

FERNANDO HENRIQUE SANTOS MARTINEZ

O PODER INVESTIGATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
direito do Centro Universitário de Brasília

Orientador: George Leite

BRASÍLIA

2009

RESUMO

A Constituição Federal confere à polícia judiciária a função de investigação criminal, sendo realizada, primordialmente, pelo inquérito policial. O inquérito policial é onde se busca a materialidade do fato e indícios de autoria. Neste panorama o *Parquet* tem atuado na investigação criminal, que é o meio onde são colhidas as provas para resolver um crime. Também atribuiu ao Ministério Público, outras funções, como a promoção privativa da ação penal pública, a requisição de diligências investigatórias e o controle externo da atividade policial. O trabalho visa discutir a possibilidade de o Ministério Público atuar na investigação criminal por ser o titular da ação penal. Iniciando-se pelo estudo do Ministério Público demonstrando suas funções e peculiaridades. No segundo capítulo será abordado o inquérito policial, a investigação criminal e a polícia judiciária, principal órgão que realiza a função. No terceiro capítulo trabalhará os sistemas processuais e qual o sistema adotado no Brasil. O último capítulo buscará mostrar a possibilidade de investigação pelo Ministério Público, por meio de pontos relevantes, tanto doutrinários como jurisprudenciais.

Palavra-chave: Ministério Público; investigação criminal; legitimidade; polícia judiciária.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1	MINISTÉRIO PÚBLICO
1.1	Conceito e Características Básicas
1.2	Origens
1.2.1	Ministério Público no Brasil
1.3	Princípios institucionais do Ministério Público
1.3.1	Princípio da unidade.....
1.3.2	Princípio da Indivisibilidade
1.3.3	Princípio da indisponibilidade.....
1.3.4	Princípio da Independência e Autonomia Funcional
1.3.5	Princípio do Promotor Natural
1.4	Funções Institucionais do Ministério Público
1.5	Garantias e Prerrogativas
1.5.1	Vitaliciedade.
1.5.2	Inamovibilidade.....
1.5.3	Irredutibilidade de subsídios
2	INQUÉRITO POLICIAL
2.1	Investigação Criminal
2.2	Breve introdução
2.3	Conceito
2.4	Natureza Jurídica.....
2.5	Finalidade
2.6	Características
2.6.1	Inquisitivo
2.6.2	Sigiloso.....
2.6.3	Discricionariedade.....
2.6.4	Outras características mencionadas pelos autores.....
2.7	Persecutio Criminis
2.8	Notitia criminis.....
2.8.1	Delatio criminis
2.9	Arquivamento.....
2.10	Polícia Judiciária
2.11	Prazos
3	SISTEMA PROCESSUAL PENAL
3.1	Introdução
3.2	Sistema acusatório.....
3.3	Sistema Inquisitivo.....
3.4	Sistema misto
3.5	Sistema Brasileiro
4	O MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
	39
4.1	Teorias da investigação criminal realizada pelo ministério público
4.1.1	Argumentos contrários

4.1.2	Argumentos favoráveis	40
4.2	Titularidade da ação penal e os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade	42
4.3	Artigo 144 da Constituição Federal e a atribuição da polícia judiciária no poder de investigar	44
4.4	Princípio do devido processo legal e a investigação criminal direta realizada pelo Ministério Público	46
4.5	Art. 129 da Constituição Federal e as atribuições relacionadas à investigação criminal	48
4.6	Necessidade de Regulamentação	50
4.7	Jurisprudência	51
CONCLUSÃO.....		56
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS		59

INTRODUÇÃO

A investigação criminal é uma fase pré-processual que busca averiguar indícios de autoria e a materialidade de um fato criminoso, para subsidiar o oferecimento da denúncia. A investigação atualmente é realizada principalmente pela Polícia Judiciária, mas o Ministério Público tem buscado aumentar a sua competência para atuar também na investigação criminal e reunir elementos para a propositura da ação penal da qual é titular, a partir do novo instituto criado pela Constituição de 1988.

O presente trabalho disserta sobre a possibilidade de o Ministério Público atuar de forma direta na investigação criminal, em virtude das funções que lhe foram atribuídas pela Constituição, ou se é exclusivo da Polícia Judiciária. Ainda não há jurisprudência defendida sobre a matéria, havendo divergência na doutrina.

Ao Estado compete atuar na persecução do crime, tendo o poder-dever de repreender e punir o infrator por meio da investigação criminal que busca a colheita de provas para a propositura da ação penal. Atualmente, há um esforço para buscar meios para reduzir a impunidade e o Ministério Público vem atuando no combate à criminalidade junto com a Polícia como titular da ação penal. O que decorreu do aumento das ocorrências criminosas, ensejando a necessidade de atuação unificada entre os organismos de combate ao crime.

A monografia é dividida em quatro capítulos. No primeiro aborda o papel do Ministério Público, tratando de pontos fundamentais de sua atuação, tais como: conceito, características, origem, princípios, funções institucionais, garantias e prerrogativas. Já o segundo tem como ponto de partida o inquérito policial que é o principal meio de investigação criminal, tratando de noções sobre a natureza jurídica, finalidade, características, hipóteses de arquivamento e prazos, para a sua conclusão há também há a menção da Polícia Judiciária

como órgão de apuração das infrações penais e de sua provável autoria. O terceiro capítulo trará o estudo sobre os sistemas processuais, analisando os três sistemas historicamente conhecidos. O último capítulo é o referencial principal da monografia abordando pontos mais relevantes sobre a possibilidade ou não de investigar o crime por parte do Ministério Público.

O método de pesquisa é exclusivamente centrado na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial do ponto de vista dogmático e instrumental, sendo estudados autores nacionais; e documental por meio das jurisprudências dos principais tribunais.

1 MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1 Conceito e Características Básicas

O Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Como preceitua a Constituição Federal, em seu artigo 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” É órgão independente do Poder Executivo, cujas funções só podem ser exercidas por integrantes da carreira.

Atualmente, a sua principal linha de atuação é promover a ação penal e fiscalizar a aplicação da lei, de acordo com o artigo 257 do Código de Processo Penal: “O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei.” Interpretando este dispositivo Mougnot afirma:

O Ministério Público é a chamada parte imparcial do processo, porquanto na defesa de interesses públicos ocupa o pólo ativo da ação penal, podendo, não obstante, quando o caso assim justificar, postular a absolvição do acusado. Figurando nos processos ora como fiscal da lei, ora como parte autora. Tem compromisso com a justiça, acima dos interesses parciais.¹

¹ BONFIN, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 417.

“Cabe à instituição a formulação da denúncia penal, tendo por suporte uma base empírica, a fim de que não se torne injusta persecução estatal”,² conforme asseverado na doutrina.

Vê-se claramente que o Ministério Público não apenas promoverá a ação penal, por meio da denúncia, mas é também o guardião da ordem pública. Cabe ao *Parquet* a defesa dos interesses do Estado e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

1.2 Origens

Não há certeza sobre a origem do Ministério Público. Alguns autores relatam a como sendo no Egito, alguns Esparta ou ainda em Roma. Costuma-se dizer que os seus precursores foram os Magiaí, há aproximadamente quatro mil anos a.C., no Egito antigo. “Eles eram incumbidos de denunciar as práticas criminosas aos magistrados constituídos legalmente”.³

“Nessa época, o comandante da cidade exercia o papel de acusador público, fazendo a função de o que hoje chamamos de Ministério Público”.⁴

“Esparta traz como origem o Éforos, como função de contrabalançar o poder senatorial e o poder real. Exerciam também o *jus accusationis*”.⁵

² AMARO, Mohamed. **Código de Processo Penal na expressão dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 302.

³ KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 7.

⁴ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal direta pelo Ministério Público**, Visão Crítica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, P. 125.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 2. 15ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, P. 297 e 298.

“Em Roma se vê o papel do Ministério Público, na forma dos procuradores dos imperadores romanos. Sua atuação se limitava à defesa dos interesses privados do príncipe em juízo e a administração de seu patrimônio particular”.⁶

Os autores são unânimes em apontar a França como sendo o berço do Ministério Público, tendo sua origem em 1302, quando Felipe IV reuniu os seus procuradores e advogados numa única instituição. Ali passaram a não mais defender apenas os interesses da Coroa e do rei e como também a defender os interesses públicos.

1.2.1 Ministério Público no Brasil

A origem do Ministério Público no Brasil está diretamente ligada às Ordenações Afonsinas, Manuelinas e as Filipinas. A Instituição como é hoje conhecida está diretamente ligada às leis portuguesas, sendo estes influenciados pelos franceses.

“As Ordenações Afonsinas têm grande influencia jurídica no Brasil, mesmo o Brasil ainda não tenha sido descoberto em tal época. Serviu de base para o nascimento da ordem jurídica brasileira”.⁷

“As Ordenações Manuelinas são as que se estabelecem a referência ao promotor de justiça”.⁸ “A partir de 1530 foram prescritos aos Procuradores dos Feitos do Rei

⁶ KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 10 e 11.

⁷ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**, Visão Crítica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, P. 126.

⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**, 2ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p. 15.

as obrigações de promoverem ações para a defesa dos respectivos interesses, sem a necessidade de mandato especial”.⁹

Nas Ordenações Filipinas os órgãos do Ministério Público português passaram a funcionar junto à casa de suplicações. Nesta fase tem o fim do feudalismo e a centralização de poder, tornando necessária a criação de uma instituição que defendesse o interesse público, como diz Marcos Kac:

Com o desaparecimento do feudalismo e a centralização do poder, a administração da justiça veio a ser identicamente centralizada, tornando-se necessária, pois, a criação de uma instituição pública que defendesse os interesses da sociedade, aparecendo desta feita o Ministério Público com os caracteres das jurisdições junto às quais funcionava.¹⁰

O Ministério Público como é considerado atualmente passou por várias fases até chegar o que é atualmente e isso demorou anos. Não sendo de uma hora pra outra que o *Parquet* alcançou seu patamar atual.

1.3 Princípios institucionais do Ministério Público

A Constituição Federal e a legislação elencam os princípios institucionais do Ministério Público, dos quais cita-se: a unidade, indivisibilidade, indisponibilidade e independência funcional. Pode-se ver expressamente citados três deles expressamente no artigo 127, parágrafo 1º, da Constituição Federal: São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Já a indisponibilidade é um princípio que é estabelecido na doutrina e em leis específicas. Outro princípio que vale

⁹ KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 93.

¹⁰ KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 94.

mencionar é o princípio do promotor natural, mesmo não estando na Constituição Federal é de plena importância.

1.3.1 Princípio da unidade

O Ministério Público se apresenta como uma só unidade, todos os seus membros exercem a mesma função. Cada órgão requer e fala por toda a instituição, como sendo uma única unidade, tendo cada membro a mesma função e sobre uma única direção. Alexandre de Moraes, diz que:

A unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção única de um só Procurador-Geral, ressalvando-se, porém, que só existe unidade dentro de cada Ministério Público, inexistindo entre o Ministério Público Federal e os dos estados, nem entre o de um estado e o outro, nem entre os diversos ramos do Ministério Público da União.¹¹

Como já foi citado por Alexandre de Moraes, não há que se falar em unidade entre os Ministérios Públicos Estaduais e o Federal, da mesma forma entende Uadi Lammêgo Bulos, como mencionado abaixo:

Enfatize-se, contudo, que inexistente unidade entre o Parquet Federal e os Ministérios Públicos Estaduais. De igual modo, não há que se falar em unidade entre o Ministério Público de um Estado e de outro, nem entre os diversos ramos do Ministério Público da União. É que o princípio da unidade só incide no âmbito de cada Ministério Público.¹²

1.3.2 Princípio da Indivisibilidade

Tal princípio resulta do princípio da unidade. O Ministério Público não pode se subdividir em vários outros, não podendo se desvincular uns dos outros. Não podendo os membros da instituição se subdividir em outras instituições autônomas. Desta forma os

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, P. 1517.

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 1124.

membros do *parquet* não se vinculam aos processos nos quais atuam, podendo de acordo com norma legal serem substituídos por outros membros. Gama Malcher, entende desta mesma forma:

Sendo uno o Ministério Público, sua indivisibilidade reside na possibilidade de um membro do Ministério Público ter poder de substituir o outro no exercício de um Ministério que é comum; assim pode o Procurador-Geral da Justiça designar qualquer outro membro do MP para determinado processo, avocar qualquer processo e atuar em qualquer instância ou Tribunal.¹³

Cabe ressaltar que o *Parquet* é uno e indivisível, quando estão submetidos a uma mesma chefia, ressaltando o que foi mencionado no princípio da unidade, Uadi Lammêgo Bulos cita: “O Ministério Público é uno e indivisível, mas apenas na medida em que os seus membros estão submetidos à mesma chefia”.¹⁴ Desta forma, não ultrapassa a cada membro a quem estão submetidos, não podendo, por exemplo, uma Ministério Público de um estado interferir em outro.

1.3.3 Princípio da indisponibilidade

O princípio da indisponibilidade é relativo, visto que o Ministério Público tem o poder de requerer o arquivamento da investigação criminal. Não é também titular do poder de punir que cabe ao Estado, é o titular da ação penal, não cabendo a este desistir, uma vez proposta à ação penal. Tal princípio não é tão mencionado nos livros didáticos como os outros princípios, mas é de suma importância, um dos autores que cita este princípio é Gama Malcher, que diz:

O MP é o titular da ação penal, como instrumento de recomposição da ordem jurídica. Estando obrigado a promover ação penal sempre que lhe parecer oportuno diante da violação da ordem jurídica, uma vez proposta a ação penal, o MP dela não poderá mais decidir. Tal indisponibilidade,

¹³ MALCHER, J.L. da Gama. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2002, P. 170.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 1124.

entretanto é relativa. O MP tem o poder de requerer ao Juiz o arquivamento da investigação preliminar.¹⁵

1.3.4 Princípio da Independência e Autonomia Funcional

O princípio da independência funcional refere-se aos membros do Ministério Público que atuam de forma independente, não tendo entre eles vínculo de subordinação hierárquica, devendo obedecer somente à lei e as suas convicções. Desta forma cabe ao promotor natural com total independência verificar se é caso de denunciar ou não.

Entende-se de acordo com o que foi mencionado que os superiores hierárquicos não podem dar ordens para que um de seus membros tome determinadas atitudes, principalmente se estes forem contra tais atos. Hugo Nigro Mazzilli separa independência funcional de autonomia funcional, de acordo com o autor:

Independência funcional é a liberdade de um membro ou de um órgão do Ministério Público em face de outro membro ou outro órgão de mesma instituição, cita como exemplo: o Promotor de Justiça substituto tem independência em relação ao Promotor de Justiça titular. E autonomia funcional é a liberdade que tem o Ministério Público para tomar suas decisões funcionais sem ater-se a determinações de outros órgãos do Estado, dando como exemplo: o Ministério Público tem autonomia em face do Poder executivo.¹⁶

Com todo isso entende-se que o Ministério Público existe de forma independente e não hierarquicamente funcional, sob seu aspecto funcional.

Mas deve haver limites para a sua independência. “Os limites devem estar presentes na própria ordem jurídica constitucional”.¹⁷ Além dos limites constitucionais deve ser observados os limites infraconstitucionais, como as leis orgânicas e o Código de Processo Penal.

¹⁵ MALCHER, J.L. da Gama. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2002, P. 170.

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2003, P. 32.

¹⁷ PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na Construção do Estado Democrático de Direito**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003, P. 273.

1.3.5 Princípio do Promotor Natural

Decorre do princípio da independência funcional. Tal princípio, “Consiste na existência de um órgão do Ministério Público previamente estabelecido pela lei para officiar nos casos que sejam afetos à instituição”.¹⁸ É o reverso do que chamamos Promotor por encomenda, de livre escolha.

De acordo com Alexandre de Moraes, “o princípio do promotor natural está destinado a proteger o interesse público, atuando na defesa da sociedade, devendo o órgão ser imparcial”.¹⁹

Tal princípio baseia no artigo 5º, LIII, da Constituição Federal, ao qual entende que ninguém será processado senão por autoridade competente. Assegura, desta forma, que as ações penais serão ajuizadas pelo membro do Ministério Público. Assim garante a imparcialidade que deve haver no *Parquet*. Como escreve Paulo Rangel:

O princípio assim é inerente ao devido processo legal, pois não se admite que alguém seja privado de sua liberdade e/ou de seus bens sem que o órgão responsável pela acusação tenha a garantia de fazê-lo com independência necessária para repelir toda e qualquer ingerência indevida a sua atuação.²⁰

Assegura, desta forma, a independência funcional e a inamovibilidade dos membros da instituição. Além dos requisitos constitucionais como: ordem jurídica, regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O Ministério Público é o

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, P. 68.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, P. 1519.

²⁰ RANGEL, Paulo. Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público, Visão Crítica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, P. 76.

responsável em promover a ação penal de acordo com a sua conveniência, ressaltando as garantias constitucionais já mencionadas.

1.4 Funções Institucionais do Ministério Público

A Constituição Federal enumera e elucida no seu artigo 129, especificamente em seus incisos, as funções atinentes ao Ministério Público. Estas funções são exemplificativas, possibilitando ao Ministério Público, outras funções que não estão previstas na Constituição. Como exemplo, há a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), que estabelece outras funções também importantes ao exercício da função do *Parquet*.

Cabe ao Ministério Público:

I- promover, privativamente, ação penal pública, na forma da lei;

Paulo Rangel, explica, de forma clara, tal inciso como podemos ver abaixo:

A obrigatoriedade da ação penal pública é o exercício de um poder-dever, conferido ao Ministério Público, de exigir do Estado-juiz a devida prestação jurisdicional a fim de satisfazer a pretensão acusatória estatal, restabelecendo a ordem jurídica violada. Trata-se de um múnus público constitucional conferido ao Ministério Público pela sociedade, através do exercício do poder constituinte originário.²¹

II – zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

²¹ RANGEL, PAULO. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**, Visão Crítica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, P. 174.

Tal inciso é estabelecido uma função de garantia e respeito aos Poderes Públicos e dos serviços relativos a eles, esta função do Ministério Público está intimamente ligada a função de guardião da Constituição.

III - promover o Inquérito civil e ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos;

De acordo com Alexandre de Moraes: “fica claro a legitimação constitucional do Ministério Público para defesa do patrimônio público”.²² A Instituição fica claro também a defesa dos cidadania, saúde, educação, patrimônio público e outros que são importantes à sociedade.

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

Como mencionado, cabe ao *Parquet* a guarda da Constituição Federal. Este inciso é conexo com o artigo 34 e 36 da Constituição Federal, que trata respectivamente da intervenção e decretação da intervenção.

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

Este inciso trata da defesa dos direitos e interesses dos indígenas, sabendo que estes tem uma proteção do Estado. Cabe ao Ministério Público defende-los como guardião da Constituição Federal e da lei. Este inciso está ligado aos outros incisos referentes a proteção legal e constitucional.

²² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, P. 1674.

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

Não há muito que dizer deste inciso, leis esparsas regulamentam a expedição de notificação nos procedimentos administrativos de sua competência, como se vê acima.

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

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

Este dois incisos (VII e VIII) estão ligados, trata da atribuição de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais. Estes incisos tratam do poder de controle do Ministério Público das atividades policiais, Paulo Rangel explicita:

A Constituição não distinguiu se o controle externo é sobre a atividade policial militar ou civil, não cabendo ao interprete fazê-lo. As funções constitucionais são bem delimitadas e o Ministério Público deve zelar para que toda a investigação seja feita nos exatos limites das atribuições de cada polícia, sob pena de se subverter o devido processo legal.²³

“O Ministério Público tem a função de controle externo da investigação criminal, com fim de apurar a prática de infração penal”.²⁴

²³ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**, Visão Crítica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, P. 189.

²⁴ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**, Visão Crítica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, P. 190.

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 públicas.

É claro a vedação de funções incompatíveis com a sua finalidade neste inciso e vemos que é um rol exemplificativo das funções a este exercidas, cabendo ao Ministério Público funções diversas das estabelecidas na Constituição Federal.

1.5 Garantias e Prerrogativas

Estabelece a Constituição Federal, as seguintes garantias: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. Hugo Nigro Mazzilli deixa claro o significado de garantia e prerrogativa: “As garantias são atributos que se destinam a assegurar o exercício das funções e prerrogativas são privilégios, vantagens e imunidades funcionais.”²⁵

1.5.1 Vitaliciedade.

Trata-se da garantia do membro do Ministério Público de não perder o cargo. Somente poderá perder o seu cargo por decisão judicial transitada em julgado. Esta vitaliciedade é adquirida após dois anos de estágio probatório.

De acordo com Alexandre de Moraes, “o membro do Ministério Público perderá o cargo somente por sentença judicial transitada e julgada, em ação civil própria, nos seguintes casos: prática de crime incompatível com o cargo, exercício de advocacia, abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos.”²⁶“Vitaliciedade não significa perpetuidade,

²⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2003, P. 122.

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, P. 1650.

mesmo porque aos setenta anos compulsoriamente desligado das funções, aposentado de seu cargo.”²⁷

1.5.2 Inamovibilidade

Trata-se da garantia do membro do Ministério Público, uma vez investido no cargo, como titular, somente será removido ou promovido por iniciativa própria. Este princípio não é absoluto, podendo, excepcionalmente, no caso de interesse público, através de decisão do órgão colegiado haver a sua remoção ou promoção. Henrique Savonitti Miranda diz:

Por inamovibilidade entende-se o direito do membro ministerial de não ser removido ou promovido senão por iniciativa própria. A Constituição Federal, nos termos da Emenda Constitucional nº 45/04, a excepciona na hipótese de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa. A Constituição originária previa a possibilidade de remoção pelo voto de dois terços dos membros colegiados.²⁸

1.5.3 Irredutibilidade de subsídios

Entende como irredutibilidade de subsídios o direito de não ter estes reduzidos. Após alcançarem um valor na forma de salário, não há como ser alterado na forma de diminuir os seus valores.

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 2. 15ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, P. 319.

²⁸ MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª edição. Brasília: Senado Federal, 2004, P. 613.

2 INQUÉRITO POLICIAL

2.1 Investigação Criminal

Antes de adentrar ao tema especificamente do inquérito policial, é importante falar sobre a investigação criminal. “A investigação criminal é a atividade desempenhada pelos órgãos públicos responsáveis pela elucidação do delito e formação de elementos necessários para a propositura da ação penal”.²⁹

Para que o Estado possa acusar, deve haver a busca de indícios que comprovem a materialidade do fato. Desta forma, há a busca elementos acusatórios para a propositura da ação, geralmente exercida pela autoridade policial.

Investigação criminal é realizada, em regra, por meio do inquérito policial, consistente em um procedimento administrativo que tem por finalidade a apuração de fatos criminosos, sua autoria e materialidade, o que será explicitado abaixo.

2.2 Breve introdução

O inquérito policial é realizado antes da jurisdição penal. É uma fase pré-processual, destinado ao convencimento da *opinio delicti*. O juiz deve permanecer inerte, só intervindo ao caso, se oferecer lesões a direitos e garantias individuais ou a lei. Nesta fase é

²⁹ SILVA, Ivan Luiz da. **O Ministério Público e as investigações criminais**. Brasília, Revista informativa legislativa, 2005, P. 54.

que se forma o convencimento para a propositura da ação, tal propositura geralmente fica a cargo do Estado.

O juiz não pode basear seu convencimento apenas na investigação criminal, tendo que buscar a verdade dos fatos, realizando os atos pertinentes em lei. A Lei 11.690/2008 modificou, o artigo 155 do Código de Processo Penal que passou a ser:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Neste entender é claro o fato de que o juiz não pode se basear apenas nas provas obtidas na investigação criminal, pois violariam o contraditório. Segundo Fernando Capez leciona:

O inquérito policial tem conteúdo informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal. No entanto, tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito.³⁰

O inquérito é peça meramente informativa, destinada a fornecer elementos para a propositura da ação penal sendo de natureza inquisitiva, portanto não pode o juiz basear sua decisão apenas nas provas obtidas durante o inquérito policial, tendo que fundamentar suas decisões com base em provas colhidas durante o processo.

2.3 Conceito

O inquérito policial é um conjunto de diligências realizado pela polícia judiciária que visa apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Cabendo a autoridade

³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2008, P. 79.

administrativa, que por lei seja cometida desta função, não podendo escusar-se. Julio Fabbrini

Mirabete conceitua:

É todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais etc.³¹

Neste mesmo entender Mougenot afirma: “é o procedimento administrativo, preparatório e inquisitivo, presidido pela autoridade policial, e constituído por um complexo de diligências realizadas com vistas à apuração de uma infração penal e à identificação de seus autores”.³²

Alguns autores mencionam que deve ser realizada apenas pela Polícia Judiciária, sobre este tema será trabalhado no próximo capítulo de forma mais precisa, pois é tema da monografia realizada, se é possível ou não a investigação pelo Ministério Público.

2.4 Natureza Jurídica

Segundo o entendimento doutrinário, o inquérito policial é um procedimento administrativo, constituído de forma unilateral. É um procedimento persecutório realizado pela autoridade policial que promove uma seqüência de atos voltados a uma finalidade, que é a busca de elementos para a propositura da ação. Julio Fabbrini Mirabete entende:

Não é um processo, mas procedimento administrativo informativo, destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários a propositura da ação penal. A investigação criminal procedida pela autoridade policial não se confunde com instrução criminal, distinguindo o Código de

³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, P. 60.

³² BONFIN, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 23.

Processo Penal o inquérito policial (arts. 4º a 23) da instrução criminal (arts. 394 a 405).³³

Neste entender, o inquérito policial tem natureza jurídica administrativa, visa informar ao titular da ação penal elementos necessários para a propositura da ação penal.

2.5 Finalidade

O inquérito policial não é indispensável ao oferecimento da denúncia. Sendo necessário para efetiva prova da existência da infração penal e indícios de autoria. Trata-se de uma coleta de provas. De acordo com Paulo Rangel: “é o instrumento de que vale o Estado, através da polícia para iniciar a persecução penal com controle das investigações realizadas do Ministério Público”.³⁴ Fernando Capez explicita como:

A finalidade do inquérito policial é a apuração de fato que configure infração penal e a respectiva autoria para servir de base à ação penal ou as providências cautelares.³⁵

Diante de todo o exposto o inquérito policial tem como finalidade a apuração do fato definido como crime, serve de base para a propositura da ação penal. Cabe a autoridade policial a busca de elementos necessários para que o Ministério Público proponha a ação penal, com base nos elementos adquiridos durante a fase do inquérito policial.

2.6 Características

Neste item serão trabalhadas as características do inquérito policial, entendendo assim algumas particularidades. Dentre eles pode-se citar: o caráter sigiloso, inquisitivo e discricionário. Não menos importantes, mas não mencionados com ênfase estão

³³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, P. 60.

³⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2003, P. 68.

³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2008, P. 74.

o caráter meramente informativo, formal, unidirecional, oficialidade, obrigatoriedade, oficiosidade e autoritariedade.

2.6.1 *Inquisitivo*

O inquérito policial, não está sujeito ao contraditório e a ampla defesa. “O suspeito apresenta-se apenas como objeto da atividade investigatória, resguardando seus direitos e garantias individuais”.³⁶ O Estado busca averiguar a autoria e a materialidade do crime, não o sendo inquisitivo seu resultado poderia ser inútil. Neste mesmo argumento Guilherme de Souza Nucci:

O inquérito é, por sua própria natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa, produzindo e indiciando provas, oferecendo recursos, apresentando alegações, entre outras atividades, que como regra, possui durante a instrução criminal. Não fosse assim e teríamos duas instruções idênticas: uma realizada sob a presidência do delegado; outra, sob a presidência do juiz. Tal não se dá e é, realmente, desnecessário. O inquérito destina-se, fundamentalmente, ao órgão acusatório, para formar a sua convicção acerca da materialidade e autoria da infração penal, motivo pelo qual não necessita ser contraditório e com ampla garantia da infração penal, motivo pelo qual não necessita ser contraditório e com ampla garantia de defesa eficiente. Esta se desenvolverá, posteriormente, se for o caso, em juízo.³⁷

Desta forma a Polícia Judiciária iniciará as investigações da melhor forma que lhe couber. “Por isso o inquérito é de forma livre, não tendo regras determinadas para iniciar uma investigação”.³⁸ Uma observação a ser feita, é de que o juiz não pode se basear simplesmente nos argumentos do inquérito policial para realizar sua decisão, como já foi mencionado anteriormente.

³⁶ BONFIN, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 27.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008, P. 167.

³⁸ RANGEL, PAULO. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2003, P. 89.

2.6.2 Sigiloso

Constitui ser sigiloso, não ser submetido à publicidade. Diferente do processo que, em regra, é público. “As investigações são acompanhadas e fiscalizadas por órgãos estatais, dispensando a publicidade”.³⁹ Seu sigilo se baseia na descoberta e comprovação do crime, sendo seu sigilo fundamental, não o sendo, prejudicaria o inquérito.

O sigilo não é absoluto, o Ministério Público e o Poder Judiciário têm a prerrogativa de acompanhar o desenvolvimento do inquérito. Este entendimento não é o mesmo para o advogado, mesmo garantido pela Lei 8.906/94, em seu artigo 7º, XIV. O defensor neste caso terá acesso apenas quando forem concluídas as diligências e estas não forem mais importantes ao processo. Como menciona Mougenot: “Sobre essas diligências recairá sigilo absoluto até que sua realização esteja concluída”.⁴⁰ Entende-se nas palavras de Paulo Rangel que “a prerrogativa concedida ao advogado é inaplicável nos casos de inquérito sigiloso, enquanto durar o motivo que autorizou o sigilo”.⁴¹

Pode-se mencionar também que a 14ª Súmula Vinculante na qual tem o seguinte texto: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Neste entender é claro que é possível o acesso provas já colhidas durante o Inquérito Policial, desde que sejam as provas já colhidas.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008, P. 168.

⁴⁰ BONFIN, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 27.

⁴¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2003, P. 92.

2.6.3 *Discricionariedade*

A autoridade policial tem a possibilidade realizar a diligências que forem necessárias para o andamento do inquérito policial. Não está atrelado a nenhuma forma prevista ou determinada previamente.

“A investigação pode ser feita com base em convicções pessoais, desde que utilize da lei para a sua consecução. Não há imposição de lei para apurar o fato, tendo qualquer ato arbitrário e não-discricionário a correção judicial”.⁴²

O Código de Processo Penal, em seu artigo 13, II, estabelece que: incumbirá à polícia judiciária a realização de diligências requisitadas pelo Ministério Público ou pelo Juiz. Não podendo a autoridade judicial recusar-se de realizar diligências requeridas pelas autoridades mencionadas. Mohamed Amaro esclarece:

Embora não esteja a autoridade policial sob subordinação funcional ao Juiz ou ao Membro do Ministério Público, tem ela o dever funcional de realizar as diligências requisitadas por estas autoridades, nos termos do art, 13, II do CPP. A recusa no cumprimento das diligências requisitadas não consubstancia, sequer em tese, o crime de desobediência, repercutindo apenas no âmbito administrativo-disciplinar.⁴³

2.6.4 *Outras características mencionadas pelos autores*

Outras características que os autores mencionam são: seu caráter meramente informativo, ou seja, busca informações para o oferecimento da denúncia ou para propositura da ação; formal, que é a sua forma escrita, os atos praticados são postos na forma escrita; unidirecional, “tem como único escopo a apuração dos fatos objetos da investigação;”⁴⁴ busca

⁴² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2003, P. 93.

⁴³ AMARO, Mohamed. **Código de Processo Penal na Expressão dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P 66.

⁴⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2003, P. 90.

apurar os fatos do crime, inicia-se pela *notitia criminis*, oficialidade é dirigido pela autoridade competente.

Além dos já citados há também: a obrigatoriedade “em que uma vez oferecida a *notitia criminis*, estará esta autoridade obrigada a instaurar, de ofício, o inquérito policial para a sua investigação”,⁴⁵ oficiosidade: a autoridade tem o dever de promover o inquérito policial de ofício, independente de provocação, no caso de ação penal pública incondicionada; e autoritariedade: “é presidido por uma autoridade pública, é uma exigência constitucional (art. 144, parágrafo 4º)”.⁴⁶

2.7 Persecutio Criminis

É a atividade destinada a apuração das infrações penais e da autoria por meio do inquérito policial, da ação penal e da execução penal dar-se-á o nome de persecução criminal ou *persecutio criminis*. Mougnot, neste mesmo entender, diz:

É o caminho percorrido pelo Estado-administração para que seja aplicada uma pena ou medida de segurança àquele que cometeu uma infração penal, consubstanciando-se em três fases, quais sejam: investigação preliminar, ação penal e execução penal.⁴⁷

“Busca-se tornar efetivo o *jus puniendi* resultante da pratica do crime a fim de impor ao autor a pena cabível”.⁴⁸ A persecução criminal tem início com a *notitia criminis* e visa perseguir o crime para que seja processada e aplicada a pena imposta ao autor do crime.

⁴⁵ BONFIN, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 24.

⁴⁶ JESUS, Damásio E. de. **Cursos Professor Damásio à Distância**. São Paulo: Ed. Curso Prof. Damásio, 2008, P. 2241.

⁴⁷ BONFIN, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 22.

⁴⁸ MIRABETE, Julia Fabrinni. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, P. 56.

2.8 Notitia criminis

O inquérito policial inicia-se por meio da *notitia criminis*, é o conhecimento da autoridade policial da ocorrência do fato criminoso. A *notitia criminis* tem por objetivo primário, no entender de Mossin “propiciar conhecimento relativo a uma infração penal”.⁴⁹ A notícia do crime, outra nomenclatura pra *notitia criminis*, pode ser de cognição imediata, cognição mediata ou coercitiva.

Será de cognição imediata “quando a autoridade policial toma conhecimento do fato infringente da norma por meio das suas atividades rotineiras, porque um jornal publicou, pelo conhecimento de um dos agentes ou por intermédio da vítima”.⁵⁰ É de cognição mediata “no caso em que o fato é relatado à autoridade policial por iniciativa de terceiros, o conhecimento do fato criminoso é espontâneo”,⁵¹ de acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho “ocorre mediante requerimento da vítima, requisição da Autoridade Judiciária ou Ministério Público ou mediante representação”.⁵² E é de cognição coercitiva no caso de prisão em flagrante, onde é apresentado autor do crime junto com a notícia do crime.

2.8.1 Delatio criminis

De acordo com Heráclito Antônio Mossin, a *delatio criminis* ou delação de um crime “é assim chamada quando a *notitia criminis* tem como fonte de provocação da *persecutio criminis* ato da vítima ou de seu representante legal ou de qualquer pessoa do povo”.⁵³

⁴⁹ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 1997, P. 156.

⁵⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal** vol. 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, P. 202.

⁵¹ BONFIN, Edilson Mougén. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 31.

⁵² TOURINHO FILHO, Fernando. *Op. Cit.* P. 202.

⁵³ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 1997, P. 159.

É um modo de cognição mediata, “quando partida da vítima ou de qualquer pessoa”.⁵⁴ A delação pode ser simples ou postulatória. Será simples ocorre sem nenhuma formalidade, “dá-se por meio de um aviso puro e simples”,⁵⁵ e será postulatória quando houver alguma formalidade para a instauração da persecução criminal, de acordo com Mougout: “A representação ou *delatio criminis* postulatória ocorre quando a vítima comunica o crime e exige providências do Estado para punir seu responsável, ou seja, nos casos de ações penais públicas condicionada a representação”.⁵⁶

2.9 Arquivamento

O artigo 17 do Código de Processo Penal restringe do direito de requerer arquivamento do inquérito policial, cabendo apenas ao Ministério Público tal direito. A autoridade policial não pode nem ao menos nos crimes de ação penal privada realizar tal procedimento. “Não cabe a polícia judiciária emitir juízo de valor, cabendo ao titular da ação penal”.⁵⁷

Nas palavras de Mougout: “o Ministério Público é legítimo para requerer o arquivamento do inquérito por ser titular da ação penal”,⁵⁸ devendo ser fundamentado e expresso, no mesmo entender Mirabete: “tal requerimento deve ser fundamentado e expresso, já que lei (Código de Processo Penal) no seu artigo 28 menciona razões invocadas para o arquivamento”.⁵⁹ Cabendo ao juiz acolher ou não o pedido formulado.

A súmula 524 do STF retrata ao fato de que se for arquivado, o inquérito policial não pode ser iniciado sem novas provas, a ação penal. Neste caso, para que seja

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal** vol 1. Campinas: Ed. Millennium, 2003, P. 147.

⁵⁵ *Ib, ibidem.*

⁵⁶ BONFIN, Edilson Mougout. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 31.

⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, P. 280/281.

⁵⁸ BONFIN, Edilson Mougout. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 63.

⁵⁹ MIRABETE, Julia Fabrinni. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, P. 82.

realizado o seu desarquivamento deve-se obter de novas provas. Guilherme de Souza Nucci diz:

A decisão que determina o arquivamento do inquérito não gera, em regra, coisa julgada material, podendo ser revista a qualquer tempo, inclusive porque novas provas podem surgir. Ocorre que a autoridade policial, segundo preceitua em lei, independentemente da instauração de outro inquérito, pode proceder a novas pesquisas, o que significa sair em busca de provas que surjam e cheguem ao seu conhecimento. Para reavivar o inquérito policial, desarquivando-o, cremos ser necessário que as provas coletadas sejam substancialmente novas – aquelas realmente desconhecidas anteriormente por qualquer das autoridades -, sob pena de se configurar um constrangimento ilegal.⁶⁰

A doutrina menciona o arquivamento indireto que é no caso de o *Parquet* entender ser incompetente para a ação penal, “mas esta situação é inadmissível, pois o Ministério Público deve buscar sempre que possível uma solução que lhe compete para buscar superar os obstáculos processuais”.⁶¹

2.10 Polícia Judiciária

A doutrina divide a polícia, nas palavras de Mossin, “a polícia, como atividade administrativa, se divide em polícia Judiciária e Polícia de Segurança”.⁶² “A Polícia de Segurança tem como objetivo as medidas preventivas, visando à não-alteração da ordem jurídica”,⁶³ impedindo por em perigo os bens individuais e coletivos, busca desta forma que o crime não ocorra. Já a Polícia Judiciária “tem caráter repressivo, após a prática de uma

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, P. 117.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008, P. 160.

⁶² MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal à luz da doutrina e da jurisprudência**. Barueri, SP: Ed. Manole, 2005, P.16.

⁶³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, P. 192.

infração penal ela recolhe elementos para que possa ser instaurada a ação penal contra os autores do fato”.⁶⁴

A Polícia Judiciária tem como previsão constitucional o artigo 144, da qual preceitua ser função do Estado “a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.⁶⁵ Tem como objetivo apurar a infrações penais e sua autoria. Nos dizeres de Mirabete:

A nova Constituição Federal se afirma que a segurança Pública é exercida para a preservação da ordem Pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos órgãos policiais que discrimina: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, policias militares e corpos de bombeiros militares.⁶⁶

A Polícia Judiciária tem como função auxiliar o Poder Judiciário, no entender de Nucci “não se trata de atividade policial ostensiva”,⁶⁷ visa assegurar a apuração do crime, vale ressaltar, como afirma Ludwing Spiegel que “não possuem competência de caráter judicial, sua missão consiste em ajudar à Justiça no cumprimento de seus fins e de desenvolver uma atividade que assegure a consecução dos fins do processo”.⁶⁸

“Cabe aos órgãos constituídos da polícia federal e da civil conduzir as investigações necessárias, colhendo as provas e formar o inquérito, que servirá de base de sustentação a uma futura ação penal”.⁶⁹ Embora a competência para proceder às investigações

⁶⁴ MIRABETE, Julia Fabrinni. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, P. 57.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, P. 76.

⁶⁶ MIRABETE, Julia Fabrinni. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, P. 57.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008, P. 129.

⁶⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal** vol 1. Campinas: Ed. Millennium, 2003, P. 159.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, P. 76.

sejam da autoridade competente da localidade em que ocorreu o crime “nada impede que apure a infração penal em outra localidade”.⁷⁰

2.11 Prazos

O prazo para conclusão do inquérito policial, como estabelece o Código de Processo Penal, contado da notícia do crime quando o indiciado estiver solto é de trinta dias, podendo ser prorrogado por igual período uma única vez. Já se estiver preso o prazo é de dez dias, este prazo conta-se a partir da ordem de prisão (CPP, art. 10).

Algumas leis estabelecem prazos específicos, sendo o Código de Processo penal, a regra. Como exemplo, a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que estabelece, no seu artigo 51, *caput*: O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto, podendo ser duplicados pelo juiz mediante pedido da autoridade policial, devendo ser ouvido o Ministério Público.

Há, também, prazo de quinze dias, podendo ser prorrogado por mais quinze, se estiver preso, e de 30 dias, se estiver solto, sendo prazo estabelecido o mesmo do Código de Processo Penal para os crimes de atribuição Federal.

A contagem de prazo, como menciona Capez, “despreza-se, na contagem, o dia inicial (termo *a quo*), incluindo-se o dia final (termo *ad quem*)”.⁷¹ Não há restrição quanto a prazo de inicia-se em feriado ou domingo, sendo que na polícia judiciária o tempo é integral.

⁷⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal à luz da doutrina e da jurisprudência**. Barueri, SP: Ed. Manole, 2005, P.17/18.

⁷¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2008, P. 102.

3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL

3.1 Introdução

O sistema processual é um conjunto de regras e princípios que estabelece as bases a serem aplicados no direito penal. Paulo Rangel define o sistema processual como:

Sistema processual é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto.⁷²

O sistema processual penal, com visto acima, é um conjunto de princípios e regras constitucionais, desta forma fica claro que sua aplicação está intimamente ligada com a Constituição Federal, variando de acordo com os princípios vigentes na Carta Política. Vale ressaltar as palavras de Marcos Kac:

O sistema processual penal pode ser considerado o conjunto de princípios e regras gerais que, levando em conta o momento político vigente em cada Estado, estabelece de forma clara as bases e princípios assentes para a aplicação do direito penal.⁷³

Neste entender fica claro que Estado que estabelece o sistema de processual dependendo da forma de governar. De acordo com Paulo Rangel: “o sistema acusatório é a

⁷² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, P. 45.

⁷³ KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 21.

garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado, ao contrário do Estado totalitarista, em que há supressão de direitos e garantias individuais”.⁷⁴

O sistema processual penal apresenta-se, historicamente, de três formas: o inquisitivo, o misto ou formal e acusatório.

3.2 Sistema acusatório

O sistema acusatório dá ao cidadão um direito ao contraditório. João Carvalho de Matos conceitua:

Seu traço marcante é o contraditório, que consiste garantia político-jurídica do cidadão. Temos, pois, que o processo acusatório é um processo penal de partes, em que o acusador e acusado se encontram em pé de igualdade, e, ainda um processo de ação, com garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade.⁷⁵

Guilherme de Souza Nucci estabelece as seguintes características:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há a liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.⁷⁶

Neste sistema há a diferenciação entre o julgador e o acusador, cada um possuindo uma função distinta. Tendo necessidade da presença do juiz, cabendo ao julgador as medidas judiciais necessárias. A fase de investigação serve como meio de prova para a ação penal, não podendo o juiz se basear somente nelas para condenar o acusado. As partes têm direito ao contraditório e, em regra, o processo acusatório é público.

⁷⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, P. 45.

⁷⁵ MATOS, João Carvalho de. **Prática e Teoria do Direito Penal e Processual Penal**, Vol. 2. São Paulo: Ed. Mundo Jurídico, 2008, P. 91.

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, P. 116.

Marcos Kac, em seu livro estabelece como princípios basilares do sistema acusatório: Inércia; Devido Processo Legal; Imparcialidade do Juiz; Ampla Defesa; Contraditório; Publicidade; Estado de Inocência; Juiz Natural; Promotor Natural; Verdade Real e Favor Rei que é na dúvida resolve-se a demanda um favor do acusado.

No sistema acusatório é claro estes princípios sendo possível uma ampla defesa e uma segurança jurídica maior ao acusado.

3.3 Sistema Inquisitivo

“O sistema inquisitivo surgiu nos regimes monárquicos, se aperfeiçoando durante o Direito Canônico, se instalou nas diversas ordenações após o inquisitivo privado”.⁷⁷ Neste sistema o poder de acusar e julgar se concentra nas mãos de uma só pessoa. Foi adotado, principalmente, nas nações européias dos séculos XVI, XVII e XVIII.

Gama Malcher diz que “é um sistema que oferece poucas garantias às partes quanto à imparcialidade da decisão e à sua objetividade”.⁷⁸ Nucci descreve o sistema como:

É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.⁷⁹

Esse sistema compromete a imparcialidade, em virtude do poder está concentrado nas mãos do Estado, não tendo nenhuma separação de funções. O julgador já tem sua convicção, o que busca é convencer os outros da sua convicção. “A relação processual no

⁷⁷ KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 25.

⁷⁸ MALCHER, J.L. da Gama. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2002, P. 55.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, P. 116.

sistema inquisitivo é linear”.⁸⁰ Cabendo apenas a um órgão as funções e não havia contraditório.

3.4 Sistema misto

O sistema misto é uma mistura entre o sistema inquisitorial e acusatório.

Nas palavras de Nucci:

Surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração de atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas.⁸¹

O sistema misto é dividido em duas fases: a fase de instrução e a de julgamento. A primeira fase é realizada de forma secreta e inquisitiva por um juiz de instrução com auxílio de força policial nos dizeres de Mossin “se desenvolve sob a forma inquisitorial, sem contraditório, sendo de forma escrita e secreta”,⁸² na segunda fase nos dizeres de Marcos Kac “é iniciada pela acusação penal, havendo debates públicos, oral e contraditório, estabelecendo igualdade entre as partes”,⁸³ há o contraditório, terá publicidade e oralidade o que proporciona uma maior segurança jurídica.

3.5 Sistema Brasileiro

Como visto acima o sistema processual penal é definido de acordo com seus princípios e regras que estabelecem as bases para a aplicação do sistema penal.

⁸⁰ MALCHER, J.L. da Gama. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2002, P. 56.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, P. 116.

⁸² MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 1997, P. 20.

⁸³ KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 28.

Os doutrinadores divergem quanto ao sistema adotado no Brasil. Alguns entendem como sistema misto, outros entendem ser acusatório. Nucci é um que entende pelo sistema misto, no seu dizer: “o sistema adotado no Brasil, não oficialmente, é o misto”.⁸⁴

Para Nucci, houve uma mistura entre o Código de Processo Penal⁸⁵ e a Constituição Federal. Para ele os autores que defendem ser de natureza acusatória se baseiam apenas na Constituição. Nos dizeres de Nucci:

Fosse verdadeiramente e genuinamente acusatório e não se levaria em conta para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nossos processos na esfera criminal. O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como prova técnica.⁸⁶

Fernando da Costa Tourinho Filho, entendem de forma diversa de Nucci, para ele o sistema adotado no Brasil é o acusatório não ortodoxo. Nas suas palavras:

O processo é eminentemente contraditório. Não temos a figura do Juiz instrutor. A fase processual propriamente dita é precedida de uma fase preparatória, em que a Autoridade Policial procede a uma investigação não contraditória colhendo informações a respeito do fato infringente da norma e da respectiva autoria.⁸⁷

Em seu entender, o sistema adotado no Brasil, apesar de não se puro, é o acusatório, neste mesmo entender Eugênio Paccelli de Oliveira:

O fato de ainda existirem juízes criminais que ignoram as exigências constitucionais não justifica a fundamentação de um modelo processual brasileiro misto. Com efeito, não é porque o inquérito policial acompanha a denúncia e segue anexado à ação penal que pode concluir pela violação da imparcialidade do julgador ou pela violação ao devido processo legal. É para isso que se exige, também, que toda decisão seja necessariamente fundamentada (art. 93, I, CF).

Apesar da divergência é nítido notar, pelas características que o sistema adotado no Brasil é o acusatório, mesmo não estando expresso na Constituição Federal. Não

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, P. 116.

⁸⁵ Para Nucci o Código de Processo Penal é fortemente inquisitivo, sendo doutrina minoritária.

⁸⁶ Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, P. 101.

⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, P. 31.

se trata de um sistema acusatório puro, mas próximo do ideal, neste mesmo entender Marcos Kac: “No Brasil, não podemos afirmar trata-se de sistema acusatório puro (entendemos até que a expressão é eufemística demais), mas, se aproxima do sistema ideal”.⁸⁸

O sistema acusatório não é puro, por trazer ainda resquícios inquisitivos, principalmente na fase do inquérito policial, onde a persecução criminal é sigilosa e sem direito a ampla defesa. Mas na parte processual há claro o sistema acusatório; onde o acusado tem direito de defesa; os atos, em regra, são públicos; há a livre produção de provas; há igualdade entre as partes; e direito a ampla defesa e ao contraditório. Desta forma, o sistema brasileiro se aproxima muito ao sistema acusatório.

⁸⁸ KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 33.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

4.1 Teorias da investigação criminal realizada pelo ministério público

As teorias relativas ao poder de investigação do Ministério Público são divididas em duas teses: a que aceita a possibilidade de investigação pelo Ministério e a contrária a esta. Todas as duas teses têm muitos defensores, com muitos argumentos para cada qual. O que se vê abaixo.

4.1.1 Argumentos contrários

Os que argumentam a impossibilidade da investigação do Ministério Público se baseiam nos argumentos constitucionais, na qual estabelece que a investigação criminal, deve ser exercida com exclusividade pela Polícia Judiciária. Como exemplo a esta posição, Antônio Evaristo de Moraes Filho:

Em face do texto constitucional vigente e o da Lei Orgânica que regulamentou, parece claro que se adotou um critério diferenciado em matéria de investigações preparatórias: no campo civil, cabe ao Ministério Público instaurar o inquérito civil ou outros procedimentos administrativos pertinentes, no curso dos quais permite-se que realize diretamente diligências(...); já que em sede penal, (...) é-lhe facultado meramente requisitar diligências ou a abertura de inquéritos, 'podendo acompanhá-los'(...) entretanto, apesar desta diferenciação fixada nos textos constitucionais ora invocados, o Ministério Público, está querendo adquirir o vezo de promover, diretamente, investigações preliminares, expedindo notificações e tomando depoimentos, numa verdadeira usurpação das

atribuições da autoridade policial, a quem a Constituição, como se viu, comete as funções de polícia judiciária (art.144 § 1º, IV, e § 4º).⁸⁹

Existem também argumentos de ordem dogmática da qual diz que o Ministério Público na função de investigação voltaria ao sistema inquisitivo. “Esta tese é muito defendida na Espanha, onde ainda há a presença do juiz-instrutor”.⁹⁰

Além dos argumentos constitucionais relatados acima, o argumento de ordem dogmática, tem como base a idéia da qual “feriria aos princípios de igualdade de armas e do processo igualitário, caso fosse aceita a tese de o *Parquet* investigar e acusar simultaneamente”.⁹¹ Nesta tese há a idéia de que só a presença do órgão ministerial caracterizaria a desigualdade de armas.

A outra corrente é a que diz que feriria ao princípio do devido processo legal. Segundo René Ariel Dotti, “a violação ao princípio ocorre da ausência de previsão legal que legitime a investigação criminal do Ministério Público, além de haver regulamentação para disciplina-lá”.⁹² E há uma segunda vertente dessa teoria da qual a violação do princípio estaria no confronto da investigação criminal e a previsão constitucional.

4.1.2 Argumentos favoráveis

Os argumentos favoráveis são maioria entre os doutrinadores. Pode citar como exemplo Paulo Rangel que menciona: “não resta dúvida, em sede doutrinária, da

⁸⁹ *Apud* 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: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 151.

⁹⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. Curitiba: Ed. Juruá, 2006, P. 109.

⁹¹ *Ib, idem*, P. 117.

⁹² *Apud* ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. Curitiba: Ed. Juruá, 2006, P. 135.

possibilidade do Ministério Público realizar, pessoal e diretamente, as investigações criminais necessárias a formar a sua *opinio delicti* e iniciar, se for o caso, a ação penal”.⁹³

Entre os argumentos mencionados pelos doutrinadores, um importante é o do doutrinador Marcelo Lessa Bastos, que diz:

Considerando o art. 144 em seu todo, atento em especial a seus §§ 1º, inciso IV, e 4º, tem-se, com clareza mediana, que o dispositivo constitucional tão somente repartiu atribuições investigatórias entre as Polícias, excluindo da Polícia Civil a atribuição para investigar os crimes de competência da Justiça Federal. Nenhum reflexo tal dispositivo acarreta quando à legitimidade investigatória do Ministério Público, quer Federal, quer Estadual, posto que esta decorre dos dispositivos que a atual Constituição dedica à sua organização, mais precisamente o art. 129.⁹⁴

Os argumentos defendidos pelos autores, dizendo vários argumentos em sua defesa, como o de não tomar a posição dos Delegados de Polícia, mas o inquérito policial não pode ficar exclusivamente nas mãos da autoridade policial, como exemplo as palavras de Marcos Kac.

O ministério Público não pretende afrontar e nem tomar a posição dos Delegados de Polícia. Contudo, a apuração de ilícitos penais feita exclusivamente pela polícia judiciária é retrocesso inadmissível e deve ser repudiado para que possamos ver garantido o pleno exercício da titularidade à ação penal pública.⁹⁵

A defesa também com base no artigo 4º do Código de Processo Penal. Na qual diz não ser exclusiva a autoridade policial. Tourinho Filho afirma: “o parágrafo único do art. 4º deixa entrever que essa competência atribuída à polícia não lhe é exclusiva, nada impedindo que a autoridades administrativas outras, possam, também, dentro em suas respectivas áreas de atividades, proceder à investigação”.

⁹³ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**. Visão Crítica. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2003, P. 217/218.

⁹⁴ 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: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 157/158.

⁹⁵ KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Juris, 2004, P. 185.

Neste entender, que os doutrinadores favoráveis a investigação criminal usam como base para afirmar a possibilidade da investigação criminal ser realizada pelos membros do Ministério Público. Expondo, também que o art. 129 da Constituição Federal não vedou a investigação criminal possa ser realizada por um membro do *Parquet*. Estes argumentos, tanto os favoráveis quando os contrários serão debatidos durante o capítulo.

4.2 Titularidade da ação penal e os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade

O Ministério Público é o titular para promover a acusação criminal, é uma função dada pela Constituição. Desta forma, não pode uma autoridade policial arquivar o inquérito policial sem justificativa plausível nem o juiz deixar de receber a denúncia sem justificativa. Luís Wanderley Gazoto diz que “somente o Ministério Público poderá servir de válvula de controle do volume de ações penais públicas, o que, quando não é feito, transforma o serviço judicial em atividade irracional e improdutiva”.⁹⁶

O princípio da obrigatoriedade trata do dever do Ministério Público de propor ação penal. Afrânio Jardim denomina da seguinte forma, tal princípio:

O dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito.⁹⁷

Já o princípio da indisponibilidade é o dever do Ministério Público de não desistir da ação penal proposta. Um exemplo de tal princípio está no artigo 576 do Código de

⁹⁶ GAZOTO, Luis Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. São Paulo: Ed. Manole, 2003, P. 119/120.

⁹⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública. Princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, P. 48.

Processo penal: “O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto”.

Neste mesmo entender, Paulo Rangel:

A ação penal pública, uma vez proposta (obrigatoriedade) em face de todos os autores do fato ilícito, não permite ao Ministério Público desistir do processo que apura o caso penal, pois seu mister é perseguir em juízo aquilo que é devido à sociedade pelo infrator da norma, garantindo-lhe todos os direitos previstos na Constituição da República para, se for provada sua culpa, privar-lhe da sua liberdade; porém, o direito de punir pertence ao Estado-juiz. Portanto, não pode dispor, o Ministério Público, daquilo que não lhe pertence.⁹⁸

Mas não é impedimento para que o promotor, na fase oportuna, peça a absolvição do acusado, desde que “provada à inocência ou as provas não sejam necessária para autorizar a condenação”.⁹⁹ Pois, ao Estado não interessa que alguém seja condenado injustamente.

O Ministério Público deve agir não apenas na persecução criminal, deve, também, agir como fiscal da lei. Podendo, se não houver mais interesse, desistir em momento oportuno da ação penal. Vale ressaltar o princípio da oportunidade que é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade e permite ao titular da ação penal dispor da propositura ou prosseguimento da ação penal, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo ou escassa culpabilidade.

Neste entender, Gazoto entende que “os órgãos da cúpula ministerial precisa abandonar o irracionalismo do desvio da obrigatoriedade da ação penal pública”.¹⁰⁰ Devendo, neste entender, haver uma maior flexibilidade da ação penal pública, atuando o *Parquet* somente quando houver funcionalidade na propositura da ação penal, não tornando a atividade do Ministério Público improdutiva.

⁹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, P. 215.

⁹⁹ LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998, P. 138.

¹⁰⁰ GAZOTO, Luis Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. São Paulo: Ed. Manole, 2003, P. 119/120.

4.3 Artigo 144 da Constituição Federal e a atribuição da polícia judiciária no poder de investigar

O artigo 144 da Constituição prevê, taxativamente, que a segurança pública é dever do Estado, é exercida para preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, além de ordem pública. Estas funções são exercidas pelos seguintes órgãos: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. “Ao Estado incumbe manter a paz e o equilíbrio das relações sociais”.¹⁰¹

É importante analisar, os parágrafos 1º e 4º, da Constituição, pois é de interesse saber para demonstrar ou não a legitimidade do Ministério Público para realizar a investigação criminal. Estabelece os parágrafos: a polícia federal exercer com exclusividade as funções da polícia judiciária da União e à polícias civis incumbe as funções de polícia judiciária e a apurar infrações penais, exceto as militares.

Tal norma deixa discussão pelo termo usado “com exclusividade” no parágrafo 1º, o que para uns é exclusivo da polícia judiciária a investigação, como entende Marco Antônio Azkoul:

É importante Salientar que pelo art. 144 da Constituição Federal a apuração das infrações penais e o exercício da Polícia Judiciária são exclusivas da Polícia cível e da Polícia Federal, sendo certo que deve-se-á respeitar a vontade constitucional quanto ao controle nobilíssimo que deverá reinar entre as nossas instituições.¹⁰²

No entender diverso, Marcelo Lessa Bastos, como exposto abaixo:

Tem-se, com clareza mediana, que o dispositivo constitucional tão-somente repartiu atribuições investigatórias entre as Polícias, excluindo da Polícia

¹⁰¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 1175.

¹⁰² *Apud* 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: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 151.

Civil a atribuição para investigar os crimes de competência da Justiça Federal, por reservar-lhes à investigação da Polícia Federal.¹⁰³

A divergência entre os autores é grande, mas antes de concluir, tem de se falar do princípio da não exclusividade da Polícia Judiciária na investigação criminal.

Este princípio trata que as funções, “de Polícia Judiciária, não se reflete, necessariamente, na apuração de crimes, podendo ser realizada também por um auxiliar da justiça criminal, fornecendo informações necessárias à instrução e julgamentos de processos”.¹⁰⁴ Portanto o princípio da não-exclusividade da Polícia Judiciária na investigação criminal permite a outros órgãos a apuração de infrações penais. O artigo 4º do Código de Processo Penal estabelece:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração de infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Ou seja, este artigo não limita a atividade policial de investigação criminal a apenas a polícia judiciária. Ou seja, não é exclusiva da polícia judiciária a apuração das investigações criminais. Mougenot entende que o Ministério Público possa participar no inquérito policial, como se vê abaixo:

Inexiste nulidade na participação do *Parquet* na fase investigatória criminal, circunstância em que, por ser destinatário da investigação, pode também realizar diligências na busca da verdade real. Inexiste, também, impedimento ou suspeição quando do oferecimento da denúncia (TJSP: RT 821/573).¹⁰⁵

O entendimento mais próximo ao artigo 144, parágrafo 1º, da CF é de que a exclusividade referente é para a apuração de infrações penais da polícia federal em relação a

¹⁰³ 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: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 151.

¹⁰⁴ LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998, P. 55.

¹⁰⁵ BONFIN, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 29.

outras polícias que estão expostas no mesmo artigo. Ou seja, a polícia civil não pode exercer funções de Polícia Judiciária da União cabendo apenas a polícia federal. Como diz o nobre doutrinador Marcelo Lessa Bastos: “tal dispositivo não faz nada mais que organizar, dentre as polícias, a atribuição investigatória”.¹⁰⁶

Neste entender não é exclusivo o poder investigatório da Polícia Judiciária na investigação criminal, estabelecendo o artigo 144 da Constituição Federal, apenas as atribuições entre as polícias.

4.4 Princípio do devido processo legal e a investigação criminal direta realizada pelo Ministério Público

O artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, demonstra claramente a aplicação do princípio do devido processo legal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal princípio estabelece que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens, sem ser respeitadas as formas estabelecidas em lei. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover: “É, pois, o processo penal o instrumento através do qual se tutela a liberdade jurídica do réu e não apenas instrumento pelo qual o Estado exerce sua pretensão punitiva”.¹⁰⁷

Vale ressaltar, como cita José Frederico Marques que “envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”.¹⁰⁸ Também deve ser entendido, nas palavras de Rogério Lauria Tucci:

¹⁰⁶ 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: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 155.

¹⁰⁷ *Apud* SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, P. 241.

¹⁰⁸ *Apud* SILVA, José Afranio. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo, Ed. Malheiros, 2005. P. 154.

Como exigência da elaboração regular e correta da lei, bom como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais, na aplicação judicial das normas jurídicas através do instrumento hábil à sua interpretação e realização, neste de paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.¹⁰⁹

Os dois autores, Tucci e Marques, entendem, que é um princípio que assegura o direito a liberdade. É um princípio que dá base ao contraditório e a ampla defesa, além de outros como: inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito ou ilegítimos, motivação das decisões judiciais, impossibilidade do tribunal de exceção e do juiz e promotor natural. Devendo, desta forma, devem ser respeitadas todas as formas previstas em lei.

Alguns autores como Adauto Suannes entende que o Ministério Público não pode realizar a investigação criminal com base neste princípio, pois para ele violaria este princípio. Nas suas palavras:

Que o Poder Judiciário dê um basta a tais abusos, absolutamente incompatíveis com as tradições daquela respeitável instituição, mesmo porque ao Ministério não cabe perseguir a quem quer que seja, pois a persecutio de que fala a doutrina é termo técnico, com o sentido de reivindicar, de buscar algo judicialmente.¹¹⁰

Mas, ao contrário do que entende o nobre doutrinador, não há óbice para que o Ministério Público, como parte no processo, possa realizar as investigações criminais, desde que seja imparcial, neste mesmo entender Paulo Rangel:

Não há óbice legal de que o Ministério Público, sendo parte instrumental, porém imparcial, possa desenvolver as investigações criminais diretas que viabilizarão o curso, regular do processo justo a que irá se submeter o réu. Até porque, como veremos mais adiante, o Ministério Público pode, inclusive, dispensar o inquérito policial, se tiver outros elementos que viabilizem o exercício da ação penal (art. 39, § 5º do CPP), ou seja, pode dispensar o inquérito para, de imediato, iniciar a ação penal, porque não poderia fazer a investigação que dará suporte à ação penal que irá propor? Quem pode o mais, pode o menos.¹¹¹

¹⁰⁹ *Apud* SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, P. 240.

¹¹⁰ SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, P. 235.

¹¹¹ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**. Visão Crítica. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2003, P. 66.

O que deve ser entendido como correto é que a investigação criminal seja realizada pela Polícia Judiciária, mas pode o Ministério Público atuar, mas de forma subsidiária, atuando na falta ou recusa da atuação da atividade policial ou também atuando de forma complementar, requisitando diligências ou mesmo fazendo. Deve atuar não só para propor a ação penal, mas para arquivar o inquérito policial, se as novas provas obtidas forem para a absolvição do acusado.

A estrutura do Ministério Público no poder de investigar deve ser subsidiária ou complementar, observada a forma prescrita em lei. Não deve ser de atuação compatível com a Polícia Judiciária, pois cabe a polícia a sua atuação, sendo esta estabelecida por lei.

4.5 Art. 129 da Constituição Federal e as atribuições relacionadas à investigação criminal

São funções estabelecidas pelas Constituição da qual são relacionadas com a investigação criminal, os incisos VI, VII e VIII, artigo 129 da CF. São eles, respectivamente: expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los; exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar; e requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. É também função privativa do *Parquet* promover a ação penal pública.

Como foi visto, nos capítulos anteriores, a investigação criminal é base para a formação da *opinio delicti*, que desta forma, o Ministério Público formará sua opinião e verificará se há a possibilidade de denunciar. Como já foi exposto, a Polícia Judiciária não é exclusiva para realizar a investigação criminal, é apenas uma repartição entre as polícias. E

nas palavras de Marcos Kac, “a investigação preliminar é imprescindível ao exercício da ação penal”.¹¹² Lembrando que o Inquérito Policial pode ser dispensado, não sendo meio imprescindível à denúncia.

Sendo o Ministério Público o único legitimado para propor ação penal, deve o *Parquet* reunir meios para que possa propor a ação penal ou até mesmo através de investigação absolver o acusado por, como exemplo, negativa de autoria. Nas palavras de Marcelo Lessa Bastos:

Se o Ministério Público é o único legitimado a exercer a ação penal de iniciativa pública e se este exercício lhe é obrigatório a partir do momento em que se reúnem no procedimento preparatório as condições da ação e os pressupostos processuais, por conseguinte, tem que poder colher os meios que necessita para o desempenho de seu múnus constitucional que, antes de um direito, é um dever que decorre das normas infraconstitucionais que regulam o exercício da ação de iniciativa pública.¹¹³

Desta forma, será possível ao órgão formar sua convicção e deliberará se é caso de propor a ação penal ou arquivamento por ausência de justa causa, com uma maior clareza. Não será apenas o que é constituído no inquérito policial, mas sua convicção realizada através de procedimentos complementares investigatórios.

O *Parquet* tem o controle externo da atividade policial, atribuição dada pela Constituição, como sendo o titular da ação penal é o destinatário imediato do inquérito policial.

Outra atribuição dada constitucionalmente pelo Ministério Público é o de requisitar diligências e exercer o controle a atividade policial. Marcelo Lessa Bastos, define requisitar, em suas palavras:

¹¹² KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 199.

¹¹³ 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: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 167.

Requisitar significa, em sentido literário, exigir legalmente. Em sentido jurídico, a requisição é uma ordem, que, desde que não seja manifestamente ilegal, não pode ser descumprida. Logo, este requisitar significa mandar fazer.¹¹⁴

Além disso, também expõe “que quem pode mandar realizar algo pode fazer, é o que ele chama de teoria dos poderes implícitos”.¹¹⁵ O que na realidade propõe é que o Ministério Público possa exercer as mesmas funções investigativas da Polícia Judiciária. O que não seria razoável, uma vez que é uma atribuição dada constitucionalmente ao um órgão específico, o que seria mais prudente. O mais sensato a ser feito é que o *Parquet* haja de forma subsidiária ou complementar, atuando na falta ou recusa da polícia, pedindo diligências e exercendo controle da atividade policial.

4.6 Necessidade de Regulamentação

O que falta hoje no país é a falta de regulamentação da atividade investigativa do Ministério Público, “apesar de entre 2003 e 2005, os órgãos do Ministério Público, tanto estadual quanto da União emitiram regulamentação”.¹¹⁶ Não é correto tal regulamentação uma vez que a própria constituição proíbe (art. 22, I da CF). Sendo competência de legislar sobre direito processual privativa à União.

Uadi Lammêgo Bulos conceitua privativa:

Diz-se privativa a competência que contém a nota de delegabilidade. Por seu intermédio, o ente político que a titulariza transfere, no todo ou em parte, determinada parcela de poder para a execução de tarefas de outra pessoa política de direito público interno. Assim, quando o parágrafo único desse art. 22 possibilita a lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre assuntos específicos, ou no momento em que o parágrafo único do art. 84

¹¹⁴ 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: Ed. Lumen Juris, 2004, P. 169.

¹¹⁵ *Ib, idem*. P. 169/170.

¹¹⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. Curitiba: Ed. Juruá, 2006, P. 250.

abre ensanchas para a existência de ato delegativo, estamos da competência privativa.¹¹⁷

Como exemplo pode-se citar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 3836, para contestar a Inconstitucionalidade da Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mas não sobre os fundamentos da investigação criminal em si, mas com o fundamento de que dispositivo ao, legislar sobre matéria processual é inconstitucional.

O que mostra que ainda falta regulamentação para que o *Parquet* possa exercer a função de investigar. Sendo que o atual momento ainda não foi regulamentado nenhuma lei que regulamente a investigação criminal praticada pelo Ministério Público.

4.7 Jurisprudência

A jurisprudência forma-se em duas posições:

HABEAS CORPUS – CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E MEDIDA CAUTELAR - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – INVESTIGAÇÃO PARA APURAÇÃO DE POSSÍVEL INFRAÇÃO PENAL PROCEDIDA DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – IMPOSSIBILIDADE – ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA – ART. 129 E ART. 144, § 1º, IV, DA CF.

I – Analisando as funções institucionais do Ministério Público, descritas no art. 129 da Constituição Federal, verifica-se não haver dispositivo expresso que lhe atribua funções de proceder, por si só, a investigações ou a inquérito, em matéria penal;

II – A Carta Magna, ao tratar da segurança pública, fixou como uma das finalidades da polícia federal a de “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União” (art. 144, § 1º, IV, da CF);

III – A atuação harmônica dos órgãos da administração pública é imprescindível para o desiderato que se colima na organização estatal, não se podendo conceber o Ministério Público desenvolvendo funções próprias da Polícia, cuja atividade está sujeita ao seu controle externo, conforme previsão contida no art. 129, VII, da CF;

IV – Em conseqüência, não poderia o Ministério Público extrapolar de suas atribuições, assumindo diretamente o comando das investigações, como ocorreu na espécie, com o encaminhamento de uma série de ofícios a

¹¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, P. 550.

diversos órgãos, visando obter informações particulares a respeito do Paciente;

V – A medida cautelar ajuizada pelo MPF para quebra de sigilo bancário, embora possa ser tida abstratamente como adequada – pois a proteção do sigilo bancário e fiscal cede diante de circunstâncias que denotem a existência de um interesse público – esbarra na impropriedade de sua origem, que é o apuratório indevidamente levado a efeito pelo parquet, o qual contaminou as provas obtidas;

VI – Buscando o equilíbrio entre as atuações irregulares e o interesse do grupo social, há que se considerar ilegal e atividade desenvolvida pelo Ministério Público no particular, não sendo ilícito, porém, em princípio, o material probatório coligido, que é apenas irregular quanto à sua obtenção. Poderá haver, portanto, o aproveitamento de atos pela autoridade competente para prosseguir, se for o caso, com as apurações;

VII – Ordem que se concede, em parte, para anular a medida cautelar, concedendo-se, ainda, habeas corpus de ofício, com base no art. 654, § 2º, do CPP, para anular também o procedimento administrativo realizado pelo MPF, facultando ao mesmo requisitar a instauração do inquérito policial com a remessa à autoridade policial das peças do referido procedimento.¹¹⁸

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. REQUISITOS. AUSÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. 1. O trancamento da ação penal por meio de habeas corpus, na linha de precedentes desta Corte, é medida de exceção, somente sendo admitida quando possível verificar, de plano, a inocência do paciente, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não é o caso dos autos. 2. 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. 3. Recurso ao qual se nega provimento.¹¹⁹

A jurisprudência majoritária tem entendido na possibilidade de investigação realizada pelo *Parquet*, como explicitado abaixo.

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. DELEGADO DE POLÍCIA. PRISÃO PREVENTIVA. RECONSIDERAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INVIABILIDADE. DENÚNCIA QUE DESCREVE FATO TÍPICO. INVESTIGAÇÕES EFETUADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Tendo o relator do habeas corpus originário reconsiderado sua decisão e concedido alvará de soltura em favor do paciente, fica prejudicado o pedido de revogação da prisão preventiva. 2. Somente se reconhece a falta de justa causa apta a trancar a ação penal quando um exame não detalhado dos elementos de convicção

¹¹⁸ Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Quarta turma. HC 2002.02.01.005556-7. Relator Desembargador Federal Valmir Pecanha. Rio de Janeiro: DJ de 21/05/2002.

¹¹⁹ Superior Tribunal Federal. Sexta Turma. RHC 23.302/MG. Ministro Celso Limongi. Brasília, DJ: 11/05/2009.

trazidos aos autos, em confronto com a descrição da denúncia, levar à conclusão de ser atípica a conduta nela narrada, estar extinta a punibilidade ou houver absoluta insuficiência de provas. 3. É vedado ao Ministério Público tão-somente presidir o inquérito policial - peça prescindível à apresentação da denúncia - não lhe sendo proibido, contudo, proceder a investigações administrativas, principalmente quando exercendo sua atribuição constitucional e legal de controle externo da atividade policial. 4. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, no mais, denegado, cassada a liminar.¹²⁰

O julgado acima se manifesta no sentido de que ao Ministério Público lhe é vedado apenas presidir o inquérito policial. Não lhe sendo vedado proceder investigações administrativas, principalmente quando exercendo sua atribuição constitucional e legal de controle externo da atividade policial.

Além do mais, a súmula 234 do STJ, com a seguinte redação; “A participação de membro do Ministério Público na fase de investigação não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”. Já pacificou o tema a nível infraconstitucional, Dando a possibilidade de poder realizar a investigação a nível infraconstitucional.

Paulo Rangel, diz se referir à investigação criminal direta realizada pelo Ministério Público. No seu dizer:

À primeira vista pode parecer que a súmula refere-se à suspeição ou impedimento, única e exclusivamente, no sentido de não estar impedido o membro do Ministério Público de oferecer denúncia em face dos indiciados, se participou na fase das investigações. Porém, pesquisando os acórdãos que deram origem a súmula, verifica-se que todos referem-se às investigações criminais diretas pelo Ministério Público que, diante das informações colhidas, formou a *opinio delicti* e ofereceu denúncia. Os acusados impetraram Habeas Corpus e o Superior Tribunal de Justiça denegou todos os pedidos, e diante das reiteradas argüições, editou a súmula.¹²¹

¹²⁰ Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 83.858/SP. Ministro Paulo Gallotti..Brasília, DJe 27/04/2009.

¹²¹ RANGEL, Paulo. Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público. Visão Crítica. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2003, P. 227.

Não impede também o seu oferecimento em virtude do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Há também o entendimento contrário ao da possibilidade de investigação.

EMENTA: 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 envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior.

II. - R.E. não conhecido".¹²² 2ª Turma. RE nº 205473/AL. Relator: Carlos Velloso. Brasília, DF, 15 dez. 1998. DJ de 19.3.1999, Votação Unânime.

Vale ressaltar que “a exclusividade do exercício da polícia judiciária em relação à polícia federal é a de afastar que as investigações sejam realizadas pelas polícias civis em crimes de competência da União”.¹²³

Tal jurisprudência não há mais sentido uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal já mudou sua posição, como mostra o HC 91661, publicado em 3 de março de 2009.

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior

¹²² *Apud* RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**. Visão Crítica. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2003, P. 234.

¹²³ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**. Visão Crítica. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2003, P. 234.

hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. 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. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.¹²⁴

Neste acórdão, a o entender de harmonizar a Polícia Judiciária e o Ministério Público para a formação da *opinio delicti*. Não retirando as atribuições constitucionais e sim permitir a melhor apuração dos fatos.

Sendo que há o entender majoritário a favor da possibilidade de investigação ser realizada diretamente pelo Ministério Público. Tanto que já existe até a súmula 234 do STJ, que já foi exposto acima, confirmando tal hipótese.

¹²⁴ Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 91661. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DJ: 03/04/2009, P. 103-109.

CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto se conclui que é possível a investigação criminal procedida pelo Ministério Público, já que a Constituição lhe conferiu implicitamente este poder, que não é mais exclusivo da Polícia Judiciária. As duas instituições devem, portanto se unirem na investigação de certas modalidades de crimes para se alcançar mais eficácia na busca da verdade real, possibilitando uma formulação mais consistente da *opinio delicti*. Assim a propositura da ação penal terá mais consistência e sustentação empírica, a partir de uma apuração mais criteriosa do fato. Atuando conjuntamente, o Ministério Público e a Polícia Judiciária poderão contribuir mais efetivamente para tornar a sociedade mais harmoniosa e pacífica, sem deixar o criminoso impune por insuficiência de provas.

É importante destacar que os cidadãos comuns precisam crer que o Estado terá condições de enfrentar eficazmente a criminalidade crescente, assegurando que os crimes sejam punidos. Como o Promotor Público é o agente estatal legitimado para propor a ação penal, deve, desta forma, assegurar meios mais adequados para investigar os crimes mais sofisticados ou os delitos mais complexos onde estejam envolvidas pessoas importantes da sociedade. É imprescindível à busca da verdade real que ele não somente possa determinar ou requisitar certas diligências à Polícia Judiciária, mas também, em alguns casos específicos, realizar por conta própria a investigação criminal.

Tendo o Ministério Público acesso às informações, pode facilitar a busca da verdade real, verificando com uma maior clareza os indícios de autoria e a prova da

materialidade do fato. Assim poderá apurar por si mesmo ou requisitar diligências, para propor a ação penal com maior segurança, evitando as impunidades e injustiças, já que é dele o ônus da prova no processo penal. Portanto, a sua colheita com a participação mais efetiva de um Promotor Público, acarretará certamente maior consistência e clareza no oferecimento da denúncia.

A doutrina é unânime em reconhecer que o inquérito policial é prescindível para a propositura da ação penal, podendo o Ministério Público oferecer a denúncia com base em informações que tenha apurado por conta própria, ou que lhe tenha chegado às mãos por iniciativa de alguma pessoa interessada. Em casos tais, ele não necessita da conclusão do inquérito policial. A exclusividade da investigação criminal destacada no artigo 144 da Constituição define apenas as competências entre as diversas polícias, organizando suas atribuições.

O Ministério Público promovendo diligências por conta própria ainda que de forma subsidiária, pode atenuar a impunidade. O inquérito policial seria mais claro por ter elementos mais consistentes para subsidiar a propositura da ação penal e assim teria maior eficácia. Mesmo que a Constituição, no artigo 144, tenha estabelecido que à Polícia Judiciária compete a apuração das infrações penais, o *Parquet* pode e deve atuar junto, buscando meios para que o Estado, defendendo o interesse da população, assegure a punição dos criminosos.

Apesar de não haver menção expressa na Constituição assegurando ao Ministério Público realizar ele próprio a investigação criminal – o que para muitos doutrinadores constitui óbice intransponível – é extrema de dúvidas que lhe confere atribuições hierarquicamente muito mais elevadas, como a requisição de diligências e até mesmo o controle da atividade policial. Como afirmam muitos autores, quem pode mais pode menos. Conclui-se, portanto, ser possível também realizar a investigação criminal. Esta

possibilidade não torna o processo desigual, pois a realização da investigação pelo Ministério Público servirá apenas à formação da *opinio delicti*. A partir daí é que será iniciada a ação penal propriamente dita. Atuará, portanto, apenas para garantir o exercício da titularidade na propositura da ação penal.

Com isso, os órgãos atuarão conjuntamente, não ocorrendo assim a substituição da Polícia Judiciária, que continuará sendo a principal encarregada das atividades da investigação criminal, sob a supervisão do *Parquet*, o qual, como titular da ação penal, poderá requisitar diligências, como expressamente autorizado pela Constituição, realizando diligências de forma subsidiária ou auxiliar, o que é implicitamente assegurado por essa mesma Constituição. Em suma, a atuação do Ministério Público deve ser subsidiária, por lhe incumbir outras funções essenciais ao Estado Democrático de Direito, devendo atuar quando for necessário ou na ausência da polícia.

Reconhece-se a intensa divergência, jurisprudencial e doutrinária, sobre a atuação do Ministério Público, havendo argumentos ponderáveis em ambos os sentidos, mas a tendência que se nota é a afirmação de que o Ministério Público tem legitimidade para realizar a investigação criminal.

O ideal é que a lei complementar definisse explicitamente essa atividade investigativa do Ministério Público para que deixasse de existir essa lacuna na lei. Assim, poder-se-ia igualmente definir com maior precisão e clareza as hipóteses em que poderia atuar de forma subsidiária, sem invadir a competência da Polícia Judiciária.

REFERENCIAS

AMARO, Mohamed. **Código de Processo Penal na expressão dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e a sua Investigação Criminal**. Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

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: Ed. Lumen Juris, 2004.

BONFIN, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2008.

GAZOTO, Luis Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. São Paulo: Ed. Manole, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública. Princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

JESUS, Damásio E. de. **Cursos Professor Damásio à Distância**. São Paulo: Ed. Curso Prof. Damásio, 2008.

KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

MALCHER, J.L. da Gama. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal vol. 1**. Campinas: Ed. Millennium, 2003.

MATOS, João Carvalho de. **Prática e Teoria do Direito Penal e Processual Penal, Vol. 2.** São Paulo: Ed. Mundo Jurídico, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

_____. **Ministério Público.** São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2003.

MIRABETE, Julia Fabrinni. **Processo Penal.** São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional.** 1ª edição. Brasília: Senado Federal, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal à luz da doutrina e da jurisprudência.** Barueri, SP: Ed. Manole, 2005.

_____. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Ed. Atlas, 1997.

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

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na Construção do Estado Democrático de Direito.** Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2003.

_____. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

_____. **Investigação Criminal direta pelo Ministério Público, Visão Crítica.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

SILVA, Ivan Luiz da. **O Ministério Público e as investigações criminais.** Brasília, Revista informativa legislativa, 2005.

SILVA, José Afranio. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo, Ed. Malheiros, 2005.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. HC 83.858/SP. Ministro Paulo Gallotti..Brasília, DJe 27/04/2009.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Sexta Turma. RHC 23.302/MG . Ministro Celso Limongi. Brasília, DJ: 11/05/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC 91661. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DJ: 03/04/2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, P. 31.

_____. **Processo Penal vol. 1**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

_____. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

_____. **Processo Penal**. Vol. 2. 15ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Quarta turma. HC 2002.02.01.005556-7. Relator Desembargador Federal Valmir Pecanha. Rio de Janeiro: DJ de 21/05/2002.