

Centro Universitário de Brasília

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais | FAJS

ISABELA REPLE DO NASCIMENTO

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

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

Orientador: Prof. George Lopes Leite

Brasília

2013

ISABELA REPLE DO NASCIMENTO

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Brasília

2013

Dedico esta monografia à minha avó, que sempre almejou um futuro de sucesso para os netos e não economizou esforços de cunho material e moral para proporcionar-me todas as oportunidades de engrandecimento intelectual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 O INQUÉRITO POLICIAL E AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS DA JUSTIÇA CRIMINAL

1.1 Conceito de inquérito policial

1.2 Polícia Judiciária

1.3 Finalidade

1.4 Características

1.5 Valor probatório

1.6 Encerramento

1.7 Arquivamento

1.8 Sistema Acusatório

1.9 Breves Informações Acerca da Instituição Ministerial

1.10 Instituições da Justiça Criminal

1.11 Funções

1.12 Relações Institucionais

2 TITULARIDADE DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

2.1 Previsão constitucional

2.2 Legitimidade

2.3 Monopólio das investigações

2.4 Interpretação jurisprudencial dos Tribunais Superiores

2.5 Divergências doutrinárias

2.6 Hipóteses de titularidade das investigações pelo Ministério Público sem a atuação policial

3 ANÁLISE FÁTICO-DEMONSTRATIVA DO TEMA

3.1 Entrevista com os operadores da Justiça Criminal

3.2 Demonstração das particulares visões destes operadores acerca da problemática traçada

RESUMO

O presente feito visa esclarecer o que acontece na fase que antecede a propositura da ação penal pelo Ministério Público e as relações institucionais que a rege. A oportunidade desse esclarecimento permite chegar a indagações acerca do poder investigatório do órgão que propõe a demanda criminal, haja vista ser ele o detentor da *opinio delicti* que embasa a peça inicial do processo. Para tanto, elucida-se o que vem a ser um inquérito policial e suas características, finalidades e procedimento. Posteriormente, é analisado o papel que ele assume diante da fase antecipatória da ação penal, garantindo ao cidadão indiciado a presunção de inocência constitucionalmente instituída e a segurança contra a arbitrariedade estatal, visto que é um procedimento preparatório da ação, voltado à colheita da materialidade e de indícios da autoria do crime. São, também, analisados os laços institucionais entre os entes que integram as fases processuais, o modo como eles se interligam e como isso demonstra o sistema processual inerente às suas atribuições. Examinados esses tópicos, são explorados entendimentos das Cortes Superiores e de renomados doutrinadores penalistas a fim de estabelecer um ponto comum a respeito da problemática, no âmbito das competências legal e constitucional das instituições da Justiça Criminal. Para alcançar esses objetivos, faz-se necessária a leitura das decisões dos Tribunais Superiores – a fim de estudar seus posicionamentos no decorrer do tempo, verificando se a hermenêutica da questão pode prevalecer de maneira justa –, e a leitura em conjunto de autores que defendem e que criticam a investigação direta do *Parquet*.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Investigatório do Ministério Público; Titularidade da Investigação; Sistema Acusatório; Justiça Criminal; Competências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho consiste no fornecimento de dados referentes às competências atribuídas aos órgãos investigatórios quando confrontados com suas atribuições constitucionais. O fato de o Ministério Público poder requisitar diligências e expedir notificações nos processos administrativos em que atua também constitui forma de investigação, sendo que alguns autores sustentam que, embora esse órgão possa proceder a investigações criminais, ele não pode presidi-las, assim como, em contrapartida, outros defendem sua plena legitimidade para a presidência das referidas investigações.

Nesta última situação, sua incidência ocorre nos casos de dispensabilidade do inquérito policial – ocasião em que o órgão ministerial pode investigar elementos necessários para a instauração do processo do qual é titular independentemente da deflagração dessa peça informativa –; nos casos em que o inquérito civil, presidido pelo *Parquet*, constituir prova suficiente para embasar a justa causa da ação penal; em situações nas quais o mencionado órgão investiga seus próprios membros e quando a polícia não se apresentar capaz, independentemente do motivo – dada sua condição de organismo subordinado ao governo e à Administração Pública –, de obter dados indispensáveis para o exercício da demanda criminal, sobretudo nas situações em que policiais e autoridades estão envolvidas. É um tema controverso tanto no entendimento dos Tribunais Superiores quanto na doutrina, evidenciando, dessa forma, a problemática do assunto.

O trabalho visa analisar o modelo de investigação pré-processual adotado no Brasil conjuntamente com o sistema processual que o norteia. Destarte, no primeiro capítulo é apresentado o conceito de inquérito policial, a competência

para sua confecção e as características e finalidades essenciais dessa peça de informação, bem como discute-se o valor probatório dos elementos nele colhidos e a aplicabilidade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Também são examinadas as atribuições decorrentes de seu encerramento e a competência para o pedido de arquivamento.

Além disso, aborda-se o sistema acusatório e a distribuição das funções no âmbito das instituições criminais, de modo a esclarecer-se a conexão dos órgãos das fases pré-processual e processual com as suas ínsitas funções. E, por fim, são aclaradas as providências a serem tomadas quando finalizada a colheita dos elementos primordiais da peça inquisitorial.

Já no segundo capítulo, apresentam-se as próprias relações institucionais entre a polícia e os órgãos da Justiça Criminal, sendo possível ter uma visão crítica acerca do perfil institucional da *persecutio criminis* em detrimento da celeridade processual e eficiência na formação da *opinio delicti*. São esclarecidas, também, as competências da polícia civil e da polícia federal, bem como são analisadas as questões da Proposta de Emenda Constitucional nº 37, de iniciativa do Deputado Lourival Mendes, e as posições doutrinárias e jurisprudenciais referentes ao poder investigatório do órgão ministerial.

No derradeiro capítulo, será exposta, a título ilustrativo da controvérsia, uma pequena entrevista com os operadores da Justiça Criminal, a fim de demonstrar as diferentes visões concernentes a cada função acerca do tema em apreço.

Assim sendo, tem-se que o presente feito é de natureza jurídico-teórica, porquanto acentua os aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários no campo das investigações penais preliminares.

No que se refere aos tipos genéricos de pesquisa, utilizar-se-ão os tipos exploratório e descritivo. O primeiro embasa o levantamento de doutrinas, coletas de jurisprudências e percepções gerais sobre os fenômenos abordados; o segundo, refere-se ao próprio foco de abordagem, isto é, toda a pesquisa subsequente será desenvolvida numa perspectiva analítica de decomposição do problema jurídico, em seus diversos aspectos, relações e níveis.

Espera-se, por fim, que o presente trabalho acolha as expectativas particulares que lhe são confiadas e que possa, ao menos, traduzir a importância de um tema polêmico cuja repercussão já atingiu insólitos níveis.

1 O Inquérito Policial

O princípio da dignidade da pessoa humana, informador do Estado Democrático de Direito, que lhe embasa nas suas premissas mais básicas e reveste-se de função norteadora de toda e qualquer atividade do Direito, é intransponível à atividade criminal a ser apurada. Tendo isso em vista, insta afirmar que o Estado não pode proceder a um processo-crime aleatoriamente, sem o mínimo de respaldo acerca dos indícios da materialidade e da autoria delitivas. É necessário um procedimento prévio para embasar a iniciativa da jurisdição penal, ou seja, um procedimento imanente da persecução criminal que lhe dê validade.

Dessa forma, a unidade ideológica da Escola Clássica esclarece o ponto referente à garantia da proteção do indivíduo contra o poder arbitrário do Estado. Ou seja, não pode ele simplesmente buscar a reparação do mal causado (prevenção geral negativa) por seus próprios instrumentos, sem uma formalidade prévia ínsita ao sistema formal de punição e sem manter conformação finalística com as leis estabelecidas para esse fim. Nesse sentido, Ferrajoli se posiciona:

Segundo um primeiro significado, garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente garantista todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.¹

Então, o inquérito policial assume essa função de dar a segurança ao infrator de que o Estado não é um ente tirânico, sendo considerado um

1 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e Razón*. 3 ed. Madrid: Trotta, 1998, p. 851 *apud* RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta Pelo Ministério Público: Visão Crítica*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003.

procedimento preparatório da ação penal voltado à colheita de indícios da autoria e prova da materialidade do crime.

Importante mencionar que, conforme preceitua o artigo 144 da Constituição Federal, a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos e é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Através de sua função administrativa e de seu caráter preventivo, a polícia militar objetiva impedir a prática de atos lesivos a esses institutos, ao passo que a polícia judiciária atua visando o fornecimento de elementos destinados ao titular da ação penal para a deflagração do processo.

No âmbito estadual, tal atribuição pertence às polícias civis, dirigidas por delegado de carreira; no âmbito federal, à polícia federal, a qual exerce, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União (Constituição Federal, artigo 144, § 1º, inciso IV).

No que se refere às características do inquérito policial, encontram-se o sigilo, a oficialidade, o procedimento escrito, a oficiosidade, a autoritariedade, a indisponibilidade e o inquisitivo. (CAPEZ, 2012)

Com efeito, o sigilo que permeia a peça informativa encontra respaldo constitucional, haja vista agir como meio de resguardo da intimidade do indiciado e de seu estado de inocência. O acesso aos autos do inquérito não é amplo, pois, nos termos da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, o defensor só terá acesso aos atos já documentados, ou seja, o mesmo não abrange os que estão com diligências em curso, visto que não há que se falar no amplo

direito de defesa na medida em que não há condenação – o indiciado é mero alvo de investigação.

Outrossim, o defensor não poderá acompanhar a realização dos atos procedimentais cujo sigilo fora decretado judicialmente. (CAPEZ, 2012)

A oficialidade, a seu turno, traduz a própria competência do inquérito policial, isto é, ele somente pode ser exercido por órgãos oficiais, vedada a possibilidade de instauração por particular. (CAPEZ, 2012)

Já a oficiosidade guarda estreita relação com a indisponibilidade, haja vista ambos serem corolários do princípio da legalidade, pois a instauração do inquérito, via de regra, é obrigatória, diante da notícia de uma infração penal, assim como, depois de instaurado, não pode a autoridade policial proceder ao seu arquivamento - procedimento exclusivo do magistrado, a pedido do órgão ministerial.

Quanto à autoritariedade, significa dizer que o inquérito é presidido por uma autoridade pública, a saber, o delegado de polícia de carreira.

No que tange à característica do inquisitivo, resta patente a sua inserção na fase pré-processual atinente ao sistema inquisitivo, no qual as atividades persecutórias encontram-se nas mãos de uma só autoridade, não se vislumbrando a presença do contraditório e da ampla defesa. (CAPEZ, 2012)

Nesse sentido, cumpre ressaltar que a questão relativa ao contraditório guarda importante relação com o valor probatório dos elementos colhidos na fase inquisitorial, vez que o artigo 155 do Código de Processo Penal preconiza que apenas servirá como prova apta a embasar a convicção do juiz aquela colhida sob o crivo do contraditório, não podendo ele fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. (NUCCI, 2010)

Diante disso, tem-se que o acervo probatório colhido na delegacia possui a função meramente informativa, não podendo servir como suporte à condenação – ante a ausência do contraditório. Por isso, os vícios acaso existentes nesta etapa não acarretam nulidades processuais, não chegando nem mesmo a atingir a fase seguinte (fase processual). Vale dizer, uma vez que a convicção do julgador, na fase processual, for lastreada em indício assentado apenas na fase pré-processual, ela poderá ser atacada pela via do *habeas corpus*. (NUCCI, 2010)

Por outro lado, o inquérito policial não conserva a característica da obrigatoriedade quando, entre outros casos, estiverem presentes elementos suficientes para a deflagração do procedimento criminal. Nesse caso, o Ministério Público pode oferecer a denúncia de ofício ou o magistrado deve remeter a peça inquisitorial ao *Parquet* para tanto. (CAPEZ, 2012)

Finalmente, encerradas as investigações, a autoridade policial deve confeccionar um relatório de tudo o que fora apurado e enviar os instrumentos e objetos que interessarem à prova judicial. Não pode, entretanto, mandar arquivar os autos do inquérito. Tal providência, como alhures mencionado, só cabe ao juiz e a pedido do Ministério Público.

Destarte, conforme dispõe o artigo 28 do Código de Processo Penal, se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. (NUCCI, 2010)

Por fim, arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas (Súmula 524/STF).

Com isso, encerra-se a fase pré-processual e passa-se a estudar a fase seguinte, eminentemente processual.

Com efeito, a fase processual refere-se às relações que ocorrem logo após a *persecutio criminis* e é determinada por critérios e sujeitos diferentes.

O sistema processual que vigora na fase policial é o inquisitivo, onde inexistente o princípio do contraditório e se reúnem na mesma pessoa funções diversas, como acusar, defender e julgar. (RANGEL, 2009)

Por sua vez, a fase processual, revestida de seus princípios norteadores que lastreiam toda sua atividade e embasam sua estrutura, vigora o sistema acusatório, caracterizado principalmente pela distribuição das funções acima mencionadas.

Diante disso, cumpre registrar que após o encaminhamento dos autos do inquérito policial ao Ministério Público, este órgão poderá adotar três providências: a) oferecer a denúncia, entendendo estarem presentes os elementos suficientes à instauração da ação penal - momento em que será entregue ao juiz para se posicionar a respeito de seu recebimento; b) requerer o retorno dos autos à polícia, caso entenda ser necessário dar continuidade às investigações, requerendo novas diligências; c) requerer o arquivamento, ocasião em que aplicar-se-á o artigo 28 do Código de Processo Penal se o juiz entender de modo diverso. (NUCCI, 2010)

A partir dessa breve consideração, é possível extrair a distribuição das funções – garantida pelos primados do sistema acusatório – a órgãos distintos, de modo que a função de acusar é ínsita ao órgão ministerial; a de defender, ao Defensor Público ou advogado constituído; e a de julgar, ao magistrado.

Nesse sentido, manifesta-se a doutrina:

Assim, garantias como o contraditório, a ampla defesa, a presunção do estado de inocência, o *favor rei*, a inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, a titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público, dentre outras, estão a demonstrar exatamente essa preocupação de que a extremidade mais frágil da corda, nessa tensão acusação (Estado) x defesa (réu) fique sempre protegida. Isto faz parte do princípio da isonomia: reconhecer que o réu é, de fato, o polo mais fraco e garantir a ele mecanismos de equiparação e de possibilidade real de defesa. E foi exatamente isso que o constituinte fez.

O princípio acusatório – que delinea um modelo de processo penal garantista e democrático – é corolário desse sistema de valores como exposto. Pelo princípio acusatório, acusação, defesa e juiz possuem papéis definidos e inconfundíveis. Nesse jogo de equilíbrio, o Ministério Público é o titular exclusivo da pretensão acusatória (em casos de ação penal pública), a Defesa funciona dialeticamente como a antítese da acusação, sendo-lhe assegurados todos os mecanismos legítimos para fazer frente ao Ministério Público, e ao juiz é destinada a tarefa de decidir a causa, bem como as medidas cautelares, garantindo a regularidade do processo, respeitando sua maior característica, qual seja, a imparcialidade.²

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 determina, em seu artigo 129, inciso VII, que cabe ao Ministério Público realizar o controle externo da atividade policial, na forma definida pela legislação complementar, incluindo-se nesse âmbito o acompanhamento de todos os estágios da atividade policial, o exame de documentos e procedimentos relacionados com as investigações e a denúncia dos casos de abusos e violações praticados contra os direitos individuais.

Assim sendo, observa-se que a estrutura policial é fundada em regras jurídico-administrativas próprias, cujo controle externo cabe ao Ministério Público, que também é instituição fundada em regras jurídico-administrativas próprias, e assim como o Judiciário, que atua em conjunto com os demais órgãos do Sistema Penal. Vê-se, pois, que todos eles estão interligados, formando a simbiose dos entes da Justiça Criminal.

² PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva; OLIVEIRA, Sandro Rogério Monteiro de. *Reflexões sobre os vinte anos da Constituição Federal*. Campo Grande: Editoria UFMS, 2009, p. 84.

A *exempli gratia*, no caso do arquivamento anteriormente mencionado, o Ministério Público não pode simplesmente arquivar o processo entendendo constituir a medida cabível, tampouco a autoridade policial poderá fazê-lo. A palavra cabe ao juiz. Logo, vê-se a disposição de uma regra jurídica própria da autoridade judiciária, excluídas as demais autoridades, de modo a individualizar condutas distintas nas mãos de sujeitos diversos.

Nessa senda, cabe mencionar o seguinte excerto:

O sistema acusatório vigente no ordenamento jurídico brasileiro, como já afirmamos antes, não obstante não ser puro como acreditamos deveria ser, afasta o juiz da persecução penal pré-processual, deixando o Ministério Público como órgão próprio para iniciar e desenvolver a persecução penal com o auxílio direto da polícia de atividade judiciária. Entretanto, há no Código de Processo Penal e em leis extravagantes resquícios do poder inquisitório exercido pelo magistrado no curso da investigação que, diante da opção feita pelo legislador constituinte, foi totalmente abolido e não pode persistir, garantindo-se ao investigado os direitos constitucionais do devido processo legal, da imparcialidade do órgão jurisdicional, do Promotor natural e a estrutura acusatória, estabelecendo-se, assim, o *actum trium personarum*. (RANGEL, 2009, p. 240)

Em outro ponto, uma questão controvertida se refere à discricionariedade do delegado para decidir qual tipo de ocorrência gerará ou não um inquérito policial e, quando produzido, decidir o que ali constará, eis que tais elementos geram consequências em todo o fluxo da justiça. Contudo, esses elementos serão retratados de forma mais aprofundada no capítulo seguinte, adiantando-se, de antemão, que caso reste configurada tal situação, o acusado tem a faculdade de interpor recurso da decisão ao Secretário de Segurança Pública. (NUCCI, 2010)

Delimitadas, numa rápida síntese, as relações institucionais que regem o sistema processual no início da formação da pretensão punitiva do Estado, passa-se, por hora, a discriminar a possibilidade investigatória do *Parquet* na fase

inquisitorial, bem como as situações em que este órgão atuará de forma mais eficiente em relação à polícia na coleta de dados investigatórios.

Mas antes de adentrar nesse mérito, importa traçar algumas breves informações acerca da instituição ministerial.

Além da tradicional função de acusar, dando início à jurisdição criminal, o Ministério Público ainda atua como autor na ação civil pública, seja para defesa de interesses difusos e coletivos, seja para repressão à improbidade administrativa. Diante disso, pode-se afirmar que este órgão assume ampla participação no controle da administração pública brasileira. Nesse sentido:

Poucas instituições saíram tão fortalecidas da Constituição de 1988 quanto o Ministério Público, que passou a assumir um conjunto enorme de atribuições cruciais para o funcionamento do Estado democrático de direito.

[...]

Com fundamento legal no art. 127, *caput*, da Carta de 1988, o Ministério Público assumiu importantes funções no sentido de viabilizar o controle social da administração pública, sendo atualmente um dos mais poderosos mecanismos para coibir e punir gestores governamentais corruptos.

[...]

Nessa tarefa de defender a administração pública dos maus políticos e gestores, os ministérios públicos estaduais criaram órgãos especializados, com destaque para as promotorias de defesa do patrimônio público. Em Minas Gerais, por exemplo, foi criado inclusive o Centro de Apoio Operacional do Patrimônio Público (Caop), que presta assessoria material e jurídica aos promotores de justiça que atuam na área de proteção dos princípios constitucionais que devem reger a administração pública. Na grande maioria dos municípios brasileiros, a população encontra no Ministério Público o respaldo institucional e legal para impedir que prefeitos e gestores corruptos se apropriem indevidamente de recursos públicos, instrumentalizando um dos mais eficazes mecanismos de controle social no Brasil. Ao contrário do Judiciário, tradicionalmente mais fechado e voltado para si mesmo, o Ministério Público é uma instituição relativamente mais aberta, democrática, próxima da população, características que contribuem para difundir a prática do controle social³.

³ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Fundamentos de administração pública brasileira*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 298/299.

Isso conduz ao fenômeno denominado *accountability*, onde a transparência governamental ganha espaço e aumenta-se a facilidade do controle social, exercido tanto pelos próprios cidadãos, e, principalmente, pelo órgão incumbido da defesa do regime democrático e dos interesses sociais. Veja-se:

O termo *accountability* pode ser considerado o conjunto de mecanismos e procedimentos que levam os decisores governamentais a prestarem contas dos resultados de suas ações, garantindo-se maior transparência e a exposição das políticas públicas. Quanto maior a possibilidade de os cidadãos poderem discernir se os governantes estão agindo em função do interesse da coletividade e sancioná-los apropriadamente, mais *accountable* é um governo.⁴

Não escapa do conhecimento da população que, no Brasil, é constante a prática de atos corruptos por gestores ou políticos sem a devida punição cível e criminal. Carregando o Ministério Público, todavia, as importantes funções que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988, emerge cristalina a possibilidade de redução desta impunidade, justamente por meio do referido controle social que lhe foi possibilitado manejar.

Assim, transcende a importância do Ministério Público às funções de simples acusador no âmbito do procedimento criminal, ampliando-se um escurto leque de grandes responsabilidades na manutenção da ordem social e política. (MATIAS-PEREIRA, 2010)

Esses fatores se apresentam de elevada importância na compreensão das atribuições que o *Parquet* aufere no cenário atual, sobretudo no âmbito das investigações penais preliminares (e, mais precisamente, quanto à acusação de autoridades públicas).

⁴ MATIAS-PEREIRA, José. *Curso de Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 71.

Assim sendo, mais clara se apresentará a exposição a ser traçada no derradeiro capítulo.

2 Titularidade das investigações

O sistema jurídico brasileiro é estruturado de forma a situar a Constituição Federal num patamar de superioridade em relação a todas as demais normas do ordenamento jurídico, sendo considerada a fonte de validade de todas elas. A rigidez constitucional revela a necessidade de elaboração e/ou alteração das normas constitucionais por um procedimento mais elaborado e dificultoso frente às leis infraconstitucionais, sobrepondo-se, portanto, numa escala hierarquicamente superior. Isso porque em uma Constituição do tipo flexível, em que as normas constitucionais e ordinárias são elaboradas pelo mesmo legislador, segundo o mesmo processo legislativo e pertencentes ao mesmo patamar jurídico, não há que se falar em hierarquia, não se vislumbrando algo superior em que se possa espelhar ou dela buscar a validade, apenas podendo-se visualizar a figura da fiscalização dos atos pelas autoridades públicas frente ao ordenamento jurídico. (MORAES, 2006)

De fato, o que está descrito na Constituição é o que deve prevalecer acima de qualquer outra espécie normativa, as quais devem resguardar estrita observância e obediência aos preceitos constitucionais.

Feita essa consideração inicial, importa registrar que o comando contido no artigo 144, § 1º, inciso IV da Constituição Federal – o qual, por ser um preceito constitucional, e, portanto, situar-se em patamar hierárquico superior, merece destaque frente às demais normas – aborda o seguinte conteúdo normativo: “A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.”.

Nestes termos, destaca-se que uma interpretação literal ou gramatical do dispositivo permite chegar à conclusão de que a competência constitucional de exercer as funções de polícia judiciária da União é imputada, exclusivamente, à polícia federal. Mas, como doravante será esclarecido, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores têm entendido pela possibilidade de o Ministério Público proceder diretamente a investigações criminais, através de uma interpretação sistemática e teleológica envolvendo, dentre outros, o dispositivo mencionado. (CUNHA, 2009)

Também serão registradas, ademais, algumas situações nas quais há a possibilidade de o *Parquet* presidir essas investigações, o que conduz a um tema bastante controverso, em que renomados autores criminais apresentam posições divergentes. E mais, com fundamentos idôneos.

Nesse diapasão, para melhor elucidar a problemática, cabe, em primeiro lugar, delimitar as diferenças entre a polícia federal e a polícia civil dentro do contexto da polícia judiciária, à qual cabe o auxílio da atividade persecutória do Poder Judiciário.

Com efeito, nos dizeres de Julio Fabbrini Mirabete, “a Polícia é uma instituição de direito público destinada a manter a paz pública e a segurança individual”.

A atividade policial é dividida entre polícia administrativa e polícia judiciária. À primeira, é atribuído um caráter ostensivo e uma atuação independente, ou seja, prescinde de autorização judicial e, portanto, se diferencia da polícia judiciária, cuja atuação tem início quando os atos que aquela pretendia impedir não foram evitados. Incumbe à polícia militar, então, as atividades de polícia

administrativa e, às polícias federal e civil, as de polícia judiciária, a qual passará a ser analisada neste momento. (RANGEL, 2009)

A finalidade da polícia judiciária caracteriza a apuração de infrações penais em auxílio à Justiça Criminal, fornecendo subsídios mínimos para a formação da *opinio delicti* do *Parquet* e do embasamento da justa causa da ação penal, descrita no artigo 395, inciso III do Código de Processo Penal. Todavia, a diferença entre as espécies desta polícia reside apenas nos respectivos âmbitos de atuação, de modo que à polícia federal incumbem as infrações da esfera federal e à polícia civil as da esfera estadual. (CAPEZ, 2012)

Nesse descortino, impende salientar que, não obstante a polícia judiciária seja imbuída da incontroversa função investigatória criminal, tal premissa não conduz à conclusão de que somente ela possui esse poder. A própria Constituição da República traz em seu artigo 129, incisos VI, VIII e IX funções investigatórias que são atribuídas ao órgão ministerial. Confira-se:

[...] em seu inciso VI, atribui-lhe o poder constitucional de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, bem como o de requisitar (determinar) informações e documentos para instruí-los, na forma da lei. Tal procedimento administrativo, pela natureza das requisições e notificações, tem cunho indiscutivelmente investigatório e é presidido pelo Ministério Público. [...] seu inciso VIII permite ao MP requisitar diligências investigatórias e, autonomamente, a instauração de inquérito policial. [...] e, finalmente, o IX deixa claro que as atribuições elencadas no art. 129 da Carta Magna são meramente exemplificativas, não esgotando o extenso rol de atribuições da instituição ministerial. (CAPEZ, 2012, p. 150)

O exposto acima não destoa da doutrina de Paulo Rangel, *in verbis*:

O Ministério Público surge, assim, com poderes que lhe são conferidos pelo Poder Constituinte originário, com a função de iniciar, privativamente, a competente persecução penal, exatamente para combater essa dupla atividade criminosa (cf. art. 129, I, da CRFB) e, conseqüentemente, necessita da realização prévia de diligências com a finalidade de delimitar a autoria, materialidade e demais circunstâncias do fato-crime, podendo, para tanto, realizá-las, direta

e pessoalmente. Nesse caso, o garantismo penal deve se irradiar para toda a sociedade, a fim de que todos possam usar, gozar e dispor de todos os bens colocados à sua disposição pelo ordenamento jurídico sem sofrer a intervenção ilícita de quem quer que seja.

[...] Se a estrutura acusatória tem como escopo afastar o juiz da persecução penal e assegurar ao acusado a imparcialidade do órgão jurisdicional, dando ao Ministério Público a titularidade da *persecutio criminis in iudicium*, é intuitivo que a investigação poderá ser feita pelo *Parquet*. (RANGEL, 2003, p. 220)

Ora, o artigo 127 da Carta Política dispõe que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, o qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ao passo que o artigo 129, inciso II, garante a esse órgão a função de zelar pelos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

Outrossim, a regra exposta no artigo 129, inciso IX da Constituição dispõe que cabe a esta instituição: “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)”.

Diante disso, indaga-se: a atividade investigatória criminal é incompatível com a finalidade de defender a ordem jurídica e os interesses sociais, bem como a de zelar pelos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia? Claramente que não. Confira-se:

No art. 37, *caput*, o Texto Magno garante a todos o direito a uma administração pública proba, assegurando os princípios da eficiência, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, dentre outros, dado que o rol não é taxativo. Esse mesmo artigo, em seu §4º, determina o rigoroso combate à improbidade administrativa, a qual, não raro, vem acompanhada de crimes contra o patrimônio público. Dentro desse cenário, o Ministério Público surge como ‘instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ (CF, art. 127). O caráter permanente e a natureza de suas funções levam à conclusão de que

se trata de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, em cuja atuação independente repousam as esperanças de uma sociedade justa e igualitária. Desse modo, toda e qualquer interpretação relacionada ao exercício da atividade ministerial deve ter como premissa a necessidade de que tal instituição possa cumprir seu papel de maneira mais abrangente possível. (CAPEZ, 2012, p. 146).

Prosseguindo na doutrina, Hugo Nigro Mazzilli assim se manifesta:

A lei permite que o Ministério Público promova diligências para apuração de fatos ligados à sua atuação funcional. (...) Em matéria criminal, as investigações diretas ministeriais constituem exceção ao princípio da apuração das infrações penais pela polícia judiciária; contudo, casos há em que se impõe a investigação direta pelo Ministério Público, e os exemplos mais comuns dizem respeito a crimes praticados por policiais e autoridades. (...) Outro exemplo de iniciativa investigatória do Ministério Público na área penal ocorre quando não esteja a polícia em situação adequada para conduzir as investigações contra autoridades, dada sua condição de organismo subordinado ao governo e à administração. Não raro, estão envolvidos altos administradores nos crimes a serem investigados, podendo haver interesses subalternos de autoridades na não-apuração dos delitos.⁵

Com efeito, como bem pontuado por esse autor, nos casos em que a polícia não se apresentar adequada para a obtenção de dados indispensáveis para o exercício de seu dever, o Ministério Público não só pode, como deve, proceder às investigações criminais. Ressalte-se, ainda, que a atividade persecutória conduzida pelo Ministério Público comporta uma garantia ao indivíduo, no sentido de que é o órgão responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais que está lhe investigando, atuando, logo, de forma mais eficiente para alcançar referidos desideratos. Ou seja, atuará de maneira impessoal, em respeito, inclusive, ao princípio do promotor natural, tendo em vista que, além de suas prerrogativas constitucionalmente garantidas, é um órgão que possui independência funcional, logo, não há interesse subjetivo na condenação do agente criminoso. (CUNHA, 2009)

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

Outro caso é o que Fernando Capez, nesse mesmo sentido, menciona:

No Brasil, a Lei Orgânica Nacional da Magistratura, Lei Complementar n. 35/79, em seu art. 33, II e parágrafo, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, Lei n. 8.625/93, em seu art. 41, II e parágrafo, e a Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar n. 75/93, em seu art. 17, II, d e f, e parágrafo, garantem às respectivas instituições e ao Poder Judiciário a presidência das investigações envolvendo os seus membros. (CAPEZ, 2012, pp. 147/148)

Por outro lado, em sentido contrário à investigação ministerial, a Proposta de Emenda à Constituição nº 37, de autoria do Deputado Lourival Mendes, estabelece a exclusividade das polícias civis e militares para as investigações criminais nos Estados e no Distrito Federal. Ela, inclusive, foi objeto de Nota Técnica da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), que defende a sua rejeição e arquivamento. Observa-se:

[...] Como só a Polícia Judiciária poderá “apurar” as infrações penais, afigura-se evidente que as CPIs, a exemplo do Ministério Público, não mais poderão fazê-lo, o mesmo ocorrendo com as polícias internas da Câmara dos Deputados (CR/1988, art. 51, IV) e do Senado Federal (CR/1988, art. 52, XIII). A exemplo de outras normas situadas no plano infraconstitucional, também a norma do art. 33, parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que dispõe sobre a atribuição dos tribunais para a investigação das infrações penais imputadas a magistrados, será automaticamente revogada. E em relação aos crimes imputados aos policiais (v.g.: corrupção, homicídio, tortura etc.)? Responde-se: serão investigados pelos próprios policiais.

[...] A justificativa que acompanha a proposição ainda argumenta que as investigações realizadas pelo Ministério Público são questionadas perante os Tribunais Superiores e prejudicam a tramitação dos processos. Nesse particular, parece haver desconhecimento de que tanto o Supremo Tribunal, como o Superior Tribunal de Justiça sedimentaram sua jurisprudência no sentido de que o Ministério Público está constitucionalmente autorizado, como titular da ação penal, a instaurar procedimentos investigatórios de natureza criminal, os quais, é importante frisar, em nada se confundem com o inquérito policial, este sim instaurado exclusivamente pela Polícia Judiciária. Aliás, como exaustivamente demonstrado pela jurisprudência, o art. 144, § 1º, IV e § 4º, da Constituição da República não confere

qualquer exclusividade investigativa às polícias federal e civil, ambas institucionalmente vocacionadas a subsidiar a atuação do Ministério Público.

[...] Além de estar assentada em premissas equivocadas, a PEC nº 37-A, de 2011 também ostenta uma funcionalidade distorcida. Em regimes democráticos, a *ratio essendi* de um Parlamento sempre foi a de materializar, nos padrões normativos, os anseios da população, da qual é o mais lidimo representante. De nossa parte, é difícil acreditar que a população brasileira se sinta totalmente protegida pela Polícia Judiciária e integralmente ameaçada pelo Ministério Público. É, ainda, difícil imaginar que os desgastes constantemente assumidos pelo Ministério Público, máxime por estar constantemente em rota de colisão com os altos escalões do poder político e econômico, passem despercebidos pela população brasileira. Impedir que a Instituição investigue crimes, principalmente aqueles praticados por policiais, é, de fato, um anseio da população brasileira? Essa pergunta, por certo, será bem respondida pelos inúmeros parlamentares efetivamente comprometidos com a realização do interesse público, não com pequeninos interesses corporativos.⁶

Prosseguindo nessa linha, uma pesquisa feita ao sítio do “Conjur”, a respeito dessa Proposta de Emenda à Constituição, esclarece o seguinte:

E não adianta dizer que o Ministério Público terá o poder subsidiário de investigação (ou complementação de diligências...). A PEC é muito clara quando retira o MP da cena investigatória. O que quero dizer é que não devemos brincar de fazer leis ou emendas constitucionais. A democracia representativa é algo muito sério para ficar refém de “um fazer legislativo de conveniência” (para usar uma expressão de Dworkin). Se queremos, de fato, enfrentar o problema da impunidade, etc., vamos tratar isso sem corporativismos e sem retaliações. É evidente que a Constituição estabelece que a polícia deve investigar; mas ela não pode ter o monopólio da investigação, como quer a PEC. Quem, por exemplo, investigará a Polícia?

Mais: o Ministério Público tem a prerrogativa de instaurar inquéritos civis. Por óbvio que, no curso das investigações, as áreas de atuação se confundem. Pensemos no caso da investigação das hipóteses de corrupção, examinadas, em princípio, como casos de improbidade administrativa. O promotor/procurador da República poderia investigar a improbidade, mas não o crime (sendo que o fato, no mais das vezes, é rigorosamente o mesmo)? Teria de requisitar um inquérito policial para “esquentar” a sua investigação? Ou, nessas hipóteses em que se confundem a improbidade e o crime deveria sustar sua investigação e aguardar pela autoridade policial, sob pena de invalidade? Uau! Ou ainda, na medida em que o IP é peça dispensável — e parece que nisso a PEC não pode mexer — uma vez que não se pode impedir o Ministério Público de fazer a denúncia diretamente (independentemente do IP) quando já contar com

⁶ <http://www.conamp.org.br/Lists/Notcias/DispForm.aspx?ID=2097&Source=/>

elementos suficientes para justificar a ação penal, qual será o papel da PEC? Vai ter outra PEC na sequência?⁷

Até mesmo o voto em separado proferido por Vieira da Cunha ressalta a questão tratada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), conforme se observa do seguinte excerto:

Data maxima vênia, a necessidade de normatizar sua própria investigação criminal foi objeto de atenção do próprio Ministério Público, que, por seu Conselho Nacional (CNMP), disciplinou-a por meio da Resolução nº 13, de 2 de outubro de 2006. Nela, previu-se não só seus prazos para tramitação, senão também as garantias asseguradas aos investigados. E, em ambos os casos, nenhuma distinção se fez em relação às garantias já asseguradas aos cidadãos investigados em sede de inquérito policial. Por outro lado, mesmo que se combata a iniciativa de o CNMP haver regulado administrativamente a investigação criminal do Ministério Público, ainda assim não há qualquer prejuízo aos cidadãos por ele investigados, caso essa instituição venha a seguir as mesmas regras aplicáveis à polícia judiciária.

[...] Com isso, o que queremos deixar claro é que, mesmo que se refute o regramento exposto na Resolução CNMP nº 13, de 2 de outubro de 2006, as investigações criminais presididas pelo Ministério Público Nacional vêm seguindo, como mínimo, as mesmas regras aplicáveis à polícia judiciária. Assim, nenhum direito ou garantia são sonegados aos cidadãos envolvidos naquela apuração, caindo por terra, dessa forma, o argumento que vai em sentido contrário.⁸

Destarte, a relevância desse tema é de tamanha importância a ponto de ter sido aviltrada uma Proposta de Emenda à Constituição, que, à míngua de disposição constitucional expressa e clara nesse sentido, tenta esclarecer a controvérsia em apreço, expendendo argumentos contrários ao poder investigatório ministerial.

Entretanto, com um total de 441 votos, ela foi rejeitada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, dentro dos quais 430 apontaram para sua rejeição.

⁷ Senso incomum: PEC 37 – **A Emenda da Insensatez e os pés de Curupira**. Por Lenio Luiz Streck, 21/07/2012.

⁸

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=38177570C373AC3DABC AE0C5BEEE0373.node2?codteor=1004401&filename=Tramitacao-PEC+37/2011

Com isso, vê-se que não é razoável esperar que a polícia judiciária aja com a autonomia e a independência destinadas ao Ministério Público, pelas suas garantias constitucionalmente asseguradas, tendo em vista que os delegados de polícia são subordinados ao Poder Executivo, ou seja, estão situados em uma esfera de poder com políticos que exercem forte influência sobre eles. Ante essa premissa, indaga-se: quem garante que essa influência não possa contaminar as investigações realizadas contra estes políticos? (MAZZILLI, 1998)

O Ministério Público não possui subordinação e vinculação a nenhuma esfera de poder, inclusive por isso já foi chamado de 4º Poder por alguns doutrinadores.

Portanto, essa independência e autonomia ínsita aos membros do órgão ministerial dificultam que a contaminação das influências políticas recaiam sobre as apurações das infrações por ele coletadas. Por oportuno, cumpre asseverar que as garantias asseguradas aos membros do Ministério Público garantem a sua atuação imparcial e estritamente vinculada à legalidade. (MAZZILLI, 1998)

Uma vez demonstrada a possibilidade e a capacidade investigatória do referido órgão institucional, serão expostos e aclarados, a seguir, os pontos doutrinários e jurisprudenciais que atacam a sua legitimidade para proceder a investigações criminais por si só, independentemente da atuação policial.

Inicialmente, Guilherme de Souza Nucci traz a seguinte colaboração:

Note-se, ainda, que o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, prevê a possibilidade do promotor elaborar o inquérito civil, mas jamais inquérito policial. Entretanto, para aparelhar convenientemente o órgão acusatório oficial do Estado, atribuiu-se ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos (o que ocorre no inquérito civil ou em algum processo administrativo que apure infração funcional de

membro ou funcionário da instituição, por exemplo), a possibilidade de exercer o controle externo da atividade policial (o que não significa a substituição da presidência da investigação, conferida ao delegado de carreira), o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (o que demonstra não ter atribuição para instaurar o inquérito e, sim, para requisitar a sua formação pelo órgão competente). (NUCCI, 2010, p.146/147).

Em visão análoga, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *Parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial.⁹

Desta maneira, vislumbra-se que a posição contrária à investigação criminal direta pelo Ministério Público encontra amparo no argumento de que a Constituição só prevê como atividade investigatória privativa desse órgão a instauração de inquérito civil público. Já para as investigações criminais, ela concedeu apenas a atribuição para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Contudo, a realização de investigações coaduna-se com as funções institucionais do Ministério Público e é decorrência de seu poder-dever de acusar. É implícito que quem pode determinar a terceiro que realize diligências pode, também, realizá-las diretamente, sob pena de, absurdamente, transformar-se a autoridade requisitante em subordinada da autoridade requisitada. É o que preconiza a Teoria dos Poderes Implícitos. (CAPEZ, 2012)

Acrescentando a corrente desfavorável, Antônio Evaristo de Moraes

Filho expõe que:

9 BRASIL – STF - RHC 81.326/DF, 2ª Turma, DJ 01/08/2003.

[...] Seria, sem dúvida, de extrema valia que o Ministério Público Federal acompanhasse as diligências investigatórias e os inquéritos realizados pelas autoridades policiais, ainda mais por que isto traduziria, de alguma forma, o exercício do controle externo da atividade policial, porém, a faculdade de o Ministério Público produzir direta e pessoalmente, sem qualquer controle, as peças de informação que virão a servir, no futuro, de base para o oferecimento de denúncia, ou para o pedido de arquivamento, conferiria a este órgão um arbítrio incontrastável, no exercício da função de promover a ação penal que lhe é privativa.¹⁰

Como contraposição a este entendimento, vale transcrever as palavras de Paulo Rangel:

Mais uma vez nos parece que estamos esquecendo que ser parte não significa deixar de ser fiscal da lei e vice-versa. Não há mais espaço, no ordenamento jurídico constitucional vigente, para o Promotor, única e exclusivamente, de acusação, que somente se satisfaz com a condenação do réu, sem se preocupar, primordialmente, com a efetividade e o primado da Constituição. (RANGEL, 2003, p. 221/222)

Aliado a isso, urge adicionar as seguintes declarações que Luiz Vicente Cernicchiaro deixou consignado no ROHC nº 8513/99:

O Ministério Público, na ação penal, é parte do referido processo. Cumpre, no entanto, ponderar a natureza jurídica. O Ministério Público promove a imputação por dever de ofício. Não há lide, no sentido de conflito de interesses. Substancialmente, Ministério Público e réu conjugam esforços para a verificação da infração penal, com todas as suas circunstâncias. Busca o Ministério Público esclarecer o fato, qualificando-o normativamente. Se, pois, o processo se dirige para realçar a verdade real, como o juiz, o membro do Ministério Público também deve ser imparcial. Aqui reside um dos pontos de grande instituição. Não se concebe promotor, subjetivamente, interessado no desfecho do processo.

Assim, a nota da imparcialidade no processo penal conduz à afirmação de que, mesmo na condição de órgão legitimado para a acusação, cabe ao *Parquet* zelar pelo fiel cumprimento da lei e aos primados do ordenamento

10 MORAES FILHO, Evaristo de. **As Funções do Ministério Público e o Inquérito Policial**. Tribuna do Advogado, OAB/RJ, novembro de 1996. Apud RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta Pelo Ministério Público: Visão Crítica**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003.

jurídico-criminal, sempre de modo impessoal. A despeito de ser parte, sua função precípua é a defesa da ordem jurídica. Logo, se passada a instrução probatória a instituição entender que é caso de absolvição, ela tem o dever de pleiteá-la. (RANGEL, 2009)

Dando continuidade à posição contrária, verifica-se o exposto no seguinte trecho:

O MP não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos, nem competência para produzir inquérito policial sob o argumento de que tenha possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos, e pode propor ação penal sem inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Mas os elementos suficientes não podem ser auto-produzidos pelo MP.¹¹

Ainda a respeito da impossibilidade de o Ministério Público presidir investigações típicas das autoridades policiais, a Suprema Corte sustenta sua orientação conforme exposto no julgamento do RE 23.3072-4/RJ, RE 20.5473-9/AL e também do Inquérito nº 1828. *In verbis*:

A Constituição atribui ao Ministério Público a função institucional de promover o inquérito civil (artigo 129, III), mas não o inquérito penal, o qual foi cometido à polícia judiciária (artigo 144, §1º, I e §4º); atribui-lhe, também, a de promover a ação penal pública, privativamente e na forma da lei (artigo 129, I), e, ainda, a ação civil pública (artigo 129, III).

Se, de um lado, não é obrigatória a existência de inquérito policial para a instauração da ação penal, por outro, quando se fizer necessário, é mister que seja realizado de acordo com as normas vigentes, sob pena de nulidade. Não vejo impedimento para que o Ministério Público requisite algum documento ou mesmo um processo administrativo para melhor fundar a ação penal que irá propor; o que não pode é que solitariamente realize investigação criminal à margem de qualquer controle.

Isto porque o Ministério Público só poderá proceder a investigações preliminares criminais quando houver no sistema jurídico positivo normas que venham a presidir sua atuação, regrando-a; não pode ele, entretanto, *motu proprio*, criar normas novas e ignorar as

11 BRASIL - STF - RHC 81.326 /DF, Relator Ministro Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ 01-08-2003.

existentes, sob pena de comprometer a segurança jurídica da sociedade e, mais, a dele própria.¹²

Entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da possibilidade investigatória direta pelo *Parquet*. Certifica-se:

É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis instaurados para apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbrou a suposta prática de ilícitos penais.¹³

O Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de investigação policial, desde que possua os elementos mínimos de convicção quanto à materialidade e aos indícios de autoria, como no caso (artigo 46, § 1º, do CPP).¹⁴

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. 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. 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.¹⁵

[...] Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de

12 BRASIL – STF - RE 233.072-4/RJ Relator Ministro Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ 09/06/99.

13 BRASIL – STF. HC 93.524-9/RN, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma DJ 31/10/2008.

14 BRASIL – STF - RE 464893/GO, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe-142 31/07/2008 p. 475-484.

15 BRASIL – STJ 91661/PE, Relatora Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe-064 02/04/2009, p.279.

informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias. A hipótese não envolve a eficácia retroativa da Lei nº 10.174/01 - eis que esta se restringiu à autorização da utilização de dados para fins fiscais -, e sim a apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias.¹⁶

Igualmente, na linha do Superior Tribunal de Justiça, tem-se o seguinte:

[...] a jurisprudência assente nesta Corte é no sentido de que, em princípio, são válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, cabendo-lhe ainda requisitar informações e documentos, a fim de instruir os seus procedimentos administrativos, com vistas ao oferecimento da denúncia. A legitimidade do Ministério Público para conduzir atos investigatórios decorre do próprio texto constitucional que lhe confere, na letra de seus arts. 127 e 129, "a defesa da ordem jurídica e do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", o exercício do "controle externo da atividade policial, incumbindo-lhe ainda "requisitar diligências investigatórias" e "a instauração do inquérito policial, bem como "outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade." Desse modo, está implícito o poder de investigação criminal do Ministério Público, porquanto diretamente ligado ao cumprimento de sua função de promover, privativamente, a ação penal pública.¹⁷

Com essas considerações, verifica-se que a legitimação do *Parquet* para apuração direta de infrações penais acaba ganhando assento constitucional - conforme se depreende do disposto no artigo 129, incisos VI, VIII e IX da Constituição Federal -, e legal - segundo a Lei Complementar nº 75/93, em seus artigos 7º, 8º e 38, e também conforme a Lei nº 8.625/93. (CAPEZ, 2012)

16 BRASIL – STJ 535478/SC, Relatora Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe-222, p.2204.

17 BRASIL – STJ HC 83020/RS, Relator Ministro Og Fernandes, 6ª Turma, DJe 02/03/2009.

Inclusive, foi expedida a Resolução nº 13, do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta os dispositivos legais mencionados. Dispõe o seu artigo 1º:

Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.
Parágrafo único. O procedimento investigatório criminal não é condição de procedibilidade ou pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal e não exclui a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos legitimados da Administração Pública.

De fato, embora o procedimento investigatório criminal não exclua o inquérito policial, cumpre registrar que se os elementos nele contidos (frise-se, colhidos pelo próprio órgão ministerial), constituírem subsídios suficientes para embasar sua *opinio delicti*, não há como negar a evidente titularidade das investigações, pelo Ministério Público, para o consequente oferecimento da demanda criminal. (CAPEZ, 2012)

Para tanto, o artigo 6º desta Resolução elenca algumas providências que poderão ser adotadas durante a investigação, sem prejuízo de outras medidas inerentes à sua atribuição funcional, e acrescenta, em seu § 1º, que nenhuma autoridade pública ou agente de pessoa jurídica poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo. Esclarece, também, que neste procedimento: “[...] serão observados os direitos e garantias individuais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, aplicando-se, no que couber, as normas do Código de Processo Penal e a legislação especial pertinente.” (art. 17)

Ainda sobre a possibilidade investigatória direta da instituição, tem-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, de relatoria de Néri da Silveira, referente ao julgamento do HC 77.770/SC, e o do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 22.3395/RJ.

Outrossim, mais um exemplo é dado pela Lei Orgânica do Ministério Público da União e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, as quais cuidam da condução investigatória criminal pelo procurador-geral, quando envolvido, respectivamente, membro do Ministério Público da União ou dos Estados, segundo afirma Fernando Capez:

No Brasil, a Lei Orgânica Nacional da Magistratura, Lei Complementar n. 35/79, em seu art. 33, II e parágrafo, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, Lei n. 8.625/93, em seu art. 41, II e parágrafo, e a Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar n. 75/93, em seu art. 17, II, d e f, e parágrafo, garantem às respectivas instituições e ao Poder Judiciário **a presidência das investigações** envolvendo os seus membros. (CAPEZ, 2012, pp. 147/148) (grifos ausentes no original).

Por fim, cabe analisar o problema referente à exclusividade das apurações infracionais por parte da polícia aliada à possibilidade de condução investigatória pelo *Parquet* independentemente da atuação policial.

A respeito da exclusividade das investigações pela polícia, tem-se o que se segue:

Dispõe significativamente o artigo 144 da Constituição da República que "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio." Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do

Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV). Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário –, não se identifica com a função investigatória, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, *verbis*: "§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares." Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade. O poder investigatório que, pelo exposto, se deve reconhecer, por igual, próprio do Ministério Público é, à luz da disciplina constitucional, certamente, da espécie excepcional, fundada na exigência absoluta de demonstrado interesse público ou social. O exercício desse poder investigatório do Ministério Público não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que determina o ajuizamento tempestivo dos feitos inquisitoriais e faz obrigatória oitiva do indiciado autor do crime e a observância das normas legais relativas ao impedimento, à suspeição, e à prova e sua produção.¹⁸

A legitimidade do Ministério Público para a colheita de elementos probatórios essenciais à formação de sua *opinio delicti* decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/1993 (art. 129, incisos VI e VIII, da Constituição da República, e art. 8.º, incisos V e VII, da LC n.º 75/1993). A Polícia Judiciária não possui o monopólio da investigação criminal. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública - proceder à realização de diligências investigatórias pertinentes ao respectivo âmbito de atuação, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria. Inteligência da Lei Complementar n.º 75/93 e do art. 4.º, parágrafo único, do Código de Processo Penal.¹⁹

A respeito da aferição do termo “exclusividade” constante no artigo 144, § 1º, inciso IV da Constituição, Fernando Capez e Eugênio Pacelli afirmam que ele se limita à competência da polícia federal para as investigações afetas somente à Justiça Federal. Em relação à polícia estadual (polícia civil), nada se afirma acerca

18 BRASIL – STJ. REsp 494320/RJ, Relator Ministro Paulo Medina, 6ª Turma, DJ 29/08/2005.

19 BRASIL – STJ. HC 151.145/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 02/12/2011.

de qualquer exclusividade, o mesmo se diz ao Ministério Público, o que, *a contrario sensu*, permite concluir que não há óbice às investigações pelo *Parquet*.

Além disso, insta asseverar que por mais que o Ministério Público seja revestido de função investigatória, resta patente a possibilidade de ele conduzir as investigações independentemente de instauração de inquérito policial, agindo o promotor por si só. Isso evidencia a presidência da investigação criminal sem que haja a supressão da função investigatória da autoridade policial e tampouco da própria instituição policial, restando clara a possibilidade de o *Parquet* conduzir suas apurações sem a intervenção da polícia. (RANGEL, 2009)

Tal evento ocorre nos seguintes casos: a) investigações de seus próprios membros; b) dispensabilidade do inquérito policial nas ocasiões em que o procedimento investigatório criminal constituir elemento hábil ao embasamento da ação; c) quando o inquérito civil, presidido pelo Ministério Público, contiver prova suficiente para subsidiar a justa causa da demanda penal; d) e quando a polícia não se apresentar capaz, independentemente do motivo, de obter dados indispensáveis para o exercício da jurisdição criminal – dada sua condição de organismo subordinado ao governo e à administração –, sobretudo quando há o envolvimento de policiais e de autoridades na atividade criminosa.

Enfim, o desenlace resta assentado no objetivo de se harmonizar as normas constitucionais para melhor formação da *opinio delicti* e para a celeridade na regular apuração dos fatos delituosos. Confira-se:

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, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. 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*. 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. Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, 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.²⁰

Por último, importante destacar mais alguns julgados favoráveis à posição defendida, a seguir:

A jurisprudência do STF e do STJ é pacífica em relação à dispensabilidade do Inquérito Policial, de maneira que o *Parquet*, como único titular da Ação Penal Pública, tem liberdade para a colheita dos elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia. Igualmente, não há se falar em contraditório e ampla defesa em sede de Inquérito Policial, tendo em vista sua natureza inquisitorial. [...]"²¹

Oferecimento de denúncia com base em inquérito civil público. Viabilidade. Recurso desprovido. Denúncia oferecida com base em elementos colhidos no bojo de inquérito civil público destinado à apuração de danos ao meio ambiente. Viabilidade. O Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de investigação policial, desde que possua os elementos mínimos de convicção quanto à materialidade e aos indícios de autoria, como no caso (art. 46, §1º, do CPP)."²²

A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado.²³ No mesmo sentido: HC 83.463, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-3-2004, Segunda Turma, DJ de 4-6-2004.

20 BRASIL – STJ - RE 468523, Relatora Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe-030 18/02/2010, pp. 144-160.

21 BRASIL – STJ - HC 158.102/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma DJe: 27/09/2010.

22 BRASIL – STJ - Relator Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJE 1-8-2008.

23 BRASIL – STJ - Relator Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 11-11-2005.

A teor da disposição inserta no artigo 129, inciso I, da Constituição da República, compete, privativamente, ao Ministério Público, promover a ação penal pública. Decorre de tal previsão constitucional, a legitimação, em favor do Órgão Ministerial, para atuar na atividade investigatória e na produção do material probatório que irá atuar na formação da opinião sobre o delito e embasar o oferecimento da denúncia. Cabe, portanto, ao Ministério Público o exame acerca da necessidade de colheita ou não de novas provas, uma vez que o inquérito policial é peça meramente informativa, podendo até mesmo o Órgão Ministerial dispensar sua instauração, caso detenha informações suficientes para a propositura da ação penal. Segundo a jurisprudência dominante do STJ "são válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, cabendo-lhe ainda requisitar informações e documentos, a fim de instruir os seus procedimentos administrativos, com vistas ao oferecimento da denúncia".²⁴

A respeito desse tema, preleciona Sebastião Reis Júnior da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

[...] Por outro lado, a legitimidade do Ministério Público para iniciar e presidir inquérito civil público exsurge do art. 129, III, da Constituição da República. Embora tal instrumento tenha por objetivo apurar fatos que poderão ensejar a propositura de ações de natureza civil, v.g., ação civil pública e ação de improbidade administrativa, não há empeco a que, caso posteriormente se entenda haver a prática de infração penal, seja ele utilizado como suporte probatório de eventual ação penal. Destarte, o inquérito policial é dispensável, sendo lícito àquele que propõe a ação penal instruí-la com os documentos que entender suficientes para justificar o início da persecução penal, inclusive com autos de inquérito civil público, caso se entenda que eles contêm elementos que amparam a acusação.²⁵

Em suma, o entendimento prevalece no sentido de que a investigação do Ministério Público se reveste de evidente legitimidade para apurar infrações criminais. Tal fato, por si só, já afasta o monopólio policial, podendo o promotor de justiça – ou o procurador, dependendo da esfera a que o crime se insira -, inclusive, conduzir suas apurações independentemente da iniciação de inquérito, vez que tal peça pode ser dispensada, conforme anteriormente exposto, nas seguintes situações: investigação de seus próprios membros; quando forem

24 BRASIL – STJ - RHC 16.543/RS, Relator Ministro Vasco Della Giustina, 6ª TURMA, DJe 11/04/2012.

25 BRASIL – STJ - HC 123.855/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª TURMA, DJe 04/06/2012.

suficientemente colhidas, pelo *Parquet*, as provas necessárias para dar início à ação penal, mediante a instauração de procedimento investigatório criminal; no caso em que o inquérito civil, por ele presidido, constituir elemento probatório suficiente para embasar a justa causa da demanda penal e quando a polícia não se mostrar capaz de reunir todos os elementos probatórios necessários (dada sua condição de organismo subordinado ao governo e à administração), sobretudo nos casos em que se apura infração de policiais e de autoridades.

3 ANÁLISE FÁTICO-DEMONSTRATIVA DO TEMA

Após a apresentação exposta nos capítulos anteriores, onde fora possível, primeiramente, compreender as bases das fases pré-processual e processual, bem como suas relações e contornos jurídicos, e, após delimitar o cerne da controvérsia, com as diversas divergências apresentadas tanto no âmbito jurisprudencial quanto doutrinário, torna-se importante destacar, a título ilustrativo, a visão particular de cada um dos operadores da Justiça Criminal acerca da questão, a fim de incrementar o sustentáculo fático-material do trabalho.

Inicialmente, questionada a respeito da investigação penal direta do Ministério Público, Cláudia Alcântara²⁶ assim se posicionou:

Eu, assim como os demais Delegados, sou completamente contrária ao MP fazer investigações.

Ele não recebeu esta atribuição. A atribuição do MP está contida na Constituição, assim como a atribuição da Polícia também está prevista na constituição. O MP pode requisitar diligências, as quais devem ser feitas pela Polícia, mas ele não é competente para investigar.

Para melhor esclarecer o meu ponto de vista estou enviando parecer de um grande Jurista acerca do tema, o qual corrobo plenamente e tenho as palavras dele como minhas e dos demais Delegados.

Em relação ao dito parecer, passa-se à transcrição de alguns trechos essenciais:

IBCCrim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais me honra formulando-me a seguinte consulta:

Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?

A questão posta pela consulta não é complicada nem demanda grandes pesquisas doutrinárias, porque a Constituição Federal dá

²⁶ Ex-Corregedora-Geral da PCDF; Ex-Diretora da Academia de Polícia Civil do DF; Ex-Secretária de Justiça; Atual Coordenadora da Coordenação de Repressão aos Crimes Contra o Consumidor, Ordem Tributária e Fraudes, com competência em todo o Distrito Federal.

resposta precisa e definitiva no sentido de que o Ministério Público não tem competência para realizar investigação criminal direta.

I. Preliminares

1. Antes de discutir o mérito do consulta cumpre fazer alguns esclarecimentos preliminares. A primeira delas é que, aqui, não se levará em conta as questões de conveniência ou de oportunidade de se conferir ao Ministério Público poderes investigatórios na esfera penal. Isso pode ser uma discussão de lege ferenda, não de lege lata, porque a Constituição já dá a solução. Por isso, também não é pertinente discutir aqui o bom ou o mau funcionamento do sistema adotado. Sem as generalizações indevidas, injustas e injustificadas, pode-se reconhecer procedência às críticas relativas à ineficiência e a morosidade das investigações, assim como não é destituído de verdade o argumento do Ministério Público de que “Não é raro ver-se policiais que são responsáveis pela prevenção e repressão da criminalidade envolvendo-se com o crime organizado e na prática de atos de corrupção com o objetivo de impedir a investigação de delitos, bem como cometendo atos de violência (p. ex.: tortura) ou abuso de poder”. Esse envolvimento não é apenas da polícia. Uma das características do crime organizado está no envolvimento de autoridades públicas como um dos modos de sua ação e de sua impunidade. Não falta quem diga que o fato de a polícia estar na linha de frente da investigação criminal contribui para a contaminação de alguns de seus elementos, e não é garantido que, se o Ministério Público assumisse tal condição, ficaria imune aos mesmos riscos.

[...]

O Ministério Público no Brasil é hoje uma Instituição da mais alta consideração pública por sua atuação ética e sua eficiência que é preciso conservar e defender. E um dos modos eficazes dessa defesa consiste em mantê-lo dentro dos estritos contornos de suas funções institucionais que não inclui a função investigatória direta.

3. Enfim, seja como for, o certo é que o eventual mau funcionamento do sistema de investigação criminal pela polícia judiciária, como qualquer outro defeito ou deficiência que se possa verificar, não tem a força de transferir para outra instituição sua competência constitucionalmente estabelecida, nem autoriza que outra instituição o assuma, mesmo subsidiariamente.

[...]

III. A doutrina dos poderes implícitos

8. No material que me foi apresentado para a elaboração deste parecer consta que o Ministério Público argumenta que, ainda que se entenda que a Constituição não lhe tenha conferido expressamente os poderes investigatórios, na esfera penal, é de ser aplicada a doutrina dos poderes implícitos, pois se a Constituição lhe assegura a competência privativa para promover a ação penal pública, deve ter-lhe também assegurado os meios para alcançar esse fim.

9. Essa concepção da doutrina dos poderes implícitos, com a devida vênia, não é correta. Primeiro, é preciso indagar se entre a investigação penal e a ação penal ocorre uma relação entre meio e fim. O meio para o exercício da ação penal consiste no aparato institucional com a habilitação, competência adequada e condições materiais, para fazê-lo.

O fim (finalidade, objetivo) da investigação penal não é a ação penal, mas a apuração da autoria do delito, de suas causas, de suas circunstâncias. O resultado dessa apuração constituirá a instrução documental - o inquérito - (daí, tecnicamente, instrução penal preliminar) para fundamentar a ação penal e servir de base para a instrução penal definitiva. Segundo, poderes implícitos só existem no silêncio da Constituição, ou seja, quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes explícitos.³ Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição?

[...]

VI. Resposta à consulta:

23. Enfim, à vista do exposto, posso responder sinteticamente à consulta, nos seguintes termos:

Não. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público não pode realizar nem presidir investigação criminal. É o meu parecer. José Afonso da Silva

No mesmo sentido, manifestou-se Edson Smaniotto²⁷. Confira-se:

Sou favorável à investigação ministerial, já que a instituição integra o Poder Executivo, tanto quanto a Polícia Civil ou os peritos papiloscopistas, no entanto, desde que haja legislação processual regendo a matéria.

Sou contra o status quo, onde o MP investiga mediante deliberação do CNMP que, em matéria processual e diante das garantias constitucionais, não tem força de lei.

Somente a União pode legislar sobre a matéria.

Sempre é oportuno lembrar que toda e qualquer investigação com propósito punitivo constrange, daí porque seu iter deve estar delimitado e disciplinado em lei.

Ademais, o MP é parte, e, como tal, exerce a lógica da conclusão desejada - estratégia para a condenação do investigado, com a escolha das provas incriminatórias. Prefiro a lógica da conclusão construída, fruto da investigação sem estratégia de condenação, apenas voltada para a busca da verdade dos fatos.

²⁷ Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, com ingresso na magistratura em 1983, aprovado em primeiro lugar no concurso público; Promotor de Justiça no estado de Goiás (1978 a 1983), igualmente aprovado em primeiro lugar no concurso público; Professor de Direito Penal há mais de vinte anos em cursos de graduação, pós-graduação e preparatórios para concursos; Palestrante convidado pelas mais renomadas instituições públicas e privadas, como Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Ordem dos Advogados do Brasil e Fundação Getúlio Vargas.

Instado a esclarecer quais os casos em que o Ministério Público atuaria de maneira mais eficiente em relação à polícia na coleta de dados de investigação, ele afirmou o seguinte: “talvez nos crimes cometidos por policiais civis ou magistrados. É difícil a instituição, qualquer que seja ela, julgar os seus pares.”.

Em contrapartida, Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento²⁸ adotou o entendimento a seguir:

Sou plenamente favorável à investigação direta pelo MP. Primeiramente, em sendo o órgão que tem a atribuição constitucional de apresentar a denúncia criminal, não há como separá-lo da fase de investigação. Não há como formar, com segurança, a opinião delicti, sem que se tenha, pelo menos, acompanhado a fase de investigação, seja diretamente, mediante a produção direta da prova, ou através do acompanhamento do trabalho desenvolvido pela equipe policial com a indicação das diligências necessárias à elucidação dos fatos apurados.

No entanto, é necessário destacar que essa investigação, pela própria estrutura do Ministério Público, limita-se, em regra, à requisição de documentos, análise dessa documentação e oitivas de testemunhas ou investigados. Investigações que demandam escuta telefônica, monitoramento visual dos investigados, busca e apreensão e outras medidas mais invasivas demandam a atuação da força policial, diretamente ou com o acompanhamento do Ministério Público.

A vantagem da investigação direta pelo MP, primeiramente, é desafogar a polícia para que possa se dedicar aos demais crimes que efetivamente demandam a sua atuação. Como disse, a requisição de documentos, de perícias, oitivas, são atos que podem ser praticados diretamente pelo Ministério Público sem qualquer alteração na sua estrutura de recursos humanos. Não faz o menor sentido se indicar como diligência na requisição de inquéritos, ou mesmo no retorno de inquéritos à Polícia para continuidade de investigações, a expedição de Ofícios ou outros atos que o próprio MP pode praticar diretamente e agilizar, com tal atitude, as investigações. Outra relevante vantagem nessa atuação de investigação direta ou complementar pelo Ministério Público é justamente possibilitar o maior contato possível do órgão da persecução penal com o objeto da investigação criminal, facilitando, assim, a melhor compreensão do caso para o oferecimento da denúncia.

Por outro lado, determinados tipos de investigações demandam uma atuação mais efetiva do Ministério Público, tais como crimes praticados por policiais, crimes praticados por autoridades que

²⁸ Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional da República da 1ª Região, indicada ao prêmio internacional *Prosecutor of the Year Award 2013* pela participação no caso do Mensalão (Ação Penal 470).

possam, de qualquer forma, interferir no trabalho da polícia, que é um Órgão vinculado ao Poder Executivo, dentre outras situações. Não vislumbro desvantagens nessa atuação, até mesmo porque, pelo nosso sistema jurídico-constitucional, o Ministério Público é o órgão da acusação e, portanto, ao atuar como representante (advogado) da sociedade na imputação criminal, atua como parte e não como órgão julgador, não havendo, assim, qualquer óbice a que participe e atue efetivamente na fase de produção de provas necessárias à elucidação da autoria e materialidade dos crimes. Como já disse acima, o Ministério Público está bem aparelhado para analisar crimes que envolvem provas de natureza documental, ainda que tenha que requisitar perícias criminais; é necessária a sua atuação em crimes praticados por policiais ou grupo de policiais e também em crimes que envolvem altas autoridades da cúpula dos Poderes da República, pois possui garantias constitucionais que possibilitam um trabalho independente e sem qualquer tipo de interferência externa.

A propósito, vale destacar as palavras proferidas por Douglas

Fischer²⁹, *in verbis*:

Segundo entendo, decorre da Constituição o DEVER de o Ministério Público investigar. E não há qualquer contrariedade com o sistema acusatório. Pelo contrário: confirma-o. O que sempre se pugnou é que, num sistema acusatório, haja (unicamente) separação do órgão acusador do julgador. O que é óbvio. Evidente que o Ministério Público não deve fazer, como regra, o procedimento de investigação. Muito menos deve-se confundir que a investigação somente se realiza por intermédio de inquérito policial. Creio que os prós e contras estão inseridos numa só resposta. Quanto mais setores forem hábeis para realizar investigações (*lato sensu*), sempre mediante controle e o devido processo legal (é preciso enfatizar), tanto melhor para o interesse coletivo, que tem o direito constitucional de ver apurada eventual conduta criminosa. Pode-se dizer, eventualmente, que haverá um aumento de trabalho para o MP. É verdade. Mas isso não pode ser empeco para que não se defenda e realize - sempre quando necessária - a investigação pelo Ministério Público.

Solicitado, também, a explicar quais os casos em que o *Parquet* atuaria de maneira mais eficiente em relação à polícia na coleta de dados investigatórios, ele afirmou o seguinte:

²⁹ Procurador Regional da República na 4ª Região; Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor de Direito Penal e Processual Penal.

Em primeiro lugar, defendo que não haja dicotomia entre investigação da polícia x Ministério Público. Embora não seja eles apenas os envolvidos em investigações (há inúmeros outros órgãos estatais que assim procedem, como Receita Federal, Banco Central, etc), é preciso ver que o trabalho entre polícia e Ministério Público deve ser no sentido de união de esforços, e não de separação, tentando-se encontrar "quem investiga melhor". O mais relevante é que o trabalho seja em conjunto. Claro que, em determinadas situações (minoritárias e sempre excepcionais), é talvez conveniente que apenas o Ministério Público investigue (se não puder ser em conjunto, reitero), como no caso de corrupções policiais. Mas não se pode partir da premissa que se a polícia investiga corrupção internamente não procederá à colheita da prova de forma mais adequada. Por exemplo, atuei em um caso em que a atuação conjunta entre MP e Polícia foi essencial para a apuração dos crimes envolvendo corrupção policial.

Por sua vez, posicionou-se George Lopes Leite³⁰ nos seguintes termos:

A investigação direta realizada pelo MP só deve ser admitida em hipóteses restritas, tais como a investigação de crimes praticados por policiais ou por integrantes da administração direta ou indireta em funções de comando, para as quais a investigação pode ser prejudicada por interferências de natureza política, uma vez que o Chefe de Polícia é nomeado pelo Governador.

Acrescentando o posicionamento anterior, Néviton Guedes³¹ manifestou-se conforme se segue:

É importante ressaltar, para uma correta avaliação da oportunidade e conveniência de uma tal proposta de Emenda ao texto constitucional, que a defesa mais recente de sua aprovação pelo Congresso se verifica quando o Supremo desenvolve relevante esforço hermenêutico e jurisprudencial para delimitar os poderes investigatórios do Ministério Público. Além disso, é de se anotar que, mesmo acentuando a necessidade de controles procedimentais à investigação do *Parquet* — aliás, como qualquer investigação do

30 Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios 1988; atualmente Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Pós-Graduado em Direito Privado pela Universidade Católica de Brasília; Pós-Graduado em Metodologia do Ensino Jurídico pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Execução Penal do Centro universitário de Brasília – UniCEUB. Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Distrito Federal – ESMA-DF

31 Graduado em Direito pela Universidade de Brasília; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Catarina; Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra; Ex-Procurador da República do Ministério Público Federal; Desembargador Federal – TRF 1.

Estado —, todas as vezes que o Supremo enfrentou a matéria, jamais lhe ocorreu negar a possibilidade de investigação criminal por membros do Ministério Público.

Assim, apenas para ficar num dos melhores exemplos de sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal não só confirmou — mais uma vez — a possibilidade de investigação pelo Ministério Público, como estabeleceu uma série de pressupostos e condições dessa específica atuação ministerial, já que, obviamente, ninguém pode discordar que, à semelhança de qualquer poder estatal, também “o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais” (HC 84.965 / MG — relator ministro Gilmar Mendes).

Ante o exposto, torna-se possível aferir a discrepância de posicionamentos acerca do tema em apreço, o que, à míngua de disposição expressa na Constituição Federal, conduz a variados pontos de vista pelas autoridades que operam a Justiça Criminal, tendo em vista que a incumbência investigatória também não lhe fora negada, pelo contrário, há legislação infraconstitucional expressa nesse sentido.

Todavia, conforme explicitado no decorrer do trabalho, afigura-se mais razoável que o Ministério Público possa, sem óbice, proceder a investigações criminais, seja em conjunto com o corpo policial, ou, em determinados casos, até mesmo sem ele.

Por fim, apenas para corroborar com a temática, cumpre transcrever o parecer oferecido por Vanderlei Siraque³² quando da apreciação da mencionada Proposta de Emenda à Constituição nº 37. A seguir:

Em tese, caso a PEC 37 se transforme em E.C. daria o monopólio das investigações criminais às polícias judiciárias dos Estados, Distrito Federal e à Polícia Federal em detrimento dos Ministérios Públicos (dos Estados, Distrito Federal, do Trabalho e Federal) e, talvez, à impossibilidade de CPIs. (Câmaras Municipais, Assembleias Legislativas, Distrital, Senado, Câmara dos Deputados e Congresso Nacional). Enfim, a proposta tem o objetivo de acabar com os poderes de investigação criminal de outros órgãos.

³² Deputado federal pelo Partido dos Trabalhadores.

Neste sentido, nos restam as seguintes dúvidas: 1- Qual a verdadeira intenção dos autores desta PEC? 2- A investigação criminal vai melhorar no Brasil, tendo em vista que a grande maioria dos delitos não é esclarecida (autores, circunstâncias, motivação). 3- Hoje, as investigações dos Ministérios Públicos prejudicam ou restringem as investigações realizadas pelas polícias judiciárias? 4- Quem controla as polícias é o Ministério Público, mas quem controla o Ministério Público? 5- Basta o controle jurisdicional dos atos e processos administrativos dos MPs e das Polícias? 6- Os MPs cometeram excessos, abusos, a exemplo das polícias.

Lamentamos o pinçamento, a escolha à dedo para a abertura de inquéritos, denúncias, etc.. 7-Lamentamos o sensacionalismo político contra alguns e a inércia em relação a outros (ex. caso Demóstenes e Cachoeira).

Conclusão: a) Na dúvida, no calor da emoção não devemos modificar a legislação vigente, mas é necessário sair da inércia; b) Sair da inércia significa criar mecanismos transparentes para o controle social e institucional das ações, tanto dos Ministérios Públicos, quanto das Polícias Judiciárias, antes mesmo do controle jurisdicional (que na verdade não é controle, é julgamento); c) É necessário repensar a eficácia e a eficiência dos inquéritos policiais e pensar na proposta do juiz de instrução, já que os inquéritos praticamente são refeitos na esfera judicial; d) Devemos debater todo o sistema de justiça e persecução criminal e não somente uma parte. A investigação precisa ser científica, é necessário investimento em perícia, inteligência, controles, revisão de procedimentos e protocolos, participação da sociedade....

Por isso, sou contrário à provação da PEC 37.

Além do mais, como se pôde observar durante o desenvolvimento do presente feito, o tema alusivo à investigação criminal direta do Ministério Público carrega nítida repercussão histórica, cuja evolução jurisprudencial emergiu desde o ano de 1996, com posições tanto desfavoráveis³³ quanto favoráveis³⁴.

³³ BRASIL – STF, RECR nº 205.473/AL, Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ I de 19.03.99; BRASIL – STF, RE nº 233.072/RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, 2ª Turma, maioria, DJ I de 03.05.2002; BRASIL – STF, RHC nº 81.326/DF, Relator Ministro Nelson Jobim, 2ª Turma, unânime, DJ I de 01.08.2003; BRASIL – STF, RHC nº 34.827, Relator Ministro Cândido Mota, Tribunal Pleno, RTJ 001/694; BRASIL – STF, HC nº 83.493/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJU I de 04.06.2004.

³⁴ BRASIL – STF, ADIN nº 1.336-0/PR, Relator Ministro Octávio Gallotti, Tribunal Pleno, maioria, DJU de 31.10.96; BRASIL – STF, HC nº 89.937/DF, Relator Ministro Celso de Mello (decisão apreciando pedido liminar), DJ de 20.02.2006; BRASIL – STF, HC nº 91.661/PE, Relator Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, unânime, DJU I de 03.04.2009; BRASIL – STF, HC nº 89.837/DF, Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, julgado em 20.10.2009;

Atualmente, dada sua tamanha importância e repercussão social, a matéria foi objeto de Proposta de Emenda à Constituição (nº 37), denotando clara recência fática, o que, a *contrario sensu*, acaba por infirmar a defasagem da problemática.

BRASIL – STF, HC nº 85.419/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, julgado em 20.10.2009;
BRASIL – STF, HC nº 87.610/SC, Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, julgado em 27.10.2009;
BRASIL – STF, HC nº 90.099/RS, Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, julgado em 27.10.2009;
BRASIL – STF, HC nº 94.173/BA, Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, julgado em 27.10.2009;
BRASIL – STF, HC nº 118.280/MG, Ministra Rosa Weber (decisão apreciando pedido liminar).

CONCLUSÃO

A posição favorável à investigação direta pelo Ministério Público aponta pela total procedência investigatória desse órgão quando destaca que os atos inerentes à persecução penal não são exclusivos da polícia judiciária.

Todavia, a corrente em sentido contrário defende a imparcialidade do órgão acusador afirmando que não há preceito constitucional que atribua ao Ministério Público incumbência de natureza policial. Afirma, ainda, que referida atribuição causaria um arbítrio incontestável no exercício das funções de investigar e de promover a ação penal que lhe é privativa. Nesse sentido, a rejeitada Proposta de Emenda Constitucional nº 37 acabava por dar privatividade às polícias civis e militares no que tange às investigações criminais nos Estados e no Distrito Federal, retirando o poder das instituições que vêm exercendo ações fiscalizadoras no combate a grupos criminosos.

A importância das provas colhidas na fase pré-processual tendentes a esclarecer indícios da materialidade e da autoria de um delito são imprescindíveis para sustentar um édito condenatório justo, perfazendo a base para a aplicação da Lei Penal a cada caso concreto. Com isso, indaga-se: pode o Ministério Público, órgão responsável pelo controle externo da atividade policial e titular da ação penal, proceder diretamente a investigações criminais, ante a previsão constitucional de que tal tarefa é de incumbência da polícia?

Diante dos elementos apresentados no trabalho, a resposta é positiva, o *Parquet* detém plena legitimidade para investigar fatos delituosos de forma direta, a fim de melhor elucidar sua *opinio delicti* para a instauração do processo-crime. A exclusividade das investigações contida no artigo 114, § 1º, inciso VI, da Constituição Federal refere-se tão somente à competência das apurações

concernentes à Justiça Federal, pela polícia federal, e não da polícia civil e tampouco do Ministério Público – o qual possui legitimidade assentada nos artigos 129, incisos VI e VIII da Carta Magna e nos artigos 7º e 8º da Lei Complementar 75/93 e 26 da Lei 8.625/93, regulamentados pela Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Ademais, há possibilidade de o órgão ministerial presidir a persecução penal nas hipóteses de investigação de seus próprios membros; dispensabilidade do inquérito policial, seja em razão da suficiência de elementos colhidos em procedimento investigatório criminal, seja quando as informações reunidas pelo *Parquet*, em sede de inquérito civil, forem satisfatórias para o oferecimento da denúncia; e quando a polícia não for capaz de obter dados indispensáveis para a instauração de ação penal contra policiais e autoridades envolvidas na prática criminosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALABRICH, Bruno. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: Fundamentos e Limites Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites Constitucionais da Investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUEDES, Néviton. <http://www.conjur.com.br/2013-abr-23/constituicao-poder-pec-37-pressupostos-ministerio-publico> *A PEC 37 e a investigação pelo Ministério Público*. Por 23/04/2013.

KAC, Marcos. *O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 1998.

MATIAS-PEREIRA, José. *Curso de Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais*. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 2. Ed. Atlas, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva; OLIVEIRA, Sandro Rogério Monteiro de. *Reflexões sobre os vinte anos da Constituição Federal*. Campo Grande: Editoria UFMS, 2009.

RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta Pelo Ministério Público: Visão Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. <http://www.conjur.com.br/2012-jun-21/senso-incomum-pec-37-emenda-insensatez-pes-curupira> *Senso incomum: PEC 37 – A Emenda da Insensatez e os pés de Curupira*. Por 21/07/2012.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Fundamentos de administração pública brasileira*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=38177570C373AC3DABCAE0C5BEEE0373.node2?codteor=1004401&filename=Tramitacao-PEC+37/2011

www.conamp.org.br/Lists/Notcias/DispForm.aspx?ID=2097&Source=/