilícitos penais por eles. É imperioso notar que não se pode conferir a uma instituição a função de exercer o controle de outro órgão e, ao mesmo tempo, autorizá-lo a praticar os mesmos atos atribuídos à organização controlada. Portanto, a realização de investigação direta pelo Ministério Público é incompatível com a função de controle externo que ele exerce sobre a Polícia Judiciária⁵⁷ e não há fundamento constitucional para as apurações de ilícitos penais realizadas pelos seus membros.

De acordo com o princípio da legalidade a competência dos órgãos públicos deve estar autorizada no ordenamento jurídico, o que não acontece no caso do Ministério Público. Assim, deve ser respeitada a regra geral que atribui às polícias civil e federal a apuração de infrações penais. O ordenamento constitucional e infraconstitucional veda completamente que o Ministério Público exerça as funções de Polícia Judiciária.

⁵⁵ FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, jan.-mar. 2002, p. 242.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 145, dez. 2004, p. 4.

⁵⁷ Nesse sentido: BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. HC 440.810-3/7, 1.ª Câmara Criminal Extraordinária. Relator: Des. Marco Antônio. 18 de fevereiro de 2004. In: *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 139, Jurisprudência, p. 807, jun. 2004.

2.3 Ministério Público e controle externo da Polícia Judiciária

A Constituição brasileira é a fonte primária de todo o ordenamento jurídico. Todos os demais atos normativos devem-lhe obediência formal e material, sob pena de se lhes reconhecer a inconstitucionalidade com a conseqüente expulsão do sistema.⁵⁸

O Ministério Público passou a ter novos contornos institucionais na Carta Magna de 1988. Este órgão integra a estrutura do Poder Executivo, mas não há relação de subordinação nem a este Poder nem ao Judiciário. Ele passou a ser reconhecido como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do estado, tratado como organismo autônomo e independente financeira e administrativamente, além de ter assegurada a promoção privativa da ação penal pública.⁵⁹

Nesta mudança de posição da Carta Política, uma importante novidade que ela adotou foi o controle externo da atividade policial exercida pelo Ministério Público.⁶⁰

Apesar da legislação complementar sobre o assunto ser reduzida, a forma que o Ministério Público deve exercer o controle externo é intensamente discutida na doutrina pátria.

Hugo Nigro Mazzilli, membro aposentado do Ministério Público paulista, afirma que a investigação direta Ministerial é conseqüência lógica do controle externo que o Ministério Público exerce sobre a atividade policial.⁶¹

A Constituição Federal da República estabeleceu no artigo 129, VII, que o controle externo da atividade policial deverá ser exercido pelo Ministério Público na forma que dispuser a lei complementar mencionada no artigo 128, § 5º, CF. Este artigo dispõe que o controle deve ser regulado por leis complementares da União e dos Estados que estabelecem a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

Eis o texto constitucional:

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 20.

⁵⁹ KAC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.105-110.

⁶⁰ RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 187.

⁶¹ *Ibidem*, p. 213.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

VII- exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.

Art. 128 [...] § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros.

Vê se que esta norma constitucional tem eficácia contida, ou seja, depende de complementação. O legislador deverá regulamentá-la por meio de legislação complementar.

Ao preceituar que determinada matéria deve ser tratada em lei complementar, o Constituinte, ao constatar previamente a relevância da questão, impõe maior grau de dificuldade para a aprovação.

O processo de inserção de lei complementar no ordenamento jurídico brasileiro difere da legislação ordinária somente no que concerne ao quórum exigido para a aprovação do projeto. Na elaboração da lei ordinária impõe-se a maioria simples, que se perfaz com número de votos correspondentes a qualquer fração superior à metade dos presentes à sessão. No projeto de lei complementar, a aceitação de proposta subordina-se à aquiescência da maioria absoluta dos membros, que se obtém com a manifestação positiva de mais da metade dos componentes das duas casas legislativas que compõem o Congresso Nacional.

O Ministério Público de cada Estado deve exercer o controle externo da atividade policial de acordo com a lei complementar que disciplina a sua organização.

Normalmente os Ministérios Públicos estaduais têm a sua própria lei complementar para disciplinar as suas atribuições, mas aqueles que não possuem leis orgânicas nos termos do que preconiza a Constituição da República vigente podem e devem aplicar, subsidiariamente, as disposições da Lei Orgânica do Ministério Público da União. Esta aplicação é permitida pelo legislador, de acordo com o art. 80 da Lei 8.625/93, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a

organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências⁶². Prescreve o texto legal: “Art. 80 – Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União”.

A lei complementar que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público Federal é a lei nº. 75 de 20 de maio de 1993. Nesta lei orgânica encontram-se três esparsos artigos com redação destinada ao controle externo da atividade policial pelo *Parquet*, disciplinados no Título I, das disposições gerais. São eles:

Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista:

- a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;
- b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;
- c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;
- d) a indisponibilidade da persecução penal;
- e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:

- I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
- II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
- III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
- IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
- V - promover a ação penal por abuso de poder.

⁶² RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 188.

Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.⁶³

Ao analisar o texto acima, em que se resume a legislação sobre o controle externo da atividade policial, algumas conclusões podem ser firmadas.

Paulo Rangel analisa a lei e expende seu entendimento fundamentando:

Destarte, o Ministério Público, se exerce o controle externo da atividade policial-fim, que é a investigação criminal, com o escopo de se apurar a prática de infração penal, claro nos parece, mais uma vez, que pode (e se necessário for, deve) realizar diretamente quaisquer diligências investigatórias a fim de formar sua *opinio delicti*. A própria Lei Orgânica do Ministério Público da União, ao dispor que o Ministério Público pode “ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade fim policial” (Art. 9º, II da LC 75/93) deixa consignado que tal acesso pode ser feito, pessoal e diretamente, pelo *Parquet*.⁶⁴

Em nosso entender nenhum órgão que tem o poder de investigar deve ser soberano para não gerar uma espécie de ditadura, portanto, nada mais justo do que conferir ao Ministério Público, que tem prerrogativa de fiscal da lei, o exercício do controle externo da polícia.

No entanto, o emérito escritor, desejoso de ampliar o leque de competência do Ministério Público, procura justificar seu raciocínio fundindo dois textos legais em que um não dá sustentação ao outro.

Certamente o Ministério Público pode ter acesso a quaisquer documentos relacionados à investigação policial para formar a sua *opinio delicti*. Paulo Rangel relaciona esta correta interpretação da lei orgânica com a errônea idéia de que o *Parquet* pode realizar diligências diretamente para fundamentar a investigação criminal direta pelo Ministério Público que, aliás, é o título da sua obra.

⁶³ KAC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 157.

⁶⁴ RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 190.

Percebe-se, ao interpretar a lei orgânica do Ministério Público da União, que o legislador se limitou a definir mecanismos de controle da legalidade da atividade policial e não a outorgar poderes ao Ministério Público para investigar.

No Art. 9º, III, por exemplo, o Ministério Público representa à autoridade competente apenas quando há omissão indevida, ilegalidade ou abuso de poder. Este órgão ainda pode requisitar a instauração de inquérito policial, mas somente quando, no exercício da atividade policial, ocorra fato ilícito ou omissão. O controle ministerial é exercido também quando ele promove ação penal por abuso de poder.

Marcos Kac⁶⁵ e Aury Lopes⁶⁶ reconhecem que a legislação existente sobre o controle externo da atividade policial apenas define os instrumentos de controle da legalidade da atividade policial.

Frederico Marques afirma que:

[...] se é o Estado- administração quem investiga e acusa, é irrelevante o órgão a quem ele atribui uma ou outra função. No juízo ou no inquérito quem está presente é esse Estado-administração. Que importa, pois, que ele se faça representar, na fase investigatória, também pelo Ministério Público.⁶⁷

Com todo respeito ao ilustre jurista, se realmente fosse irrelevante a distinção de funções não teriam sido criados dois órgãos e sim apenas um. Cada órgão tem sua competência descrita e limitada, não podendo abarcar para si funções destinadas legalmente ao outro, sob pena de se instaurar a desordem.

A própria lei que disciplina as atribuições do Ministério Público da União determina que o controle externo da atividade policial deve ser exercido pelo *Parquet* respeitando a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

No art. 3º da lei orgânica do Ministério Público o legislador tomou o cuidado de ressaltar que a polícia, órgão incumbido da segurança pública, deve ter a sua

⁶⁵ KAC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.159.

⁶⁶ LOPES Jr., Aury Lopes. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 139.

⁶⁷ MARQUES, José Frederico *apud* KAC, Marcos. *Op.cit.*, p. 160.

competência respeitada. Havia o receio de que a competência da polícia fosse usurpada quando se definia os contornos da lei.

Atualmente ganha força a idéia de controle e vigilância recíprocos de um poder sobre o outro, em relação ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um. Estes são os elementos essenciais caracterizadores do moderno conceito do princípio da separação dos poderes.

Conforme assevera Mazzilli: “Tendência constante nos trabalhos da Constituição de 1988, desde as primeiras comissões até a última votação, foi a imposição de um sistema de freios e contrapesos entre as diversas instituições”.⁶⁸

Este sistema natural de controle não poderia ser diferente entre os diversos órgãos da Administração Pública, no que se refere ao Ministério Público em relação à Polícia Judiciária.⁶⁹

Realmente, em um sistema de freios e contrapesos o controle externo é fundamental para o equilíbrio das instituições. Mas controlar não significa tomar a competência para si e exercer funções de outros órgãos. Controlar externamente é fiscalizar, averiguar se o trabalho da polícia está sendo feito de acordo com as normas constitucionais e a legislação ordinária. Logo, o controle deve existir quanto à legalidade dos atos policiais.

A Constituição preconiza que o Ministério Público deve exercer o controle externo da atividade policial como um todo, e não apenas da Polícia Judiciária. Assim, tanto as atividades desenvolvidas pela Polícia Judiciária como as da Polícia Militar podem e devem sofrer o controle externo pelo Ministério Público.

Paulo Rangel⁷⁰ denuncia, inclusive, que a polícia militar exerce, indevidamente, parcela das funções da polícia de atividade judiciária. Existem casos de policiais militares serem lotados em unidades de policiais civis como se civis fossem, fora do

⁶⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro *apud* KAC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 161.

⁶⁹ KAC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.161.

⁷⁰ RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 189.

ambiente da hierarquia e da disciplina da vida militar. Eles também fazem incursões em morros e favelas para prender traficantes, seqüestradores e assaltantes.

A polícia militar tem seu âmbito de atuação expressamente definido na Constituição da República, não podendo exercer funções típicas de investigação da polícia de atividade judiciária. O Ministério Público deve zelar para que toda investigação seja feita nos exatos limites das atribuições de cada polícia.

Marcos Kac⁷¹ defende que o legislador foi extremamente tímido ao tratar sobre o controle externo exercido pelo *Parquet* na lei orgânica do Ministério Público da União. O autor sustenta que os dispositivos pertinentes ao tema deveriam ser alterados e a investigação direta tratada sob a condução irrestrita de um membro do Ministério Público.

O que Marcos Kac defende é um sistema semelhante àqueles existentes nos EUA, Itália e França. Nestes países, de acordo com Polastry, é prevista a colaboração e até, em alguns casos, a supervisão ou subordinação da Polícia Judiciária ao Ministério Público.⁷²

Esta é uma opinião particular do jurista de como deveria ser a legislação brasileira ao tratar sobre o tema. Esta visão nos remete a uma outra discussão no mundo jurídico, a do dever-ser.

Luiz Flávio Borges D'Urso acredita que se for delegada competência para o Ministério Público para investigar haverá “descontrole de um dos sistemas mais inteligentes da Constituição brasileira”⁷³. Acredita D'Urso:

Não há na Constituição Federal qualquer brecha que autorize o Ministério Público a fazer a investigação criminal. Em nosso sistema não é conveniente mudar a lei. O próprio Estado cria mecanismos de auto-controle. Se não for assim, teremos um Estado absolutista. Hoje tudo funciona em harmonia. Você tem uma parte isenta que faz a investigação, que é a Polícia Judiciária. Depois, uma segunda parte do Estado, responsável pela acusação, que é o Ministério Público. Em seguida, uma terceira parte, também isenta, que é o

⁷¹ KAC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.162.

⁷² LIMA, Marcellus Polastry. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 68.

⁷³ COSTA, Priscyla. *Ação penal: Conselho adia discussão sobre poder de investigação do MP*. **Consultor Jurídico**, 4 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/48009,1>>. Acesso em 20 fev. 2007.

juiz. É um sistema inteligente. Admitir que o MP faça a investigação é desorganizar tudo isso. Tudo completamente fora da atribuição.⁷⁴

Todavia, neste momento do trabalho, o enfoque tratará apenas da legalidade das investigações criminais e não em como a Constituição Federal deveria tratar a matéria.

Por tudo que foi, exhaustivamente, delineado, infere-se que não é intenção do legislador outorgar poderes de investigação criminal ao *Parquet*. O controle que o Ministério Público deve exercer sobre a polícia é externo e quanto à legalidade dos seus atos.

2.4 Imparcialidade do investigador e igualdade de armas no processo penal

O Sérgio Demoro Hamilton defende a idéia de que o Ministério Público pode colher provas diversas, inclusive a prova oral, pois estes meios de prova estão todos enumerados no Título da Prova.⁷⁵

Na fase inquisitorial a prova oral pode variar de acordo com a vontade de quem a produz por se tratar de um elemento subjetivo. Nada impede que as perguntas formuladas ao acusado possam ser direcionadas, deixando escapar, por parte de quem interroga, sem a devida isenção, um cunho acusatório, mesmo que de forma inconsciente.

Além do mais, a Carta Magna descreve como função institucional do Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Observa-se que o posicionamento do legislador é no sentido de que o Ministério Público, até mesmo para um ato tão simples, como requisitar diligências na fase persecutória, exige que ele o faça de forma motivada. Parece óbvio que a Constituição não conferiu ao Ministério Público a coleta de nenhum tipo de prova, inclusive a oral. O poder de requisitar é muito menor que o poder de realizar tais diligências.

Paulo Rangel, em sua visão crítica descrita em sua obra preleciona:

⁷⁴ COSTA, Priscyla. *Ação penal*: Conselho adia discussão sobre poder de investigação do MP. **Consultor Jurídico**, 4 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/48009,1>>. Acesso em 20 fev. 2007.

⁷⁵ HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 212.

[...] o papel primordial do promotor é a constatação de que o réu é inocente e que, excepcionalmente, será privado de sua liberdade. Reconhecemos que esse, lamentavelmente, não é o comportamento regra entre membros do Ministério Público, mas oxalá um dia eles acordarão. Aliás, é normal promotores de justiça (defensores também) afirmarem que ganharam (ou perderam) um júri, como se seu papel fosse idêntico ao de um atleta na olimpíada.⁷⁶

A intenção do legislador ao delegar ao Ministério Público apenas a função de requisitar diligências e não a de realizá-las diretamente é evitar que haja parcialidade nas investigações. A isenção é atributo do magistrado, mas não das partes. Neste sentido afirma Carnelutti que “*partes nascuntur iudices fiunt*”, quem não é juiz, em sede processual, assume a posição de parte.⁷⁷

Assim, sendo parte o Ministério Público, é impossível exigir-lhe imparcialidade na fase pré-processual. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo faz um alerta para o risco da busca orientada da prova para alcançar certo propósito, antes estabelecido⁷⁸. Na mesma linha de raciocínio segue o doutrinador José Carlos Fragoso:

O grave inconveniente que se cria com esse desrespeito às funções de cada instituição (Polícia, Ministério Público, Magistratura) reside na *parcialidade* que se estabelece. Se o Procurador da República se traveste de policial, pode ele adotar, desde logo, no início das investigações, um determinado ponto de vista, que tenderá a manter ao longo de todo o procedimento, tornando-se indiferente a qualquer outra alternativa probatória.⁷⁹

Essa idéia é fruto do estudo de Altavilla, em sua obra “Psicologia Judiciária”, que adverte que uma vez internalizada na mente do policial, do promotor ou do juiz, a procedência da hipótese provisória, cria-se em seu espírito a necessidade de demonstrar o que considera verdade, e encara a improcedência da sua hipótese como se constituísse razão de demérito. Assim, dá elevado valor aos elementos probatórios que lhe forem favoráveis e diminui o valor dos contrários.⁸⁰

⁷⁶ RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 222.

⁷⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 83.

⁷⁸ *Ibidem*, p.84.

⁷⁹ FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, jan.-mar. 2002, p. 242.

⁸⁰ MORAIS FILHO, Antonio Evaristo. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 106, jul/set 1997.

É importante destacar que na Inglaterra o Ministério Público não pode realizar, diretamente, investigações. Lá prevalece o que Mireille Delmas-Marty denomina de duplo grau de apreciação das investigações preliminares. Primeiramente, elas são valoradas pela polícia que as promoveu, e depois pelo Crow Prosecution Service.⁸¹

O direito inglês entende que a separação das funções de colher a prova e de formar a “*opinio delicti*” sobre as mesmas é mais congruente com a garantia do processo equitativo (*proces équitable*), e a partir do *Prosecution of Offence Act*, de 1985, foi considerado que as funções de investigar e de desencadear a ação penal são incompatíveis.⁸²

Para Grinover não há inconveniente na suposta parcialidade do Ministério Público quando atua em investigações criminais, cujo resultado não incidirá na sentença. Ficou demonstrado neste trabalho que ela defende a constitucionalidade das investigações criminais realizadas pelo *Parquet*, fundamentada no fato de não ser inadequada a parcialidade de seus membros e na idéia de que as informações coletadas na fase de investigação preliminar não servem de suporte para a decisão de mérito, além de enfatizar que as investigações devem servir exclusivamente para a formação do convencimento do Ministério Público, quando promove ou não a ação penal pública.⁸³

Insurge-se contra este raciocínio Aury Lopes Jr. quando assevera que as investigações preliminares servem de base para o convencimento do juiz e ainda afirma que algumas provas, como a pericial, só são produzidas na fase persecutória.

José Afonso da Silva também é contrário ao pensamento de Grinover e adverte que a finalidade da investigação não é a ação penal e sim “a apuração da autoria do delito, de suas causas, de suas circunstâncias. O resultado dessa apuração constituirá a instrução documental - o inquérito- para fundamentar a ação penal e serve de base para a instrução penal definitiva”.⁸⁴

⁸¹ MORAIS FILHO, Antonio Evaristo. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 106, jul/set 1997.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 145, dez. 2004, p. 4.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 376.

A 6ª. T. do E. STJ proferiu acórdão em 07.11.1995, cujo relator é o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (RHC 4.769-PR). O voto do Ministro-relator destaca a importância de manter a separação entre as funções de investigar e acusar:

Ministério Público e magistratura não podem estar comprometidos com o caso *sub judice*. Daí a possibilidade de arguição de impedimento, ou suspeição dos respectivos membros. Se um ou outro atua na coleta de prova que, por sua vez, mais tarde será a base do recebimento da denúncia, ou do sustentáculo da sentença, ambos perdem a imparcialidade, no sentido jurídico do termo. [...] Além disso, é tradicional, não se confundem três agentes: investigador do fato (materialidade e autoria), órgão da imputação e agente do julgamento.⁸⁵

No mesmo sentido, é o boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais:

[...] de um lado, é uma utopia imaginar que o Ministério Público – titular da ação penal– não conduziria a investigação com nítido enfoque acusatório, em detrimento dela mesma, podendo produzir resultados viciados quanto à apuração da verdade; e, de outro, a presidência de investigações criminais pelo Ministério Público atingiria em cheio a imparcialidade da acusação a ser deduzida na ação penal.⁸⁶

O Ministro Maurício Correa cita Evaristo da Moraes Filho no seu voto expandido no RE 233072-4⁸⁷, que enfatiza: “se for permitido ao Ministério Público a coleta de provas na fase preliminar, sem qualquer controle, haveria um grave risco à garantia da equitatividade do processo penal e à igualdade de armas entre a acusação e a defesa”.

Antônio Evaristo de Moraes Filho ainda demonstra o perigo de conceder ao Ministério Público amplos e irrestritos poderes e conclui:

Ademais, sob o aspecto institucional, esta faculdade de o Ministério Público produzir, diretamente, a prova da fase preliminar da persecutio implicaria outorgar-se a este órgão um poder incontrolável em matéria de arquivamento das peças de informação. Com efeito, basta imaginar-se que, num determinado caso, o Ministério Público efetuasse na fase preliminar, toda colheita da prova, dando-lhe, intencionalmente ou não, um direcionamento favorável ao indiciado. Logo a seguir, na etapa processual subsequente, em face da fragilidade ou insuficiência dos elementos que ele próprio coligira,

⁸⁵ FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, jan.-mar. 2002, p. 246.

⁸⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Poderes investigatórios do Ministério Público. Boletim do IBCCrim*, Editorial, São Paulo, n. 135, fev. 2004.

⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.ª T., RE 233.072-4-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, DJU 03.05.2002, Ementário 2067-2.

pediria o arquivamento das peças, arquivamento que se tornaria obrigatório, mesmo em face da eventual discordância do juiz, caso o Procurador Geral ratificasse a opinião de seu subordinado (art. 28 CPP). Assim, em questão de arquivamento, estaria instalada uma verdadeira ditadura do Ministério Público, com sério comprometimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que poderia ser facilmente contornado, diante da ausência, proposital, ou não, de elementos probatórios para o oferecimento da denúncia.⁸⁸

No mesmo sentido, Fragoso afirma que as investigações preliminares devem ser realizadas pelas autoridades policiais para garantir às partes a igualdade de armas⁸⁹. Luigi Ferrajoli leciona que fica ofendido o princípio da paridade das partes quando ocorrem “*confusiones entre funciones de enjuiciamiento y funciones de acusación*”.⁹⁰

A investigação criminal exercida pelo Ministério Público é temerária e incoerente por não incidir qualquer controle sobre ela e concentrar em um mesmo órgão as atividades de execução e de fiscalização.

No mesmo diapasão é o ensinamento de Nucci:

Note-se que, quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal, é supervisionada pelo Ministério Público e pelo Juiz de Direito. Este, ao conduzir a instrução criminal, tem a supervisão das partes – Ministério Público e advogados. Logo, a permitir-se que o Ministério Público, por mais bem intencionado que esteja, produza de per si investigação criminal, 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.⁹¹

Assim sendo, é de se entender que o *Parquet* não tem competência legal para coletar nenhum tipo de prova, pois inquérito penal não é juízo de instrução. Admitir tal hipótese é prejudicar todo o fundamento da defesa, em face do juízo de valor previamente que poderá ser formado pelo Ministério Público.

⁸⁸ MORAIS FILHO, Antonio Evaristo. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 108, jul/set 1997.

⁸⁹ FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, jan.-mar. 2002, p. 241.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 245.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 74.

3 POLÊMICA ATUAL

3.1 Análise da Resolução do CNMP sobre o assunto

3.1.1 Inconstitucionalidade do ato normativo

A resolução nº13 do Conselho Nacional do Ministério Público, que institui o procedimento investigatório criminal, visa regulamentar o art. 8º da Lei complementar nº. 75/93 e o art. 26 da Lei 8.625/93. No entanto, tais dispositivos se referem ao inquérito civil e não têm o condão de regulamentar o procedimento investigatório criminal.⁹²

Da meticulosa análise da aludida resolução, depreende-se que as normas que serviram de base para a sua elaboração não atribuem competência ao *Parquet* para instaurar e conduzir investigação criminal. Neste sentido é o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt:

Em verdade a dita resolução pretende regulamentar dispositivos de lei que não tratam de poderes investigatório do Ministério Público; ou seja, não se trata de regulamentação, *in casu*, mas de verdadeira criação de poderes investigatórios em favor do órgão ministerial, ao arpejo do texto constitucional [...]⁹³

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625/93), no artigo 26, I, faculta ao Ministério Público instaurar inquéritos civis e outras medidas, além de procedimentos administrativos pertinentes, admitindo que, para instruí-los, se possa expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos. Em caso de comparecimento sem justificativa legal, poderá requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei (art. 26, I, “a”) ⁹⁴. Assim, está evidenciado que uma das funções do Ministério Público é promover o inquérito civil, que se destina a colher elementos que lhe permitam instruir a ulterior ação civil pública.

⁹² GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. *A Resolução nº 13 do CNMP atribui poderes investigatórios ao Parquet*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9242&p=1>>. Acesso em 20 maio 2007.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade da resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 170, jan. 2007, p. 12.

⁹⁴ Vide art. 26 da Lei Orgânica do Ministério Público: “No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei”

O artigo 26 da Lei 8.625/93 trata da matéria penal apenas no inciso IV, quando permite ao Ministério Público requisitar diligências investigatórias e requerer a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los.

Portanto, parece claro que a aludida Lei Orgânica adotou um critério diferenciado em matéria de investigações preliminares: na área civil, compete ao Ministério Público instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos pertinentes, no curso dos quais lhe permite a realização direta de diligências, inclusive a colheita de depoimentos (art. 26, I e alíneas); Já em sede penal a matéria se restringe ao inciso IV do art. 26, que permite ao *Parquet* apenas requisitar diligências ou abertura de inquéritos, podendo acompanhá-los.

Por conseguinte, o artigo 26 da Lei Orgânica do Ministério Público não justifica a regulamentação do procedimento investigatório criminal, pois a lei só autoriza o processo de instrução gerido pelo *Parquet* no caso do inquérito civil.

A Constituição Federal da República conferiu competência privativa à União para legislar sobre direito processual penal, conforme o artigo 22, I. Desta forma, qualquer alteração em matéria processual penal deverá ser precedida do devido processo legislativo, conforme dispõe o artigo 59 e seguintes da Lei Maior.

A referida resolução regulamenta como e por quem os crimes devem ser investigados, substituindo e acrescentando dispositivos ao Código de Processo Penal. Por isso, a aludida resolução, incorre em inconstitucionalidade formal, pois não se pode conceber que uma simples resolução trate de matéria de natureza processual, de competência exclusiva das casas legislativas.

Mesmo que a Carta Magna conferisse ao Ministério Público função investigativa, esta matéria processual não poderia ser disciplinada por meio de uma resolução. É de suma importância, neste momento, que se traga a tona as lições de Lênio Streck, Ingo Sarlet e Clemerson Clervé acerca dos limites dos atos regulamentares dos Conselhos da Magistratura e do Ministério Público:

Este parece ser o ponto central da discussão. Se a atuação dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público está regulada em leis específicas

(LOMAN, LOMIN's estadual e federal, postas no sistema em estrita obediência à Constituição), parece, de pronto, inconcebível que o constituinte derivado, ao aprovar a Reforma do Judiciário, tenha transformado os Conselhos em órgãos com poder equiparado aos do legislador.

[...]

O fato de a EC 45 estabelecer que os Conselhos podem editar atos regulamentares não pode significar que estes tenham carta branca para tais regulamentações. Os Conselhos enfrentam, pois, duas limitações: uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito a impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Presente, aqui, a cláusula de proibição de restrição a direitos e garantias fundamentais, que se sustenta na reserva de lei, também garantia constitucional.⁹⁵

Pelo que se infere do que foi exposto, a mencionada resolução nº. 13 criou uma nova forma de investigação, denominada “procedimento investigatório criminal” a ser conduzida pelos membros do Ministério Público, mas sem qualquer respaldo no Código de Processo Penal e na Constituição Federal.

Ademais, a constitucionalidade das investigações criminais pelo Ministério Público é questionada no plenário do Supremo Tribunal Federal. É prematuro regular matéria tão controversa que ainda aguarda a apreciação na Suprema Corte.

Neste sentido, foi proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - Adepol/Brasil⁹⁶ e pelo Conselho Federal da OAB⁹⁷ ação direta da inconstitucionalidade contra a resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público.

⁹⁵ GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. *A Resolução nº. 13 do CNMP atribui poderes investigatórios ao Parquet*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9242&p=1>>. Acesso em 20 maio 2007.

⁹⁶ A Adepol ajuizou junto ao STF Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Resolução 13 do CNMP (Adin 3.806), alegando ofensa aos arts. 2º; 5º, II, LIII E LIV; 22,I;24,XI;129,I, II, VI, VII, VIII E 144, §§ 1º, I, II, IV e parágrafo 4º, todos da CRFB. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=211546&tip=UN¶m=>>>. Acesso em 10 jun. 2007.

⁹⁷ A OAB ajuizou junto ao STF Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Resolução 13 do CNMP (Adin 3.836), alegando ofensa direta aos arts. 129 e 144, da Constituição da República. Disponível em: <<http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/noticias/detalhe.php?id=110>>. Acesso em 10 jun. 2007.

3.1.2 Inconstitucionalidade dos seus dispositivos e a seletividade de casos pelo Ministério Público

Como já foi, exaustivamente, comentado, o Conselho Nacional do Ministério Público aprovou a resolução nº. 13 de 2006, que regulamenta o procedimento investigatório criminal, instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido por membro do Ministério Público. Tem como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura da respectiva ação penal, podendo ser ou não arquivado.

O processo de instrução gerido pelo Ministério Público foi, detalhadamente, discutido pela Assembléia Constituinte de 1988, mas toda essa matéria foi rejeitada e o poder investigatório centralizou-se na Polícia, um órgão isento e despido de caráter acusatório, formando assim, a harmônica tripartição de atribuições através do qual a polícia investiga, o Ministério Público denuncia e o juiz julga.

A resolução editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público fere esta tripartição e confere ao Ministério Público o poder de presidir inquérito, com uma mudança apenas de denominação, pois se utiliza do nome procedimento investigatório criminal, mas é dotado de características peculiares e próprias do inquérito penal, como a realização de diligências, interrogatórios e oitivas de testemunhas, além de outras.

A referida resolução editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, logo no art. 1º, determina que o procedimento investigatório criminal deverá ser instaurado e presidido pelo *Parquet*, com a precípua finalidade de apurar infrações penais de natureza pública. O parágrafo único deste artigo determina que o procedimento investigatório criminal não exclui a possibilidade de realização de investigação por outros órgãos legitimados da Administração Pública.⁹⁸

⁹⁸ Vide art. 1º da resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 1º - O procedimento investigatório criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.

Parágrafo único. O procedimento investigatório criminal não é condição de procedibilidade ou pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal e não exclui a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos legitimados da Administração Pública.”

A conclusão a que se chega é a coexistência de dois procedimentos distintos com a mesma finalidade, visando a apuração de infrações penais. Os crimes de natureza pública poderão ser investigados pelo tradicional inquérito policial conduzido pela polícia judiciária ou pelo procedimento investigatório criminal, realizado pelo Ministério Público.

Esta situação pode conduzir a verdadeiros absurdos jurídicos, como por exemplo, o mesmo delito ser apurado por meio de procedimentos distintos e agentes públicos diversos. Também há a possibilidade de um órgão esperar a atuação do outro e as infrações não serem apuradas, o que propiciará ao delinqüente escolher se vai ser investigado pelo procedimento da polícia judiciária ou do Ministério Público.⁹⁹

A pretensão do Ministério Público de apurar ilícitos penais pode gerar insegurança e instabilidade jurídica, uma vez que é direito do cidadão e da sociedade saber, previamente, a quem incumbe investigar determinada infração penal.¹⁰⁰

No artigo 2º do capítulo II da resolução nº 13/2006, que trata da instauração do procedimento investigatório criminal, o Ministério Público poderá instaurar este procedimento ou, simplesmente, determinar à polícia judiciária a instauração de inquérito policial¹⁰¹. É difícil entender as razões pela quais, em alguns casos, o *Parquet* instaura a investigação e, em outros, remete à polícia para exercer a condução do poder investigatório. Aqui vale perguntar se a pretensão do Ministério Público é ficar com a presidência dos casos de grande repercussão? A ilação que se extrai do contexto é a criação de dois níveis investigatórios, gerando uma preferência na condução dos aludidos procedimentos.

Ao admitir esta idéia, o ordenamento jurídico brasileiro teria uma divisão: os fatos de menor importância, os chamados crimes anões, ficariam a cargo da polícia judiciária e os de grande realce no cenário nacional ou internacional seriam coibidos pelos

⁹⁹ SOBRINHO, Raymundo Cortizo. As ilegalidades da resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Revista Phoenix Magazine*. Edição nº VIII, p. 76 out./nov./dez.2006.

¹⁰⁰ GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. *A Resolução nº 13 do CNMP atribui poderes investigatórios ao Parquet*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9242&p=1>>. Acesso em 20 maio 2007.

¹⁰¹ Vide art. 2º da resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 2º Em poder de quaisquer peças de informação, o membro do Ministério Público poderá:
I – promover a ação penal cabível;
II – instaurar procedimento investigatório criminal;
III – encaminhar as peças para o Juizado Especial Criminal, caso a infração seja de menor potencial ofensivo;
IV – promover fundamentadamente o respectivo arquivamento;
V – requisitar a instauração de inquérito policial.”

representantes do Ministério Público, como se a lei brasileira elegeisse preferências entre pequenos e grandes crimes.

Mesmo quem defende a tese de que o órgão ministerial pode proceder, diretamente, investigações criminais, sustenta que ela seja realizada em caráter não rotineiro. Sérgio Demoro Hamilton defende a investigação ministerial “quando a Polícia não se apresenta capaz de obter dados indispensáveis para o exercício de dever afeto à Instituição”. Ele afirma que o Ministério Público não deve, ordinariamente, investigar, mas que tem esse direito quando verificar ser oportuna a providência.¹⁰²

Assim, aceita a tese de investigação ministerial, o próprio órgão de acusação faria uma seleção dos casos que iria atuar, inexistindo um critério objetivo capaz de definir a sua área de atuação, gerando instabilidade jurídica e remetendo à idéia, registrada por Tucci, de que alguns membros do Ministério Público atuam em determinadas investigações para promoção pessoal e de publicidade, desprezando valores éticos.¹⁰³

Conforme demonstra José Afonso da Silva, o Ministério Público não pretende assumir inteiramente a função de investigação criminal. A intenção do *Parquet* pode ser entendida claramente nesta passagem de memorial apresentado a Ministros do STF:

Frise-se que o Ministério Público não pretende substituir-se, indistintamente, à Polícia Judiciária na investigação das infrações penais, mas dispor de meios para obter diretamente, de modo mais célere e eficaz, em determinadas situações e quando o interesse público o exige, as provas e informações de que necessita para a formação do seu convencimento sobre a viabilidade da ação penal.¹⁰⁴

José Afonso da Silva afirma que este texto reconhece que a competência para apurar ilícitos penais é da Polícia Judiciária e denuncia, implicitamente, que o *Parquet* não tem o poder de apurar infrações penais, senão não reivindicaria exercê-la apenas em determinadas situações.¹⁰⁵

¹⁰² HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 214 e 227.

¹⁰³ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78-79.

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 379.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 379.

O mesmo autor, ainda faz algumas indagações:

Quem decide quais são essas “determinadas situações”, quem decide “quando o interesse público o exige”? O próprio Ministério Público a seu alvedrio? Isso só cria incertezas e confusão. Ora, toda investigação criminal é de interesse público. Este a exige em todos os casos em que um delito se manifesta. Qual o critério de seleção, o de maior repercussão na mídia? ¹⁰⁶

Se não bastassem estas considerações, o inciso IV do artigo 2º da resolução em comento e o artigo 15 e seu parágrafo único, prevêm que o Ministério Público pode promover fundamentadamente o respectivo arquivamento de qualquer peça de informação¹⁰⁷. Pelo que se infere da mencionada resolução, o Ministério Público poderá arquivar qualquer investigação criminal, inclui-se aí até mesmo o inquérito policial, sem a anuência do poder judicante, o que não se concebe atualmente, em face das disposições da norma processual penal, pois assim estaria concentrando em suas mãos o poder de investigar, de fiscalizar e de julgar. Comunga deste mesmo entendimento Cezar Roberto Bitencourt, quando enfatiza:

Poderes e atribuições privativos do Poder Judiciário também foram invadidos pela referida Resolução. Autoriza-se o órgão Ministerial a promover o arquivamento do “procedimento investigatório criminal” sem qualquer controle por parte do judiciário.

[...]

Resta claro, pelo texto citado, que o Ministério Público pretende afastar de suas atividades investigatórias (por que, *venia concessa*, de poder não se trata) o crivo do próprio Poder Judiciário, numa afronta gigante ao texto constitucional. Seria o *Parquet* um super poder, superior aos Três Poderes da República? Pode não ser, mas que parece, parece.¹⁰⁸

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 379.

¹⁰⁷ Vide art. 2º da resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 2º Em poder de quaisquer peças de informação, o membro do Ministério Público poderá: IV – promover fundamentadamente o respectivo arquivamento;”

Vide art. 15 da resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 15 - Se o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento investigatório criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, promoverá o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente.

Parágrafo único. A promoção de arquivamento será apresentada ao juízo competente, nos moldes do art.28 do CPP, ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente”.

¹⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade da resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 170, jan. 2007, p. 12.

De acordo com os artigos 4º e 5º da resolução nº. 13/2006, o procedimento investigatório criminal será instaurado por portaria e comunicado, imediatamente, ao chefe do Ministério Público.¹⁰⁹

O que se deduz desses artigos é que apenas um controle interno incidirá sobre os membros do Ministério Público. Este órgão estaria acima de qualquer suspeita? Quem procederia o controle externo das suas investigações? Comunga desse entendimento Luís Roberto Barroso, que afirma: “Não é desimportante lembrar que a Polícia sujeita-se ao controle do Ministério Público. Mas se o Ministério Público desempenhar, de maneira ampla e difusa, o papel da Polícia, quem irá fiscalizá-lo?”¹¹⁰

José Carlos Fragoso afirma a impossibilidade do Ministério Público “acumular as funções de investigador e de instituição encarregada da promover a persecução criminal”. Para ele, um acúmulo de atribuições, além de ser ilegal e inconstitucional, é perigoso e absolutamente inconveniente, pois dá lugar a abusos intoleráveis pelo excesso de poder.¹¹¹

Para o mesmo autor, mesmo os leigos entendem o extremo perigo de acumular tantos poderes nas mãos no Ministério Público, e destaca o seguinte trecho do editorial publicado pelo jornal O Estado de S. Paulo, na edição do dia 08.06.1999, intitulado “Os limites do Ministério Público”:

O Ministério Público, que emergiu da Constituição de 1988 com novos e maiores poderes, tem um importante papel a cumprir na defesa da lei e, principalmente, na moralização da administração pública. Não pode, porém, constituir-se num Quarto Poder, sem qualquer controle, expandindo suas

¹⁰⁹ Vide art. 4º da resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 4º O procedimento investigatório criminal será instaurado por portaria fundamentada, devidamente registrada e autuada, com a indicação dos fatos a serem investigados e deverá conter, sempre que possível, o nome e a qualificação do autor da representação e a determinação das diligências iniciais.

Parágrafo único. Se, durante a instrução do procedimento investigatório criminal, for constatada a necessidade de investigação de outros fatos, o membro do Ministério Público poderá aditar a portaria inicial ou determinar a extração de peças para instauração de outro procedimento”.

Vide art. 5º da resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 5º Da instauração do procedimento investigatório criminal far-se-á comunicação imediata e escrita ao Procurador-Geral da República, Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral de Justiça Militar ou ao órgão a quem incumbir por delegação, nos termos da lei”.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público*. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível na Internet em: <http://ccr2.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs/textos/interesses/investigacao_MP.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2010, p. 18.

¹¹¹ FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, jan.-mar. 2002, p. 244.

atribuições e margem de arbítrio ao sabor da interpretação pessoal que os procuradores fazem da lei. Os procuradores brasileiros gostam de seguir o exemplo dos procuradores italianos- que, contrário dos daqui, são autoridades judiciárias-, que conduziram a Operação Mãos Limpas. Devem, portanto, cuidar de não ultrapassar, com seu zelo, os limites da lei e a fronteira dos direitos individuais para não anular com abusos, como fizeram vários de seus colegas italianos, um esforço sério de moralização da vida pública.¹¹²

Antônio Evaristo de Moraes Filho ensina que em relação à atribuição pra conduzir investigações preliminares há dois sistemas principais: o inglês, pelo qual a incumbência é da polícia; e o continental, que confia essa competência integralmente ao Ministério Público. Nesse contexto, o referido autor esclarece que o novo código italiano, que incorporou o sistema continental, instituiu a figura do *giudice per le indagini preliminari*, incumbido de manifestar-se sobre certas questões de natureza probatória, competente para examinar o pedido de arquivamento e para decidir sobre a abertura da ação penal, após uma audiência preliminar em que há o contraditório, com possibilidade de colheita de novas provas. A presença deste juiz, que não pode prosseguir funcionando nas etapas ulteriores do processo, é forma de controlar, indiretamente a atuação do Ministério Público.¹¹³

A referida resolução confere ao Ministério Público o poder de realizar diligências no curso das investigações. O artigo 6º, inserto no capítulo III, quando trata da instrução, enumera vários passos dentro da investigação. Dentre eles, dois merecem maior ênfase:

III – requisitar informações e documentos de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral;

IX – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública.

¹¹² FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, jan.-mar. 2002, p. 251.

¹¹³ MORAIS FILHO, Antonio Evaristo. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 106 e 107, jul/set 1997.

A Lei Maior protege a intimidade e a vida privada, consagradas como direitos fundamentais no art. 5º, X¹¹⁴. O sigilo bancário é espécie de direito à privacidade e está sujeito à cláusula de reserva jurisdicional. Assim, a sua quebra compete exclusivamente ao Poder Judiciário e exclui qualquer outro órgão estatal para a prática deste ato. Neste sentido, o Ministério Público não pode promover diretamente a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa, haja vista a imperiosa necessidade de autorização do poder judicante. A este respeito o STF pronunciou-se, determinando que a norma constitucional do art.129, VIII não autoriza o Ministério Público quebrar sigilo bancário de alguém.¹¹⁵

Muitos autores são partidários de que não se pode conceber ao *Parquet* conduzir a investigação criminal que julgar conveniente e ao mesmo tempo conferir-lhe amplos e irrestritos poderes para vasculhar a vida privada de quem quer que seja sem a devida autorização do Poder Judiciário, sob pena de haver o rompimento do equilíbrio processual.¹¹⁶

O inciso X do artigo 6º¹¹⁷ da referida resolução faculta ao Ministério Público requisitar força policial, mas para que, se ele pretende investigar, intimar testemunhas, realizar oitivas, determinar vistorias e requisitar a condução coercitiva de testemunhas? Será que o Ministério Público pretende instituir, por meio desta resolução, a subordinação da Polícia Judiciária?

A respeito dos prazos para o término das investigações, o artigo 12 da resolução nº. 13 do CNMP estabelece que o procedimento investigatório criminal deve ser

¹¹⁴ Vide art. 5º da resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹¹⁵ O STF já se pronunciou sobre a necessidade de autorização judicial para quebra de dados. - CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I. - A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. - R.E. não conhecido.(RE 215301 / CE – CEARÁ, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO).

¹¹⁶ GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. *A Resolução nº. 13 do CNMP atribui poderes investigatórios ao Parquet*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9242&p=1>>. Acesso em 20 maio 2007.

¹¹⁷ Vide art. 6º da resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 6º Sem prejuízo de outras providências inerentes à sua atribuição funcional e legalmente previstas, o membro do Ministério Público, na condução das investigações, poderá: X – requisitar auxílio de força policial”.

concluído no prazo de 90 (noventa dias), e pode ser prorrogado, sucessivamente, pelo próprio membro do Ministério Público que conduz a investigação.¹¹⁸

Isto nos remeteria a uma situação em que o membro do Ministério Público que conduzisse uma determinada investigação seria o senhor absoluto dela. O procedimento investigatório poderia terminar no momento em que lhe fosse conveniente, pois não haveria nenhum prazo estabelecido para o seu término e nenhum controle seria exercido sobre ele. Esta situação dá margem a abusos, que não seriam sequer percebidos, pois suas ações estariam imunes a qualquer tipo de fiscalização. Assim, é forçoso concluir que ninguém está acima de qualquer suspeita, por mais credibilidade que a pessoa ou a instituição tenham.

É imperioso que se atente para as disposições do artigo 10º do Código de Processo Penal, que preceitua que o inquérito policial deverá terminar no prazo máximo de 10 dias se o indiciado estiver preso em flagrante ou estiver preso preventivamente, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.¹¹⁹

Veja que a resolução em análise altera norma processual penal, dilatando, indefinidamente, ao seu alvedrio, o prazo para conclusão da investigação criminal, permitindo com esse procedimento que suas ações possam ser colocadas sob suspeita, principalmente, quando se tratar de investigações delicadas e de grande repercussão, pois não haverá quem possa exigir do Ministério Público uma ação rápida e eficaz. Não se trata de uma crítica à conduta de seus representantes, mas apenas lembrar que qualquer ser humano é falível, conseqüentemente, nenhum órgão, por mais sério e austero que seja, prescindia do controle dos seus próprios atos.

Neste sentido, Dotti se manifesta:

O chamado Procedimento Administrativo Investigatório do Ministério Público (ou designação equivalente) ofende o princípio do devido processo legal porque:

¹¹⁸ Vide art. 12 da resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 12 - O procedimento investigatório criminal deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, permitidas, por igual período, prorrogações sucessivas, por decisão fundamentada do membro do Ministério Público responsável pela sua condução”.

¹¹⁹ Vide art. 10 da resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 10 - O inquérito deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela”.

- a) não há prazo de encerramento;
- b) não há controle jurisdicional;
- c) o indiciado ou suspeito não tem a faculdade de requerer diligência, em atenção ao princípio da verdade material;
- d) o sigilo do procedimento é a regra e não a exceção como prevê o CPP;
- e) um procedimento administrativo formal (portaria, autuação, juntada de documentos, registro de informações, colheita de depoimentos e de outros elementos de prova, etc.) para ter força cogente e suscetível de expedir notificações e intimações – inclusive para suspeitos e indiciados, determinando comparecimento – exige a previsão legislativa para o seu funcionamento regular, em obediência aos princípios do **devido processo legal** – no plano geral (CF, art. 5.º, LV)¹²⁰ – e da **legalidade** – no plano pessoal (CF, art. 5.º, II)¹²¹;
- f) um procedimento administrativo formal (para investigar crimes) não pode ser objeto de lei estadual, frente à regra constitucional que defere à União, em caráter privativo, a competência para legislar sobre direito processual (art. 22, I)¹²², [grifos no original].¹²³

3.2 Jurisprudência pertinente

A Suprema Corte se posicionou, pela primeira vez, sobre o assunto no RE 205.473-9. Em votação unânime foi estabelecido que as investigações criminais são de competência da Polícia Judiciária:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese

¹²⁰ Vide art. art. 5º da Constituição: “Art. 5.º [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

¹²¹ Vide art. 5º da Constituição: “Art. 5.º [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹²² Vide art. 22 da Constituição: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

¹²³ DOTTI, René Ariel. O Desafio da Investigação Criminal. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 138, maio 2004, p. 8.

envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II - R.E. não conhecido.¹²⁴

O Ministro Carlos Veloso, relator do acórdão, afirmou em seu voto que se fosse possível a investigação criminal pelo Ministério Público, haveria uma Polícia Judiciária paralela:

A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF, deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, VIII, CF). De outro modo, haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF, segundo o qual o MP deve exercer, conforme Lei Complementar, o controle externo da atividade policial. [...] Não compete ao Procurador da República, na forma do disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, assumir a direção das investigações, substituindo-se à autoridade policial, dado que, tirante a hipótese inscrita no inc. III do art. 129 da CF, não lhe compete assumir a direção das investigações tendentes à apuração de infrações penais (CF, art. 144, §§ 1º e 4º).¹²⁵

O Supremo Tribunal Federal também enfrentou a questão no RE 233072-4¹²⁶, que decidiu trancar ação penal proposta com base em inquérito administrativo instaurado e realizado no âmbito do *Parquet*. Extrai-se de sua ementa que o Ministério Público não tem competência “para produzir inquérito penal sob argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos”.

No RHC 81.326-7¹²⁷ foi prolatada decisão no sentido de que o Ministério Público não possui atribuições para realizar, diretamente, investigação criminal. A ementa afirma que Constituição Federal “não contemplou a possibilidade do *Parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial”.

Por ser bastante ilustrativo, transcreveremos, a seguir, trecho do voto do Min. Nélson Jobim, no julgamento deste processo:

¹²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.ª Turma, RE 205.473-9-AL, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* 19.03.1999, *Ementário* 1943-2.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma, RE 233072, rel. Min. Néri da Silveira. Rio de Janeiro – RJ, 18 maio 1999. DJ de 03.5.2002, p. 22.

¹²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.ª Turma, HC 81.326-7-DF, rel. Min. Nélson Jobim, *DJU* 1º.08.2003, *Ementário* 02117-42.

Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do controle externo da polícia civil, o processo da instrução presidido pelo Ministério Público voltou a ser debatido. Ao final, manteve-se a tradição. O Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao Ministério Público a supervisão, avocação e o acompanhamento da investigação criminal. A Constituição Federal assegurou as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais à polícia civil (CF, art. 144, § 4.º).¹²⁸

Mais uma vez o posicionamento do Min. Nélon Jobim:

Na esfera infraconstitucional, a Lei Complementar 75/93, cingiu-se aos termos da Constituição no que diz respeito às atribuições do Ministério Público (arts. 7.º e 8.º). Reservou-lhe o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII).¹²⁹

O Pleno do STF analisou a matéria no Inquérito 1.968/MA em 2003, que envolvia como suspeito um deputado federal. Foram proferidos votos favoráveis à tese do MP pelos Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Carlos Britto. Marco Aurélio e Nélon Jobim julgaram em sentido contrário. Contudo, com a extinção do mandato parlamentar, os autos foram remetidos à Justiça federal do Maranhão, impossibilitando uma posição definitiva do STF sobre o assunto.¹³⁰

Atualmente, o plenário do STF encontra-se novamente reunido para definir a questão no *Habeas Corpus* (HC 84548)¹³¹ relativo ao empresário Sérgio Gomes da Silva, o Sombra, que é acusado de ser o mandante do assassinato do ex-prefeito de Santo André (SP), Celso Daniel, ocorrido em janeiro de 2002.

O empresário foi denunciado por homicídio triplamente qualificado com base em investigações realizadas pelo Ministério Público. Mas a defesa sustenta a tese de que são inconstitucionais as apurações de infrações penais pelo *Parquet* e pede que a ação penal aberta contra Sombra seja arquivada ou que, pelo menos, todos os atos de investigação do Ministério Público sobre o caso sejam anulados.

¹²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Nélon Jobim no RHC 81326/DF, Relator o Ministro Nélon Jobim, julgado em 01 de março de 2005.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, Inq 1968. Rel. Min. Marco Aurélio.

¹³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, HC 84548, rel. Min. Marco Aurélio.

O relator do habeas, Ministro Marco Aurélio, e o Ministro Sepúlveda Pertence já proferiram seus votos. O primeiro aponta para a inconstitucionalidade das investigações realizadas pelo Ministério Público, mas Pertence se posiciona a favor delas.

Para o Ministro Marco Aurélio, no caso Celso Daniel, “a sobreposição notada, procedendo o Ministério Público, a um só tempo, à investigação e à propositura da ação penal, não se coaduna com a ordem jurídica em vigor”.¹³²

O citado Ministro afirma ainda que o Ministério Público atua em papel de relevo, como que, capitaneando a atividade policial, mas não deve substituí-la. Para ele não há como proceder à leitura ampliada dos incisos VII e VIII do artigo 129 da Lei Maior, “sob pena de se chegar a conflito com o texto da Carta da República sobre o papel investigatório das polícias, transmudando-se o denominado inquérito policial, para utilizar a expressão leiga, em inquérito ministerial, como ocorreu no caso presente”.¹³³

O Ministro concluiu pela insubsistência dos dados levantados pelo Ministério Público, pois, para ele, são exercidos à margem da competência que lhe é conferida pela Carta da República. Ele explica que as investigações “deveriam ter sido implementadas pela polícia civil, e não pelo próprio Ministério Público, parte na ação penal, Estado-acusador”.¹³⁴

O pedido de vista do ministro Cezar Peluso suspendeu o julgamento.

Recentemente, porém, ao julgar o HC 91.661/PE, a 2ª Turma do STF decidiu ser possível ao MP investigar diretamente¹³⁵. A Ministra Ellen Gracie, ao proferir seu voto, se manifesta da seguinte maneira:

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

¹³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Marco Aurélio, HC nº. 84548, Relator o Min. Marco Aurélio.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª turma, HC 91.661/PE, Relª Min. Ellen Gracie, J. 10.03.2009, DJe de 02.04.2009.

oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia.

Cabe ressaltar, que , no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público”.¹³⁶

No dia 27.10.1009 três casos foram decididos pela 2ª Turma da Corte Suprema, o HC 90.099¹³⁷, o HC 87. 610¹³⁸ e o HC 94. 173¹³⁹, todos relatados pelo Ministro Celso de Mello, que confirma o poder de investigação pelo Ministério Público.

No Superior Tribunal de Justiça predomina o entendimento de que o *Parquet* tem competência para investigar na esfera criminal¹⁴⁰. Contudo, é importante expender o entendimento da Ministra Maria Thereza de Assis Moura no sentido de que a atuação ministerial se justifica apenas em situações excepcionais, quando representantes da própria polícia são investigados, pois não se pode esperar a isenção necessária de seus próprios crimes¹⁴¹. Ademais, o Ministro Celso Limongi alerta para a possibilidade de abuso na condução de investigações realizadas pelo Ministério Público sem qualquer controle: “Em princípio, é legítima a investigação preliminar do Ministério Público objetivando reunir elementos necessários ao oferecimento da denúncia, mas **ressalvo que a investigação, sem nenhuma fiscalização por outro órgão, pode levar a abusos**”.¹⁴²

Apesar de ser dominante no STJ a tese de que o Ministério Público pode investigar, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro destacou a importância da separação das

¹³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto da Ministra Ellen Gracie no HC 91.661/PE, julgado em 02 de abril de 2009.

¹³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma, HC 90.099, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 27 de out. 2009. DJ de 03.12. 2009.

¹³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma, HC 87.610, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 27 de out. 2009. DJ de 04.12.2009.

¹³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma, HC 94.173, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 27 de out. 2009. DJ de 27.11.2009.

¹⁴⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 20.020/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, J. 02.09.2004, p. 303; RHC 15.507/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, J. 01.04.2004, DJ de 24.05.2004, p. 302; HC 12685/MA, Rel. Min. Gilson Dipp, J. 03.04.2001, DJ de 11.06.2001, p. 240; HC 7.445/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, J. 01.12.1998, DJ de 01.02.1999, p. 218.

¹⁴¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 57118, Rel. Min. Maria Tereza de Assis Moura, J. 01.10.2009, DJ de 19.10.2009..

¹⁴² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 23302, Rel. Min. Celso Limongi , J. 16. 04. 2009, DJ de 11.05.2009.

funções de investigar e acusar, afirmando a possibilidade de parcialidade.¹⁴³ O Ministro William Patterson compreende que não é conferido o poder de investigar ao *Parquet*¹⁴⁴:

A requisição de diligências investigatórias que cuida o art. 129, VIII, CF, deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, CF). De outro modo, haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VII, CF, segundo o qual o MP deve exercer, conforme lei complementar, o **controle externo** da atividade policial. (grifo original)

O tema é bastante polêmico e há decisões conflitantes nos Tribunais pátrios. O Supremo Tribunal Federal enfrenta o tema em decisões proferidas por Turmas e não pelo Plenário. Dessa forma, aguarda-se no cenário jurídico a decisão do HC 84548, que trará uma posição definitiva da Corte Suprema a respeito da constitucionalidade das investigações realizadas diretamente pelo Ministério Público.

3.3 Ineficiência da Polícia Judiciária como justificção da atuação ministerial?

Com a publicação da resolução nº. 13/2006 o Ministério Público sustenta o seu interesse em conduzir a investigação criminal e alguns de seus representantes, com a utilização da mídia, alardeiam que a sua faculdade de poder investigar é um grande avanço jurídico.

No programa “Canal Livre” da TV Bandeirantes, no dia 15 de junho de 2007, a procuradora Janice Ascari, autora da resolução em comento chegou a dizer que se a tese de investigação pelo Ministério Público for vencida na Corte Suprema, “o STF vai ser diretamente responsável pela impunidade neste país”.

A citada procuradora justifica a tese do Ministério Público poder conduzir a investigação criminal quando atribui a impunidade no país ao mau funcionamento da Polícia Judiciária.

Contudo, Luís Roberto Barroso, em parecer solicitado pelo Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos, alerta para a necessidade da

¹⁴³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 4.769/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, J. 07.11.1995, DJ de 06.05.1996, p. 14474.

¹⁴⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 76.171/AL, 6ª Turma, Rel. Min. William Patterson, J. 13.02.1996, DJ de 13.05.1996, p.15582.

obrigação dos militantes de direitos humanos encararem com realismo as fórmulas alternativas.¹⁴⁵

José Afonso da Silva afirma que o fato de a polícia estar na linha de frente da investigação criminal contribui para a contaminação de alguns de seus elementos, mas, para ele, não é garantido que, se o Ministério Público assumisse tal condição, ficaria imune aos mesmos riscos.¹⁴⁶

Neste sentido, é importante transcrever uma passagem do parecer que Luís Roberto Barroso ofereceu ao Secretário Especial dos Direitos Humanos, Min. Nilmário Miranda:

Sem a pretensão de uma elaboração sociológica mais sofisticada, e muito menos de empreender qualquer juízo moral, impõe-se aqui uma reflexão relevante. No sistema brasileiro, é a polícia que atua na linha de fronteira entre a sociedade organizada e a criminalidade, precisamente em razão de sua função de investigar e instaurar inquéritos criminais. Por estar à frente das operações dessa natureza, são os seus agentes os mais sujeitos a protagonizarem situações de violência e a sofrerem o contágio do crime, pela cooptação ou pela corrupção. O registro é feito aqui, porque necessário, sem incidir, todavia, no equívoco grave da generalização ou da atribuição abstrata de culpas coletivas.¹⁴⁷

Assim sendo, para Luís Roberto Barroso¹⁴⁸, é uma ilusão que as ações levadas a efeito pelo Ministério público, no papel que hoje cabe à polícia, manteria o *Parquet* imune aos mesmos riscos de arbitrariedades, abusos, violência e contaminação.

A este respeito, é aconselhável recordar o exemplo italiano. A atuação dos procuradores italianos na chamada Operação Mãos Limpas combateu os crimes mafiosos com inequívoco sucesso. No entanto, o Procurador Di Pietro, o mais destacado membro do

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público*. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível na Internet em: <http://ccr2.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_textos_interesses/investigacao_MP.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2010, p. 18.

¹⁴⁶ SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 370.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op.cit., p. 17.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 18.

Ministério Público italiano, teve de renunciar ao cargo em consequência de denúncias sobre desvio de poder. Assim também se deu com procuradores na Sicília.¹⁴⁹

Para José Afonso da Silva a suposição do parecer de Luís Roberto Barroso é demonstrada na prática.¹⁵⁰

De todo o exposto, o que se conclui é que em busca da maior eficácia nas investigações criminais é necessário que Polícia e Ministério Público deixem de lado as disputas e aprendam a trabalhar em conjunto, de maneira integrada, em estreita colaboração, contribuindo para que a coleta da prova se conduza de forma harmônica, de modo a propiciar aos membros do *Parquet* elaborar uma denúncia sem o complemento de diligências futuras, tudo no interesse da sociedade, que pugna por uma justiça mais rápida e eficiente.

Desta forma, seriam dois órgãos e duas mentes diferentes justapondo-se para coibir a ameaça iminente do crime organizado, em especial o tráfico de drogas, que hoje já não tem fronteiras e limites, pois sob sua ótica tudo é válido.

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 370.

¹⁵⁰ *Ibidem* p. 370.

CONCLUSÃO

Diante dos pensamentos expostos, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro não confere atribuição ao Ministério Público para realizar investigação criminal diretamente.

As investigações realizadas pelo *Parquet* na esfera penal são inconstitucionais, pois a apuração criminal é competência exclusiva da Polícia Judiciária e a presidência da investigação pelo MP é incompatível com a função de controle externo que ele exerce sobre as polícias. Para os doutrinadores que defendem esta tese, seria nitidamente inconstitucional qualquer lei ordinária ou complementar que atribuísse a investigação criminal a qualquer outra autoridade, órgão ou instituição que não seja a Polícia Judiciária.

Existem doutrinadores que acreditam que as apurações de infrações penais pelo Ministério Público encontram respaldo no artigo 129, IX da Constituição Federal, quando esta norma prescreve que compete ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade. A Carta Magna estabelece que somente através de lei complementar podem ser conferidas atribuições ao Ministério Público, mas não se vislumbra em qualquer lei complementar prerrogativa para que este órgão possa apurar ilícitos penais.

Estudiosos do direito suscitam que pode haver parcialidade do Ministério Público na apuração de fatos tidos como criminosos, pois ele figurará como parte acusatória na futura ação penal. Também existe o risco da busca orientada de provas na fase de investigação, podendo ferir o princípio de igualdade de armas no processo penal.

Observa-se assim que os partidários desta tese são verdadeiros guardiões do direito e com ele se comprometem, quando suscitam o perigo de se conferir aos membros do Ministério Público o direito de investigar na fase inquisitorial, como se fossem autoridades policiais, para mais tarde oferecerem a denúncia com base em provas que eles mesmos

colheram, à margem da defesa, ficando expostos aos mesmos riscos e arbitrariedades, abusos e violências suscetíveis a qualquer investigador.

Corroborando as reflexões acima, é relevante trazer, neste momento, o que ocorreu no Ministério Público de São Paulo, quando um delegado da Polícia Federal, um despachante e uma empresa de segurança privada foram investigados, por membros do MP, com base em carta anônima, durante 5 (cinco) anos.¹⁵¹

A investigação tramitou à margem dos acusados e da própria justiça federal e foi denominada de investigação secreta, uma vez que não foi submetida a nenhum controle. O próprio Magistrado que prolatou a sentença que arquivou os autos nº 2009. 61.81004404- 7 assim se pronunciou:¹⁵²

(i) O procedimento não esteve subordinado a nenhum órgão externo de controle;

(ii) O procedimento adotado não tem forma nem figura de juízo, sem previsão legal;

(iii) O procedimento, sem controle de prazos, foi levado a cabo sem o consentimento dos investigados, que durante 5 anos, ficaram a mercê do modelo persecutório estribado unicamente em ato de vontade pessoal de órgão estatal;e,

(iv) O procedimento iria ao arquivo sem deixar rastros em qualquer registro de natureza pública.

Assim, compete ao *Parquet* exercer o controle externo da polícia judiciária, acompanhar os inquéritos penais e requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e não se arvorar em investigador policial.

A competência para a apuração de infrações penais, como regra, é da Polícia Judiciária, consoante os ditames constitucionais. Alguns juristas argumentam que a instituição policial não detém o monopólio das investigações, mas todas as exceções pertinentes à investigação estão descritas expressamente no texto constitucional e nenhuma delas contempla o Ministério Público com tal prerrogativa.

¹⁵¹ CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-16/mpf-sp-manteve-segredo-investigacao-baseada-carta-anonima>>.

¹⁵² Ibidem.

Portanto, a resolução nº. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, que lhe confere competência para investigar criminalmente através do “procedimento investigatório criminal” é inconstitucional. Este procedimento modifica dispositivos do Código de Processo Penal e atua paralelamente ao inquérito policial, sem definição de quando um ou outro será utilizado na apuração de ilícitos na esfera penal.

A constitucionalidade das investigações pelo Ministério Público será definida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 84548, alusivo ao empresário Sérgio Gomes da Silva, o Sombra, que é acusado de ser o mandante do assassinato do ex-prefeito de Santo André (SP), Celso Daniel. O relator do *habeas*, o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Sepúlveda Pertence já proferiram seus votos. O primeiro se posiciona contra a apuração de infrações penais pelo Ministério Público e o segundo a favor delas.

Outro argumento suscitado por diversos tratadistas de direito para fundamentar a investigação criminal pelo *Parquet* é a ineficiência da Polícia Judiciária, mas este fracasso não pode ser atribuído apenas à polícia, uma vez que compete ao Ministério Público exercer o seu controle externo. No momento, o mais coerente não é encontrar culpados pelos desacertos e sim soluções plausíveis para que as duas instituições aprendam a trabalhar em conjunto, com respeito mútuo e em estreita colaboração.

REFERÊNCIAS

Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=211546&tip=UN¶m>. Acesso em 10 jun. 2007.

Disponível em: <http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/noticias/detalhe.php?id=110>. Acesso em 10 jun. 2007.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer 102.446/2009, juntado à ADI 4.271 proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil no STF, pag. 12 e 13, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-24/agu-poder-investigatorio-ministerio-publico>.

BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público*. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível na Internet em: http://ccr2.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_textos_interesses/investigacao_MP.pdf. Acesso em: 18 abr. 2010.

BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública. Papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade da resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 170, jan. 2007.

CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-16/mpf-sp-manteve-segredo-investigacao-baseada-carta-anonima>.

COSTA, Priscyla. *Ação penal: Conselho adia discussão sobre poder de investigação do MP. Consultor Jurídico*, 4 de setembro de 2006. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/48009,1>. Acesso em 20 fev. 2007.

DOTTI, René Ariel. O Desafio da Investigação Criminal. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 138, maio 2004.

ERDELYI, Maria fernanda. *Poder presumido: Conselho aprova regras para MP fazer investigação*. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/48866,1>. Acesso em: 20 fev. 2007.

- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, jan.-mar. 2002.
- GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. *A Resolução nº 13 do CNMP atribui poderes investigatórios ao Parquet*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9242&p=1>>. Acesso em 20 maio 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 145, dez. 2004.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Poderes investigatórios do Ministério Público*. *Boletim do IBCCrim*, Editorial, São Paulo, n. 135, fev. 2004.
- KAC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LOPES Jr., Aury Lopes. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LOPES, Fábio Motta. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, ano X, nº 57, ago-set 2009.
- MAZZILLI, Hugo Nigro *apud* KAC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MORAIS FILHO, Antonio Evaristo. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 107, jul/set 1997.
- MORENO JÚNIOR, Waldemar. A Crise na investigação criminal. *Revista Phoenix Magazine*. Edição nº VIII, out./nov./dez.2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. HC 440.810-3/7, 1.^a Câmara Criminal Extraordinária. Relator: Des. Marco Antônio. 18 de fevereiro de 2004. In: *Boletim do IBBCrim*, São Paulo, n. 139, Jurisprudência, p. 807, jun. 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 376, jul.-ago. 2004.

SOBRINHO, Raymundo Cortizo. As ilegalidades da resolução n° 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Revista Phoenix Magazine*. Edição n° VIII, p. 76 out./nov./dez.2006.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 20.020/SP, 5^a Turma, Rel. Min. Félix Fischer, J. 02.09.2004, p. 303; RHC 15.507/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, J. 01.04.2004, DJ de 24.05.2004, p. 302; HC 12685/MA, Rel. Min. Gilson Dipp, J. 03.04.2001, DJ de 11.06.2001, p. 240; HC 7.445/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, J. 01.12.1998, DJ de 01.02.1999, p. 218.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 57118, Rel. Min. Maria Tereza de Assis Moura, J. 01.10.2009, DJ de 19.10.2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 76.171/AL, 6^a Turma, Rel. Min. William Patterson, J. 13.02.1996, DJ de 13.05.1996, p.15582.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 23302, Rel. Min. Celso Limongi, J. 16. 04. 2009, DJ de 11.05.2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 4.769/PR, 6^a Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, J. 07.11.1995, DJ de 06.05.1996, p. 14474.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Voto do Ministro Nelson Jobim no Recurso Extraordinário n°. 233.072-4/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgada em 19 de março de 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.^a T., HC 81.326-7-DF, rel. Min. Nélson Jobim, *DJU* 1º. 08.2003, *Ementário* 02117-42.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.^a T., RE 233.072-4-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* 03.05.2002, *Ementário* 2067-2.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.^a Turma, RE 205.473-9-AL, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* 19.03.1999, *Ementário* 1943-2.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.^a Turma, HC 87.610, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 27 de out. 2009. DJ de 04.12.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.^a Turma, HC 90.099, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 27 de out. 2009. DJ de 03.12. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.^a turma, HC 91.661/PE, Rel^a Min. Ellen Gracie, J. 10.03.2009, DJe de 02.04.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.^a Turma, HC 94.173, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 27 de out. 2009. DJ de 27.11.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.^a Turma, RE 233072. Relator: Min. Néri da Silveira. Rio de Janeiro – RJ, 18 maio 1999. DJ de 03.5.2002, p. 22.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Parecer do Procurador-Geral, Dr. Juarez Tavares, citado no voto do ministro Néri da Silveira no Recurso Extraordinário nº. 233.072-4/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgada em 19 de março de 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, HC 84548, rel. Min. Marco Aurélio.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, Inq 1968. Rel. Min. Marco Aurélio.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto da Ministra Ellen Gracie no HC 91.661/PE, julgado em 02 de abril de 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Marco Aurélio, HC nº. 84548, Relator o Min. Marco Aurélio.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Nelson Jobim no Recurso Extraordinário nº. 233.072-4/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgada em 19 de março de 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Nélson Jobim no RHC 81326/DF, Relator o Ministro Nélson Jobim, julgado em 01 de março de 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Néri da Silveira no Recurso Extraordinário nº 233.072-4/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgada em 19 de março de 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEI 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.

LEI COMPLEMENTAR 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União.