



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

VINÍCIUS TUPINAMBÁ DESCONZI DA SILVA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

BRASÍLIA-DF

2015

VINÍCIUS TUPINAMBÁ DESCONZI DA SILVA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso
de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília
Orientador: Prof. Humberto
Fernandes de Moura

BRASÍLIA-DF

2015

VINÍCIUS TUPINAMBÁ DESCONZI DA SILVA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO a

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - Uniceub. Orientador: Prof. Humberto Fernandes

BRASÍLIA-DF

2015

VINÍCIUS TUPINAMBÁ DESCONZI DA SILVA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO a

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - Uniceub. Orientador: Prof. Humberto Fernandes de Moura

Banca Examinadora:

Prof. Humberto Fernandes de Moura

Prof. Marcus Vinicius Reis Bastos

Prof. Jose Carlos Veloso Filho

BRASÍLIA-DF

2015

RESUMO

Existe grande divergência doutrinária acerca da possibilidade do Ministério Público realizar de forma direta a investigação criminal na fase extrajudicial. A presente monografia tem como objetivo analisar a questão segundo a tese de que o Ministério Público tem legitimidade para realizar diretamente as investigações criminais, não sendo tal procedimento monopólio da polícia judiciária. O presente estudo terá como objetivo analisar se a Constituição Federal veda a realização da investigação de forma direta pelo *parquet*. Sendo o Ministério Público o destinatário final da investigação criminal, a qual que tem o objetivo de colher elementos que servirão para a formação da convicção do Ministério Público para oferecimento da denúncia, porque o órgão ministerial não poderia realizar de forma direta a investigação e em caso positivo quais seriam os limites de sua atuação? O que procuraremos demonstrar é que conforme o exemplo de outros países, em que o Ministério Público e a polícia trabalham de forma conjunta, o Brasil, a exemplo destes, diante do necessário combate à criminalidade e infrações penais, deveria ajustar-se, uma vez que pacificada a matéria, não se tem ainda uma regulamentação clara sobre o assunto.

Palavras-Chave: Ministério Público. Investigação Criminal. Legitimidade.

ABSTRACT

There is great doctrinal disagreement about the possibility of the prosecution perform directly the criminal investigation on extrajudicial phase. This thesis aims to analyze the issue under the theory that the prosecution is entitled to conduct criminal investigations, not be such a monopoly procedure of the judicial police. This study will aim to analyze whether the Federal Constitution prohibits the realization of research directly the parquet. As the prosecutor the final recipient of the criminal investigation, which it aims to gather elements that serve to form the conviction of the prosecutor to the complaint offering, because the ministerial body could not carry out directly research and case positive what are the limits of your execution? What will try to demonstrate is that as the example of other countries, where the prosecution and the police work jointly, Brazil, like these, given the need to combat crime and criminal offenses, should fit once which pacified the matter, it does not yet have a clear regulation on the matter.

Keywords: prosecutor. Criminal investigation. Legitimacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS ORIGENS	9
1.2 A origem da Instituição do Ministério Público.....	9
1.3 Surgimento do Ministério Público no Brasil.....	10
1.4 O Ministério Público na Constituição de 1988.....	14
1.4.1 <i>Princípios Institucionais do Ministério Público</i>	16
1.4.1.1 <i>Unidade</i>	16
1.4.1.2 <i>Indivisibilidade</i>	17
1.4.1.3 <i>Independência Funcional</i>	17
1.5 Atribuições Penais do Ministério Público	18
1.5.1 <i>Princípio da Obrigatoriedade e a Privatividade da ação penal pública</i>	18
1.5.2 <i>Atribuição de requisitar diligências</i>	19
1.5.3 <i>Controle externo da atividade policial</i>	20
2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL RELAZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	22
2.1 Investigação Criminal	28
2.2 Inquérito Policial	28
2.3 Investigação Criminal realizada pelo Ministério Público.....	30
2.4 Investigação Criminal em legislações estrangeiras.....	28
2.4.1 <i>Ministério Público nos Estados Unidos</i>	28
2.4.2 <i>Ministério Público na França</i>	30
2.4.4 <i>Ministério Público na Itália</i>	31
2.4.4 <i>Ministério Público na Alemanha</i>	33
2.4.5 <i>Ministério Público em Portugal</i>	35
2.5 Argumentos favoráveis a Investigação pelo Ministério Público.....	35
2.6 Argumentos Contrários a Investigação pelo Ministério Público.....	38
2.7 Posicionamento do STF.....	41
2.8 Resolução nº 13 do CNMP.....	46
3 CONCLUSÃO	51
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

INTRODUÇÃO

O Ministério Público não é uma criação legislativa de nosso ordenamento jurídico, este tem sua criação segundo se sabe, no início da civilização, na antiguidade, como instituição que cuidava dos interesses dos governantes.

O Ministério Público surge no Brasil quando ainda colônia por influência do direito português, quando império e posteriormente república, esteve presente em nosso ordenamento jurídico, porém não de forma muito organizada, sendo a Constituição Federal de 1988 onde se deu sua organização e consagração como defensor da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Comparado a um quarto poder por alguns, seu papel árduo é o de fiscalizador das atividades do Estado.

A Constituição Federal incumbe também ao *parquet*, a privatividade na promoção da ação penal pública, um dos meios aos quais e formada a *opinio delict*, do órgão ministerial é a investigação criminal. A grande discussão e divergência doutrinária é se pode o Ministério Público, na qualidade de destinatário final da investigação criminal, realizar a investigação criminal.

Abordaremos os princípios conferidos ao Ministério Público pela Constituição Federal, os quais norteiam sua atividade e funções.

Posteriormente será realizada uma abordagem sobre a investigação criminal, como esta deve ser realizada, em que momento e por quem pode ser realizada, uma vez que não são todos os casos em que essa investigação se dará por meio da polícia judiciária.

No presente estudo analisaremos algumas das características do Ministério Público em outros países, como se dá sua participação e sua relação com a polícia judiciária, com intuito de verificar se o modelo que será agora adotado no Brasil, mediante a recente decisão do STF está de acordo com o cenário mundial.

Vários são os posicionamentos doutrinários acerca da participação do Ministério Público de forma direta na investigação criminal, confrontaremos no presente trabalho as principais correntes doutrinárias contrárias e a favor da atuação do Ministério Público de forma direta na investigação Criminal.

Recentemente ao julgar o RE 593727/MG o Superior Tribunal Federal decidiu por unanimidade, julgar improcedente o pedido do ex-prefeito de Ipanema-MG, que se manifestava contra decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a qual aceitou a denúncia do Ministério Público com base em investigação realizada pelo próprio *parquet*.

A Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público trouxe inovações quanto à atuação do *parquet* na investigação criminal, trazendo também, questões polêmicas no mundo jurídico em seus artigos.

O ato normativo foi elaborado antes da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu ser possível a realização da investigação criminal pelo Ministério Público.

A Resolução nº 13 passa por críticas e será objeto de apreciação no judiciária, tendo em vista que cabe a União legislar sobre matéria penal.

Ocorre que alguns dos dispositivos da Resolução nº 13 do CNMP estriam ainda em contrariedade com alguns dispositivos constitucionais. Faremos uma rápida abordagem sobre os artigos mais polêmicos, bem com intuito de verificar se a resolução em questão alcança seus objetivos, bem como se o ato normativo é legítimo para tanto.

Por fim, o que se pretende no presente estudo e analisar se foi correta a decisão do supremo a qual reconheceu o direito do Ministério Público a participar de forma incisiva na investigação criminal, identificar seus limites de atuação e verificar se a Resolução nº 13 do CNMP satisfez de forma satisfatória às questões levantadas sobre como se dará a participação do MP,

1 MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS ORIGENS

Com a finalidade de expor neste trabalho uma maior compreensão histórica e literária da origem do Ministério Público, seguem tais observações e fatos acerca de sua origem a qual o transformou numa das Instituições mais importantes para nossa sociedade atual.

1.2 A origem da Instituição do Ministério Público

Muito se discute sobre as origens históricas do Ministério Público, fato certo é que este veio evoluindo juntamente com o Estado Moderno até chegar nos moldes que hoje conhecemos. Entretanto, apontaremos como à título introdutório as principais origens apontadas e sua evolução.

Kac (2004) aponta que a origem mais remota encontrada do Ministério Público estaria no Egito Antigo, aproximadamente no ano de 4.000 a.C., na figura dos Funcionários *Magjai* o quais eram incumbidos de denunciar as práticas criminosas aos magistrados.

Dirley da Cunha Júnior (2015), acerca do tema acrescenta que “[...] á quem vislumbre ainda, no *demodeta*, funcionário grego que era responsável pela vigilância da correta aplicação da lei, a origem do órgão ministerial. Contudo, não obstante tais funções não se assemelharem às do *parquet* [...]”.

Para Dirley da Cunha Júnior:

“O grande problema na identificação do marco inicial da instituição é a escolha do parâmetro a ser seguido, afinal, ainda não há um consenso mundial quanto às suas funções e natureza jurídica, variando a depender do país.” (DA CUNHA JUNIOR; Dirley, 2015, p. 960)

Kac (2004) salienta que o Ministério Público como órgão institucional surge na França, com Felipe, o Belo, através de sua *ordennance*, reunindo seus *procurateurs* e *advocatos*, os quais defendiam seus interesses privados em juízo, estes eram conhecidos como *lês gens du roi*. Com o passar do tempo a instituição

que cuidava apenas dos interesses privados do soberano, passou a exercer funções de interesse próprio do Estado.

Kac (2004) esclarece, ainda, que se tem origem na França as duas funções do Ministério Público conservadas até os dias atuais: a de *dominus litis* e a de *custos legis*.

Conforme Rangel (2003) a independência funcional do Ministério Público tem raízes quando em 1879 a *Corte de Cassação Criminal* francesa declara de forma definitiva que os membros do Ministério Público eram totalmente independentes em relação às cortes e tribunais perante os quais funcionavam.

Rangel (2003) esclarece que a origem mais aceita e delimitada do Ministério Público está no direito francês, com a Revolução Francesa em 1789, onde foi estruturada a instituição, sendo que a expressão mais usada ao se referir ao Ministério Público ainda nos dias de hoje é *parquet*.

Como bem ensina Dirley da Cunha Júnior:

“Foi após a Revolução Francesa que os procuradores do rei se consolidaram, conquistando as garantias da inamovibilidade e da independência perante o Executivo. Assim, de meros procuradores do rei, função hoje desempenhada por agentes específicos, passaram à condição de procuradores da sociedade, defendendo os interesses da coletividade.

Pelos fatos narrados acima é que a maior parte da doutrina considera a França como o berço do Ministério Público.” (DA CUNHA JUNIOR; DIRLEY, 2015, p. 963)

Conforme se verifica não se tem uma certeza concreta acerca de sua origem, entretanto, as correntes acerca da origem do Ministério Público procuram analisar fatos históricos e a forma mais próxima do que se tem hoje, sendo a origem francesa a que mais se parece nesse sentido.

1.3 Surgimento do Ministério Público no Brasil

Trataremos no presente tópico de apresentar o surgimento do Ministério Público no Brasil, as influências e desdobramentos históricos, da fase

colonial até a Constituição de 1988, responsável por ajustar o Ministério Público na forma como hoje conhecemos.

Em sua fase colonial o Brasil, como se sabe, era regido pelas normas do Direito Português, sendo assim, a estrutura normativa brasileira teve influência das Ordenações Afonsinas (ano de 1446), Manuelinas (ano de 1521) e, por último, as Filipinas (ano de 1603), sendo que nas duas últimas encontra-se presente a figura do promotor de justiça.

O primeiro diploma legislativo formalmente nacional referindo-se ao Ministério Público é o de 09 de janeiro de 1.609, relativo ao Tribunal da Relação do Brasil, RANGEL afirma que:

“[...] nesse Tribunal, o papel de Procurador da Coroa e de Promotor de Justiça era exercido por um dos dez desembargadores que a compunham, à semelhança do que ocorria, em Portugal na Casa de Suplicação.” (RANGEL; Paulo, 2003, p. 127).

O código de Processo Criminal de 1832 teve influência do sistema acusatório inglês e do sistema inquisitivo francês, em seu artigo 36 estabelecia que poderiam ser promotores de justiça aquelas as pessoas que pudessem ser juradas.

Nesse sentido RANGEL destaca:

“O importante, para nós, nessa breve abordagem histórica, é perceber que, com o Código de Processo Criminal de 1832, o Ministério Público passa a ter um tratamento mais sistemático, dispondo em seu art. 36 que poderiam ser promotores de justiça aquelas pessoas que podiam ser juradas, sendo que preferencialmente, aquelas que fossem conhecedoras das leis do país.” (RANGEL; Paulo, 2003, p. 128).

Alexandre de Moraes (2003) faz alusão ao Decreto nº 120, de 21/01/1843, fazendo referência à regulamentação do Ministério Público, tratando da nomeação dos promotores.

Alexandre de Moraes (2003) ressalta que a Primeira República, Campos Salles foi o precursor da independência do Ministério Público no Brasil, com

o Decreto nº 848, de 11/10/1890, sendo que no mesmo ano o Decreto nº 1.030, tornou o Ministério Público como Instituição necessária.

Alexandre de Moraes nos traz ainda a Constituição de 1934, a qual preocupou-se mais profundamente com o Ministério Público, dentre as normas implementadas, destaca:

“(...) a Constituição Federal previu a existência de Ministérios Públicos na União, no Distrito Federal e Territórios, e nos Estados, a serem organizados por lei (art. 95), Além disso, o Chefe do Ministério Público, no âmbito Federal (Procurador-Geral da República), passou a ser nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, sem a necessidade de fazer parte do poder judiciário, porém, com os mesmos vencimentos deste. A Carta Constitucional também previu a estabilidade e vedações aos membros do Ministério Público, e a necessidade de concurso público para o ingresso à carreira.” (MORAES; Alexandre de, 2003, p. 491).

Marcos Kac (2004) destaca sobre a Constituição de 1934 que:

“É cediço que foi efetivamente com o advento da Constituição de 1934 que o Ministério Público separou-se definitivamente do Poder Judiciário, bem como conseguiu a consagração de igualdade de seus membros em relação aos juízes, não só no tocante à importância, bem como no que se refere às garantias e prerrogativas institucionais que mereceu daquela Carta Política.” (KAC; MARCOS, 2004, p. 97).

Acerca da Constituição de 1937, Marcos Kac (2004) afirma que a mesma gerou grande retrocesso, a nomeação do Procurador-Geral da República passou a ser privativa do Presidente da república, não mais contando com a aprovação do Congresso, que à época fora dissolvido.

Entretanto, cumpre salientar, como bem destaca Marcos Kac (2004) foi nesse período que o Ministério Público ganhou duas referências de suma importância, a primeira é de que seria de competência privativa do Supremo Tribunal Federal processar e julgar o Procurador-Geral da República nos crimes de responsabilidade e a segunda de que permitia que o Ministério Público representasse em Juízo a Fazenda Federal, nas ações de cobrança da dívida ativa da União,

A Constituição de 1946 trouxe importantes mudanças ao Ministério Público, dentre elas foi conferido ao Ministério Público um título à parte na Carta Magna, o qual previa sua organização.

Foi nessa na Constituição de 1946 que conforme ressalta Marcos KAc (2004):

“Foi sob a égide da Carta Magna de 1946 que diversos estados da Federação optaram por desvincular aos seus parquets da representação judicial dos Estados-membros aos quais eram afetos voltando suas atividade estritamente às funções típicas de fiscal da lei e titular da ação penal.” (KAC; MARCOS, 2004, p. 102).

Alexandre de Moraes sobre a referida Carta esclarece que nela em seu artigo 127 foram proclamadas três importantes regras, quais sejam, concurso público, estabilidade e inamovibilidade.

Dessa forma os membros do *parquet* ingressariam na carreira mediante concurso público e pós dois anos de exercício não poderiam ser demitidos, senão por sentença judiciária ou por processo administrativo, sendo facultativa a ampla defesa. Não poderiam os membros, também, serem removidos, salvo por motivação do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

Dessa forma percebe-se que a constituição de 1946 trouxe grande avanços à carreira dos membros do Ministério Público, trazendo inovações ainda então desconhecidas.

A Carta de 1967 alterou a posição da Carta de 1946, colocando o Ministério Público novamente dentro do Poder Judiciário, mas não alterando as regulamentações já estipuladas anteriormente.

Posteriormente foram editadas a Emenda Constitucional nº1 de 1969 e a Emenda Constitucional nº 7 de 1977, voltando a posicionar o Ministério Público dentro do Poder Executivo, conforme observa Alexandre de Moraes (2003).

Acerca da Emenda Constitucional de 1969, Marcos Kac (2004) esclarece que nela ficaram evidenciados dois princípios, quais sejam: hierarquia funcional e o da legalidade.

Percebe-se claramente dentre as Constituições apresentadas a importância do Ministério Público em nosso ordenamento jurídico e as significantes alterações que este sofreu até a Constituição de 1988, que abordaremos a seguir.

1.4 O Ministério Público na Constituição de 1988

Após uma análise das transformações sofridas pelo *parquet* nas constituições anteriores passaremos a abordar a Constituição de 1988, sendo essa a que mais nos interessa, pois nela estão as funções, normas e princípios as quais o *parquet* atualmente é regido.

Dirley da Cunha Júnior ressalta que “[...] com a promulgação da Constituição de 1988, o *parquet* redobrou sua relevância social, principalmente no que diz respeito aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, além da titularidade da ação penal.

Conforme bem esclarece Alexandre de Moraes (2003) com a Constituição de 1988 o Ministério Público transformou-se no verdadeiro defensor da sociedade, na esfera penal sendo titular da ação penal pública e na esfera civil, como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, bem como na titularidade do inquérito civil e da ação civil pública.

Nas palavras de Marcos Kac:

“[...] a situação ministerial frente a *Lex Mater* se alterou substancialmente, vindo o Ministério Público a receber *status* de Instituição autônoma a qualquer dos três poderes constituídos, contando com o postulado maior de independência frente a estes poderes, o que lhe deu relevo constitucional e fôlego para a realização das árduas tarefas ministeriais, dentre as quais podemos citar a privatividade da ação penal pública e o controle externo da atividade policial.” (KAC; Marcos, 2004, p. 105).

Kac, Marcos (2004) ainda ressalta que a vontade legislativa foi de afastar o Ministério Público dos tradicionais poderes da União “reservando a este uma função eminentemente fiscalizadora das atividades governamentais”.

Acerca das prerrogativas dadas pelo legislador constituinte ao *parquet*, kac (2004) as compara com as prerrogativas encontradas nos poderes dos estados, residindo, talvez de tais prerrogativas que o órgão ministerial seria tido como um quarto poder.

Acerca do tema Kac (2004) afirma que:

“Ao Ministério Público foram deferidos iniciativa legislativa, criação e extinção de cargos, fixação de vencimentos e leis complementares, poder auto-organizacional, listar atribuições através de estatuto próprio, elaboração de proposta orçamentária, passando, inclusive, a prover seus próprios cargos de forma direta.” (KAC; Marcos, 2004, p. 106).

Uma das conquistas do Ministério Público na Constituição de 1988 foi a eleição dos Procuradores Gerais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios pela classe através de lista tríplice, sendo a escolha do nome final que irá chefiar a instituição feita pelo Chefe do Poder Executivo.

Entretanto como bem chama atenção Kac (2004) a eleição dos membros deveria ser feita pela classe, sem a interferência político-partidária, tendo em vista que cabe ao Procurador-Geral da República processar o Presidente da República, Ministros do STF, e outras autoridades.

Assim sendo, deve-se a constituição atual as maiores alterações da instituição, à transformando em instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

1.4.1 *Princípios Institucionais do Ministério Público*

A Constituição Federal em seu art. 127 estabelece como princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, sendo assim faremos uma abordagem acerca destes princípios.

1.4.1.1 *Unidade*

Esclarece Kac (2004) que o princípio da unidade está no fato de quem o Ministério Público seria um ente único, um só organismo, portanto, “quando um de seus membros se manifestasse, a manifestação seria institucional e não pessoal.”

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli:

“[...] unidade restringe-se ao conceito que os promotores de um Estado integram um só órgão sob a direção de um só chefe; indivisibilidade significa que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, porém, mas segundo a forma estabelecida na lei.” (MAZZILLI, 1993, apud KAC, p.123).

Segundo Kac:

“Neste sentido, unidade é o não fracionamento da Instituição, constituindo-se a mesma em um só todo e, independentemente do órgão ou membro que esta se manifestando judicial ou extrajudicialmente, será sempre o Ministério Público a emitir posicionamento.” (KAC; MARCOS, 2004, p. 124)

Como bem ensina Alexandre de Moraes (2003) por unidade devemos entender que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção única de um só Procurador-Geral ressaltando-se, porém, que só existe unidade dentro de cada Ministério Público.

Sendo assim, conclui-se que pelo princípio da unidade entende-se que o órgão ministerial se trata de um só órgão, dirigido e comandado por um só chefe, lembrando que esta divisão atende apenas critérios funcionais.

1.4.1.2 *Indivisibilidade*

Kac (2004) afirma que o princípio da indivisibilidade estabelece que os membros do Ministério Público podem ser substituídos por outro do mesmo ramo de atuação ministerial, sem no entanto haver quebra ou divisão da instituição no cumprimento de suas funções.

Alexandre de Moraes entende o princípio da indivisibilidade da seguinte forma:

“O Ministério Público é uno porque seus membros não se vinculam aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros de acordo com as normas legais. Importante ressaltar que a indivisibilidade resulta em verdadeiro corolário do princípio da unidade, pois o Ministério Público não se pode subdividir em vários outros Ministérios Públicos autônomos e desvinculados uns dos outros.” (MORAES; Alexandre de, 2003, p. 496).

Entretanto, como bem explana MAZZILI (1993), “a substituição não poderá ser procedida de forma arbitrária ou casuística, sob pena de quebra do princípio do juiz natural”.

Por este princípio devemos entender que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros nos processos, de acordo com o disposto em lei, pois quem atua no processo é a instituição.

1.4.1.3 *Independência Funcional*

Pelo princípio da independência funcional os membros do Ministério Público devem ater-se apenas ao disposto na lei e a sua consciência jurídica, sem qualquer influencia de quem quer que seja.

Segundo Alexandre de Moraes:

“Nem seus superiores hierárquicos podem ditar-lhes ordens no sentido de agir desta ou daquela maneira dentro de um processo. OS órgãos de administração superior do Ministério Público podem editar recomendações sobre a atuação funcional para todos os integrantes da Instituição, mas sempre sem caráter normativo.” (MORAES; Alexandre de, 2003, p. 496).

Seguindo o entendimento ainda de Alexandre de Moraes (2003): “só se concebe no Ministério Público uma hierarquia no sentido administrativo, pela chefia do Procurador-Geral da instituição, nunca de índole funcional.”

O professor Alexandre de Moraes realiza, ainda, um importante apontamento:

A Constituição Federal valorizou de tal modo a independência e autonomia do Ministério Público que considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios ao livre exercício da Instituição (CF, art. 85, II). (MORAES; Alexandre de, 2003, p. 497).

Sendo assim, os membros do Ministério Público são independentes no exercício de suas funções, possuem autonomia de convicção, não se subordinando a poderes hierárquicos ou ordens de atuação.

1.5 Atribuições Penais do Ministério Público

1.5.1 Princípio da Obrigatoriedade e a Privatividade da ação penal pública

O Ministério Público detém a exclusividade na propositura da ação penal, conforme artigo 121, inciso I, da Constituição Federal, salvo nos casos de inércia por parte do órgão ministerial, nesse caso trata-se de ação penal privada subsidiária da pública, conforme os artigos 5º, LIX, CF; m100, § 3º, do CP e 29 do CPP.

Sendo assim, está o particular em caso de inércia do Ministério Público legitimado a promover ação penal privada subsidiária da pública.

Acerca da obrigatoriedade da ação penal Paulo Rangel afirma que:

A propositura da ação penal pública é para o Estado uma imposição legal, pois se não houver persecução penal *in iudicium* não poderá haver inflicção de pena propriamente dita. Nasce daí a obrigatoriedade da ação penal pública. (RANGEL; Paulo, 2003, p. 174).

Rangel (2003) acrescenta que a obrigatoriedade da ação penal pública é “exercício de um poder-dever, conferido ao Ministério Público, de exigir do Estado-Juiz a devida prestação jurisdicional a fim de satisfazer a pretensão acusatória estatal, restabelecendo a ordem jurídica violada”.

Rangel (2003) afirma ainda que a obrigatoriedade da ação penal não pode ser confundida com proposição, a ação deve ser proposta quando existe um lastro probatório mínimo, que deve sustentar a denúncia.

Nos casos em que o Ministério Público não propuser a ação penal no devido prazo legal é cabível a ação penal privada subsidiária da pública, ou seja, por inércia do órgão ministerial.

Segundo Kac (2004) são três os motivos que podem levar a não deflagração da ação penal pelo Ministério Público: a inércia do órgão ministerial; o pedido de arquivamento e, a requisição de diligências imprescindíveis para a instrução do feito.

1.5.2 *Atribuição de requisitar diligências*

A Constituição Federal em seu artigo 129, inciso VI, estabeleceu como uma das funções institucionais do Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los.

Conforme esclarece Rangel:

[...] Trata-se de previsão constitucional de, no âmbito Ministerial, haver procedimentos investigatórios próprios, possibilitando, ao membro do *Parquet*, realizar investigação preliminar preparatória da ação penal, se necessário for. (RANGEL; Paulo, 2003, p. 183).

Mazzili acerca do poder de requisitar diligências afirma que:

“No inc. VI, do art. 129, da Constituição, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para formar sua *opinio delicti*: se os procedimentos

administrativos a que se refere este inciso fossem apenas de matéria cível, teria bastado o inquérito policial de que cuida o inc. III. O inquérito policial nada mais é que um procedimento administrativo de atribuição ministerial. Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível; atinge também a área destinada as investigações criminais” (MAZZILLI, 1998, apud RANGEL, p.184).

Rangel (2003) esclarece ainda que os magistrados e membros do Ministério Público devido a sua prerrogativa de foro “[...] são processados e julgados criminalmente perante o Tribunal de Justiça de seu Estado de origem (CF. art. 96, II, da CRFB c/c art. 40, IV da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – 8.625/93)”.

O artigo 41, da Lei Orgânica do Ministério Público assim estabelece:

Parágrafo único. Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

A notícia da prática de crime deve ser enviada ao *parquet*, para que este realize a devida investigação. Abrindo-se assim procedimento administrativo com intuito de se formar a *opinio delicti*.

1.5.3 Controle externo da atividade policial

A atribuição de exercer o controle externo da atividade policial foi instituída no artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal, como bem esclarece Rangel (2003) o controle sobre a atividade policial se dá sobre investigação policial, sendo o Ministério Público destinatário da final das investigações cabe a ele o papel de controlar e fiscalizar as diligências realizadas pela polícia.

Nesse sentido Rangel assim entende:

[...] Portanto, a fiscalização, o domínio, que exerce o Ministério Público é sobre a atividade fim da polícia, qual seja: a investigação policial com escopo de apurar a prática de uma infração penal. O destinatário final das investigações policiais é o Ministério Público e, por isso, tem ele que exercer controle sobre as diligências que serão desempenhadas pela polícia no sentido de determinar as que são

imprescindíveis para a formação de sua *opinio delicti*. (RANGEL; Paulo, 2003, p. 187).

Conforme leitura do artigo 129, inciso VII, da Constituição, observa-se que este faz referência a Lei Complementar mencionada no artigo anterior, ou seja, a lei que organiza as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público da União e dos Estados.

O controle externo realizado pelo Ministério Público em relação à atividade policial vem disciplinado pela Lei Complementar nº 75, de 20/05/1993 no seu Capítulo II, artigo 9º, estabelecendo que:

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

I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;

II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;

III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;

V - promover a ação penal por abuso de poder.

Importante salientar que como Rangel (2003) bem observa os estados que não possuem leis orgânicas devem aplicar subsidiariamente as disposições da Lei Orgânica do Ministério Público, permitida pelo legislador orgânico (Lei 8.625/93) artigo 80.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 Investigação Criminal

Quando se tem violada uma lei de natureza penal, o Estado recorre ao processo penal para exercer seu *jus puniendi*. No entanto, para que a *persecutio criminis in judicio* tenha início, é necessário que o Ministério Público, órgão responsável pela ação penal, tenha elementos comprobatórios da autoria e da materialidade do fato delituoso.

Conforme leciona Nucci:

“O Estado pode e deve punir o autor da infração penal, garantindo com isso a estabilidade e a segurança coletiva, tal como idealizado no próprio texto constitucional (art. 5º, *caput*, CF), embora seja natural e lógico exigir-se uma atividade controlada pela mais absoluta legalidade e transparência. Nesse contexto, variadas normas permitem que órgãos estatais investiguem e procurem encontrar ilícitos penais ou extrapenais.” (NUCCI; Guilherme de Souza, 2011, p. 147)

A investigação criminal é o meio pelo qual a autoridade reúne elementos quando se tem notícia de um delito, os quais serão usados como base, se for o caso, para uma ação penal proposta então pelo Ministério Público.

Marcos Kac define o poder de investigar como sendo:

[...] o poder de investigar significa ter a autoridade de agir para perquirir a descoberta do autor do crime e de sua existência material, pesquisando-se, ainda, as causas e conseqüências deste, quando a autoridade investigante dele tiver notícia. (KAC; Marcos, 2004, p. 139)

Conforme ensina Nucci “A presidência do inquérito cabe à autoridade policial, embora as diligências realizadas possam ser acompanhadas pelo representante do Ministério Público, que detém o controle externo da polícia.”

Conforme Nucci esclarece ainda:

“[...] Portanto, cabe aos órgãos constituídos das polícias federal e civil conduzir as investigações necessárias, colhendo provas pré-constituídas e formar o inquérito, que servirá de base de sustentação a uma futura ação penal.

“A presidência do inquérito cabe à autoridade policial, embora as diligências realizadas possam ser acompanhadas pelo representante do Ministério Público que detém o controle *externo* da polícia.” (NUCCI; Guilherme de Souza, 2011, p. 153)

Ocorre que nem sempre a investigação é exclusividade da autoridade policial, Mirabete (2006), ensina que a Constituição Federal não estabeleceu a exclusividade de investigação e de funções da Polícia Judiciária às polícias. Assim sendo, outros órgãos podem executar a função investigatória, como, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito (artigo 58, § 3º, da Constituição Federal), a Receita Federal, o Banco Central.

Conforme Nucci (2011) salienta existem outras investigações previstas legalmente como as realizadas por Comissões Parlamentares de Inquérito, por autoridades florestais, por agentes administrativos, promotor de justiça, ao presidir inquérito civil e outras. Entretanto, o autor destaca que “Não é possível admitir-se a produção de provas por quem não está autorizado legalmente a colher elementos para dar fundamento à ação penal.

Tido como o principal instrumento de investigação, cuja função é reunir os elementos de autoria e de materialidade para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, passaremos no tópico seguinte à análise do inquérito policial.

2.2 O Inquérito Policial

O Inquérito policial como já abordado no tópico anterior é o instrumento pelo qual a polícia judiciária reúne elementos os quais formarão um lastro probatório mínimo para o oferecimento de uma eventual acusação, por parte do Ministério Público, a quem compete a privatividade do oferecimento da ação penal.

Nucci (2011) esclarece que “a presidência do inquérito cabe à autoridade policial, embora as diligências realizadas possam ser acompanhadas pelo representante do Ministério Público, que detém o controle externo da polícia.

Nas palavras de Nucci:

O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. (NUCCI; Guilherme de Souza, 2011, p. 148)

Nucci (2011) afirma ainda que o principal objetivo do inquérito policial “é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime”.

Kac (2004) afirma que a natureza jurídica do inquérito policial é determinada pela necessidade de atos investigatórios para a correta deflagração da persecução penal. Esclarece ainda que este procedimento pode ser dispensado, caso a ação seja proposta com base em outros elementos, sendo via de regra peças informativas (CPP, arts. 12,27,39, § 5º e 46, §1º), e que no caso do inquérito servir de base para o oferecimento da ação, este deve acompanhá-la conforme dispõe o art. 122 do CPP.

Sendo assim, inquérito policial é dispensável para o Ministério Público, podendo a ação penal ser oferecida com base em outros elementos de convicção.

Conforme entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

O inquérito é, por sua própria natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa, produzindo e indicando provas, oferecendo recursos, apresentando alegações, entre outras atividades que, como regra, possui durante a instrução judicial. (NUCCI; Guilherme de Souza, 2011, p. 172)

Nucci (2011) ressalta ainda que o inquérito destina-se a formar a convicção do órgão acusatório acerca da autoria e materialidade da infração penal,

não cabendo assim o contraditório e ampla defesa, pois estes serão exercidos posteriormente em juízo.

Trata-se de procedimento escrito conforme estabelece o art. 9º do CPP: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.”

O inquérito policial encontra ainda outra particularidade no fato deste ser sigiloso. Conforme disposto no artigo 20 do CPP: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Nucci (2011) sobre a posição do advogado em relação ao sigilo no inquérito ressalta que existem posições doutrinárias e jurisprudenciais que inviabilizam o acesso do advogado as investigações, sobre argumento de quem o interesse público prevalece sobre o individual. Nesse sentido assim se manifesta:

[...] ao advogado não se pode negar acesso ao inquérito, pois o Estatuto da Advocacia é claro nesse sentido: Lei 8.906/94, art. 7º - “São direitos do advogado: (...) XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e inquérito, findos ou em andamento, ainda, que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.

(...)

“Dir-se-á que o inquérito é sigiloso (ausente a publicidade a qualquer pessoa do povo) e não contestamos tal afirmativa, o que não pode significar a exclusão da participação do advogado como ouvinte e fiscal da regularidade da produção de provas, caso deseje estar presente.” (NUCCI; Guilherme de Souza, 2011, p. 174)

Nucci (2011) lembra ainda que o Magistrado não deve calcar sua decisão no inquérito policial, pois neste não há de contraditório e ampla defesa, o inquérito policial não pode ser utilizado para sustentar a condenação do acusado, fato nitidamente inconstitucional.

O artigo 4º do Código de processo penal em seu parágrafo único estabelece que o inquérito policial não é exclusividade da autoridade policial, podendo ser realizado pelas autoridades administrativas.

Guilherme de Souza Nucci destaca as investigações criminais realizadas por magistrados, afirmando que:

Segundo dispõe o art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/79, “quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte de magistrado, a autoridade policial, civil ou militar remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou Órgão Especial competente para julgamento, a fim de que prossiga a investigação”. Os Regimentos Internos dos tribunais especificam como se realiza a investigação. (NUCCI; Guilherme de Souza, 2011, p. 151)

Pode também ser instaurado inquérito pelo Presidente do Superior Tribunal Federal nos casos de crimes ocorridos na sede ou dependências do tribunal, conforme disposto no art. 43 do Regimento Interno do STF.

As Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPI) tem poder de investigação próprio das autoridades judiciais, tratando-se de outro exemplo de investigação realizada por outras autoridades, estão instituídas no art. 58, § 3º, da Constituição Federal, devendo, se for o caso, suas conclusões serem encaminhadas ao Ministério Público para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Nucci, em seu entendimento:

Outras investigações legalmente previstas existem, como as realizadas por Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), pelas autoridades florestais, por agentes da Administração (sindicâncias e processos administrativos), pelo promotor de justiça. Presidindo o inquérito civil, entre outras. Não é possível admitir-se a produção de provas por quem não está autorizado legalmente a colher elementos para dar fundamento a ação penal, como, por exemplo, colher “declarações de pessoas” em notários, que não têm atribuição legal para isso. (NUCCI; Guilherme de Souza, 2011, p. 151).

Conforme se verifica vários órgãos e entidades administrativas detém o poder de realizar investigações para elucidar fatos e infrações ocorridas sob seu âmbito, descaracterizando assim, o fato da investigação criminal ser monopólio

da polícia judiciária, portanto nada mais certo que o Ministério Público, possa também realizá-la, nesse contexto, aborda-se ainda mais sobre essa temática no decorrer desta.

Todavia, mediante abordagem posterior, apesar de recente posicionamento do STF a respeito da possibilidade do Ministério Público realizar a investigação, o tema ainda merece destaque, tendo em vista que ainda não foi editado ato que regulamente esta atividade, o que pode gerar abusos e desrespeitos aos direitos e garantias fundamentais ao investigado.

2.3 Investigação Criminal realizada pelo Ministério Público

A discussão acerca da legitimidade do Ministério Público realizar a investigação criminal de forma direta não é nova, há muito se discute se o *parquet* detém ou não poderes para tanto. O assunto em questão gera grande divergência por parte dos doutrinadores e jurisprudência.

Nossa atual Constituição elevou o Ministério Público à condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-o da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Apesar disso, ainda se discute se o Ministério Público pode ou não promover sob sua autoridade as investigações criminais destinadas a identificar o autor da infração e a materialidade do delito.

O Inquérito Policial objetiva a apuração de infrações penais e respectiva autoria, para que o Ministério Público ou o ofendido tenham condições de ingressar com a ação penal.

De acordo com os ensinamentos de Valter Foleto Santin (2007):

“O trabalho policial investigatório é direcionado à análise do Ministério Público e depois para servir de base à apreciação perfunctória da autoridade judiciária, por ocasião do recebimento da

denúncia ou sua rejeição, para aferição de justa causa da ação penal.” (SANTIN, Valter Foletto, 2007, p. 242).

Vislumbra-se, assim, que no sistema atual o Ministério Público fica distante da colheita dos elementos que servirão de base para a propositura da ação penal. Tem que se contentar com os dados trazidos pela polícia, o que é insatisfatório para sua atuação e para o futuro sucesso da ação penal.

A interferência do Ministério Público na produção das provas pela autoridade policial é mínima, se limitando à requisição de diligências e ao acompanhamento dos atos investigatórios.

O distanciamento do Ministério Público não se coaduna com a tendência internacional de sua aproximação com a atividade investigativa preliminar, sendo necessário um maior aprofundamento da participação do *Parquet* na investigação criminal.

Entretanto, em que pese a necessidade de maior participação ministerial na investigação preliminar e todos os motivos que fundamentam essa função, ainda não houve pacificação acerca da legitimidade do membro do Ministério Público para realizar as investigações necessárias para apuração da materialidade e autoria das infrações penais.

2.4 Investigação Criminal em legislações estrangeiras

A seguir será feita abordagem acerca da atuação do Ministério Público em alguns países, com intuito de verificar se o ordenamento jurídico brasileiro está em conformidade com os demais países.

2.4.1 Ministério Público nos Estados Unidos

Definitivamente os Estados Unidos é o país que mais no traz inovações quanto à atuação do Ministério Público, gozando neste ordenamento de ampla autonomia, passaremos a abordar algumas delas.

Nos Estados Unidos a eleição dos membros do Ministério Público é realizada por eleição popular, sendo a função ministerial de cunho político.

Conforme aponta KAC

Neste país, o Ministério Público dita o andamento das investigações e orienta, se for o caso, o desempenho do trabalho policial, que será realizado de acordo com as necessidades do *parquet* para melhor formar o lastro probatório inicial a permitir a *persecutio criminis in judicio*, já que é ele, inegavelmente, seu destinatário final na fase pré-processual. (KAC; MARCOS, 2004, p. 46)

No sistema norte-americano o promotor de justiça tem acesso a todo o andamento do processo, podendo ordenar as investigações, independentemente de quem as tenha cometido.

“Não é demais ressaltar que o Promotor de Justiça conta com uma equipe altamente especializada de policiais e técnicos forenses que lhe subministrarão os elementos básicos e imprescindíveis à propositura da ação penal.

O Procurador-Geral Federal (*Attorney General*) é indicado pelo Presidente da república ao Senado Federal que, se aprovado, se constituirá em Ministro da Justiça. Existe, ainda, o *Deputy Attorney General*, o *Solicitor General* e os *Assistant Attorney General*.” (KAC; MARCOS, 2004, p. 47)

Acerca do assunto Kac esclarece que:

[...] São três as alternativas básicas para a negociação: i) acordo para que o acusado se declare “culpado” de uma imputação menos gravosa; ii) declaração de “culpa” com alguma atenuante, como, por exemplo, a concessão de livramento condicional e iii) declarar-se “culpado” da acusação, com a promessa de não ser processado por outros fatos puníveis. (KAC; MARCOS, 2004, p. 49)

Importante instituto no sistema americano é o *plea bargaining*, ou seja, espécie de transação realizada pelo Ministério Público e o acusado, espécie esta não contemplada em nosso direito.

Como bem esclarece Kac sobre o *plea bargaining*:

Por derradeiro, outro instrumento norte-americano que se distingue do direito brasileiro é o denominado *plea bargaining*, que é a

transação entre o Ministério Público e o acusado. São três alternativas básicas para a negociação: (i) acordo para que o acusado se declare “culpado” de uma imputação menos gravosa; (ii) declaração de “culpa” com alguma atenuante, como por exemplo, a concessão de livramento condicional e (iii) declarar-se culpado da acusação, com a promessa de não ser processado por outros fatos puníveis.” (KAC; MARCOS, 2004, p. 49)

Esse instituto é visto pelos críticos como uma ameaça por parte do Ministério Público na imposição da aceitação da transação, não sendo assim, uma forma de negociação livre, como Kac (2004) bem chama atenção.

Kac (2004) ressalta ainda que existe pressão psicológica por parte dos promotores, quase que obrigando ao réu a aceitação do *plea bargaining*, sob pena de se lhe fazer carga maior no processo.

Verifica-se, portanto, que no Direito Norte-Americano, o Ministério Público goza de ampla autonomia, ditando o andamento das investigações e o desempenho da polícia, uma vez que será o destinatário das provas colhidas na fase pré-processual. Tamanha é sua autonomia, que este goza inclusive da prerrogativa de fazer negociações com o acusado, mediante o instituto do *plea bargaining*.

2.4.2 Ministério Público na França

A França é o país berço do Ministério Público com a estrutura que hoje se conhece, o Ministério Público está hierarquicamente subordinado ao Ministro da Justiça.

Paulo Rangel destaca que:

Na França, O ministério Público é o titular da ação penal pública e também, fiscal da lei, pois requer a aplicação e cumprimento das leis e faz respeitar a ordem pública e é parte necessária no processo penal. Porém, não goza da mesma garantia de estabilidade de que gozam os magistrados na França, estando hierarquicamente subordinados ao ministro da justiça, que dirige e supervisiona suas funções. (RANGEL; PAULO, 2003, p. 159).

Rangel (2003) esclarece ainda que a polícia judiciária esta subordinada ao Ministério Público, na figura do procurador geral, que tem o poder de

aplicar sanções aos agentes em caso de falta, sendo assim a polícia sempre mantém o parque informado, inclusive sobre a realização de diligências.

Comentando sobre as atribuições do Ministério Público na França, Kac (2004) destaca as seguintes atribuições: exercitar a ação penal; representar a sociedade e em seu nome requerer a aplicação das leis; velar por sua observância; executar as decisões judiciais quando essas disserem respeito à ordem pública; defender os interesses daqueles que forem incapazes de fazê-lo por si.

Na França o sistema processual é o juizado de instrução, nesse sistema o juiz tem o papel de investigador, atuando na coleta de provas de autoria e materialidade, porém a requerimento do Ministério Público, sendo assim nas palavras de Paulo Rangel:

O sistema processual penal adotado na França é o juizado de instrução, onde o juiz exerce papel de investigador, colhendo as provas necessárias para que haja a delimitação de autoria e da materialidade, visando, assim, à descoberta da verdade dos fatos.

Na França, o juiz instrutor tem a obrigação de intervir nos crimes, a faculdade de intervir nos delitos, e, nas contravenções penais, somente se o Ministério Público requerer. (RANGEL; PAULO, 2003, p. 159).

Sendo Assim o Ministério Público Francês realiza ou ordena a realização das diligências necessárias à investigação penal, estando a polícia sob suas ordens e ao seu controle, podendo ainda o *parquet*, decidir a qualquer momento pelo arquivamento do procedimento.

2.4.3 Ministério Público Na Itália

Na Itália o *parquet* para Marcos Kac é uma variante do sistema francês se constituindo em um tipo particular de estruturação a qual passaremos a abordar os aspectos mais importantes.

Nas palavras de Marcos Kac:

[...] na Itália, além de formar uma única carreira, regulada organicamente por um único estatuto, existe a possibilidade de os

Magistrados exercerem indistintamente funções jurisdicionais e funções de Ministério Público sujeitos à orientação e disciplina de um mesmo órgão censor: O Conselho Superior de Magistratura. (KAC; MARCOS, 2004, p. 58)

O Juizado de Instrução na Itália foi suprimido pelo Código de Processo Penal de 1988. O Ministério Público é responsável pelas investigações que precedem a fase judicial, estando presente o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Kack (2004) destaca que no Direito Italiano conforme art. 122, o exercício da ação penal é obrigatório por parte do Ministério Público.

Segundo ainda Marcos Kac:

As investigações preliminares são conduzidas pelo Ministério Público, que pode realizar diretamente atos investigativos, ou pode delegar tais atos à polícia judiciária. Os atos praticados são, em regra, secretos, havendo a proibição da publicação das investigações realizadas. (KAC; MARCOS, 2004, p. 60)

Rangel (2003) destaca ainda que “a atuação da polícia é exercida sempre sob a fiscalização do Ministério Público e tem como escopo, primordial, assegurar as fontes de prova e a identificação das pessoas que são objeto de investigação”.

Como bem salienta Rangel (2003) na Itália ao Ministério Público foi entregue a tarefa de conduzir a investigação policial e ao juiz de garantir o exercício dos direitos previstos na Constituição Italiana.

Rangel ainda destaca que:

“O objetivo do Ministério Público na Itália é a administração da justiça, na qual estão inseridas as providências necessárias à investigação criminal que, embora sendo normalmente realizada pelas polícias locais, são acompanhadas e dirigidas por Magistrados – juízes ou promotores” (RANGEL; PAULO, 2003, p. 58/59).

O autor traz importante apontamento acerca da participação do *parquet*, na Itália, bem como o fato das investigações são em regra secretas e proibição acerca de sua publicação. Em suas palavras:

“As investigações preliminares são conduzidas pelo Ministério Público, que pode realizar diretamente atos investigativos, ou pode delegar tais atos à polícia judiciária. Os atos praticados são, em regra, secretos havendo a proibição da publicação das investigações realizadas.” (RANGEL; PAULO, 2003, p. 60).

Na Itália, portanto, cabe ao Ministério Público conduzir as investigações policiais, reservando-se ao juiz a tarefa de garantir o exercício dos direitos previstos na Constituição, manifestando-se apenas quanto as medidas cautelares reais ou pessoais.

2.4.4 Ministério Público na Alemanha

Segundo entendimento de Kac (2004) o Ministério Público na Alemanha é dependente do Poder Executivo, porém devido à aplicação do princípio da legalidade no exercício da ação penal essa subordinação não é absoluta.

Dentre as atribuições desempenhadas pelo Ministério Público na Alemanha KAC (2004) destaca: receber a comunicação dos crimes das vítimas; iniciar a persecução penal policial; ordenar em casos de urgência certas medidas coercitivas; exercitar a ação penal, e finalmente fiscalizar a execução das penas.

Na Alemanha o Ministério Público dirige diretamente as investigações criminais, com o auxílio da força policial.

Sobre o poder de proceder a investigação diretamente Kac afirma que:

“Embora conte com autonomia investigativa, o Ministério Público alemão pode baixar instruções normativas a serem seguidas pela polícia. Via de regra, o Ministério Público alemão não procede à investigação direta, aceitando os resultados colhidos pela polícia. Por outro lado, não há o impedimento de o Ministério Público proceder e elucidar diretamente qualquer infração penal, comumente ocorrente nos casos mais graves [...] (KAC; MARCOS, 2004, p. 76)

No direito alemão, portanto percebe-se que o Ministério Público nesse país conta com grande autonomia, podendo iniciar a persecução criminal e baixar instruções normativas à polícia. Ponto relevante é o de que não há impedimento nesse ordenamento de que o Ministério Público realize de forma direta a investigação criminal nos casos mais graves.

2.4.5 *Ministério Público em Portugal*

Na constituição portuguesa de 1976 o Ministério Público foi sistematizado nos moldes atuais. Dentre as atribuições do *parquet* nesse país Kac (2004) destaca: o exercício da ação penal; a direção da investigação penal preliminar; a promoção da legalidade; a representação do Estado, dos incapazes e ausentes; e o exercício de funções consultivas.

O *parquet* em Portugal goza de estatuto próprio e autonomia nos termos da lei, conforme explana KAC (2004), seus agentes são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados e não podem ser transferidos ou despedidos, com exceção dos casos previstos em lei.

Dentre as principais características do Ministério Público em sua análise sobre o *parquet* no direito português Kac acrescenta:

“Uma das características mais salientes do Ministério Público português é o seu poliformismo essencial; suas atribuições se distribuem em diversos planos, entre os quais se incluem: (i) o exercício da ação penal; (ii) a direção da investigação pela preliminar; (iii) a promoção da legalidade; (iv) a representação do Estado, dos incapazes e ausentes; (v) o exercício de funções consultivas. A estas linhas identificadora devemos incluir sua unidade organizativa. O Ministério Público goza de autonomia orgânica e funcional, estando excluída a interferência de outros poderes do Estado, com a exceção da atuação como advogado ou da atuação na defesa dos interesses particulares do estado.” (KAC; MARCOS, 2004, p. 71)

Conforme se verifica neste país a autonomia orgânica e funcional, a falta de interferência de outros poderes também está presente dentre as características do Ministério Público, seguindo na mesma linha o ordenamento jurídico brasileiro.

Acerca da Estrutura do Ministério Público, Kac afirma que:

“O órgão superior do Ministério Público é a Procuradoria General de la República, que está compreendida pelo Procurador General de la República, o Conselho Superior do Ministério Público, o Conselho Consultivo e a Secretaria, O Ministério Público português tem uma estrutura hierárquica.” (KAC; MARCOS, 2004, p. 73)

Cumprido ressaltar, que conforme observa Kac (2004), no direito português o Ministério Público se apresenta como órgão integrado aos tribunais, com autonomia e estatuto próprio, devendo obedecer ao programa fixado pela constituição, não existindo assim dependência governamental.

Sendo assim, o Ministério Público no Direito Português se apresenta de forma autônoma, não apresenta dependência governamental, devendo agir em observância a constituição portuguesa.

Acerca da Investigação criminal o Ministério Público se apresenta como órgão responsável pela direção da investigação penal preliminar e como órgão responsável pelo exercício da ação penal.

Cabe polícia nesse sistema assiste ao *parque* atuando sob sua orientação e supervisão, bem como sob sua dependência funcional.

2.5 Argumentos favoráveis a Investigação pelo Ministério Público no Brasil

Passaremos a apresentar aos argumentos e posições a favor da investigação criminal do Ministério Público, destacando algumas posições doutrinárias acerca do assunto.

Um dos argumentos utilizados pela corrente favorável a realização da investigação criminal pelo *parquet*, seria a teoria dos poderes implícitos, a qual teve origem na Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, no precedente *McCulloch vs. Maryland*. De acordo com a teoria, a Constituição, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade.

Dessa forma, deve-se entender conforme Marcos Kac (2004) o legislador constituinte ao conceder a determinado órgão ou instituição uma função ou atividade fim, está também concedendo a este os meios necessários para que alcance este objetivo.

O autor referido autor conclui ainda que:

Nestes termos, se incumbe ao Ministério Público, privativamente, o exercício da ação penal pública, é tranqüilo concluir que estarão compreendidos entre seus poderes e prerrogativas institucionais o de produzir provas e investigar a ocorrência de indícios que justifiquem sua atuação na persecução penal preliminar, instaurando o procedimento administrativo pertinente, devendo assim proceder por dever de ofício e sempre que a atuação da Polícia Judiciária possa revelar-se insuficiente à satisfação do interesse público consubstanciado na apuração da verdade real. (KAC; MARCOS, 2004, p. 139)

Outro ponto que merece destaque e que embasa a corrente de doutrinadores é a de que sendo o Ministério Público o responsável pela ação penal, nada mais certo que em caso de inércia ou desinteresse policial, este produza por si só as provas que serão usadas como base da ação penal.

Desta forma, nas palavras de Paulo Rangel “(...) se o Ministério Público tem que propor, privativamente, a ação penal pública, carregando para tanto o ônus, exclusivo, da prova, deve ter nas mãos os elementos de convicção idôneos a sustentar a referida imputação penal.”

Entretanto, a questão levantada pela corrente contrária seria a de que a Constituição Federal em seu art. 144, §1º, IV, tornou a atividade de investigação exclusiva da polícia judiciária, trazemos o comentário de Fernando Capez, que se mostrou contrário a esse entendimento:

“(...) no que toca ao argumento de que o art. 144, §1º, IV da CF conferiu com exclusividade as funções de polícia judiciária da União à Polícia Federal, convém esclarecer que tal não significa excluir o Ministério Público das atividades de investigação, pois a expressão com “exclusividade” destina-se apenas a delimitar o âmbito de atuação das polícias estaduais, as quais não poderão exercer a atividade de polícia judiciária na esfera federal.” (CAPEZ, Fernando. 2008. p. 108/109)

No mesmo sentido, acerca da exclusividade da polícia judiciária na condução das investigações, trazemos a manifestação de Julio Fabbrini Mirabete:

“Os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusivos da polícia judiciária, ressalvando expressamente a lei a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas (art. 4º, do CPP). Não ficou estabelecida na Constituição, aliás, a exclusividade da investigação e de funções da Polícia Judiciária em relação às polícias civis estaduais. Tem o Ministério Público legitimidade para proceder investigações e diligências, conforme determinarem as leis orgânicas estaduais.

(...)

Pode inclusive intervir no inquérito policial em face da demora em sua conclusão e pedidos reiterados de dilação de prazos, pois o *Parquet* goza de poderes investigatórios e de auxílio à autoridade policial.” (MIRABETE, Julio Fabbrini. 2007. p.75.)

Nos casos em que a polícia judiciária tenha dificuldade ou desinteresse quando na condução das infrações penais, cabe a participação do Ministério Público de forma direta.

Nesse sentido Hugo Nigro Mazzilli, ao defender a participação do Ministério Público na Investigação Criminal, ressalta que há casos em que é necessária a participação do Ministério Público, como por exemplo, quando os crimes são praticados por autoridades ou policiais, nesse sentido assim expõe:

“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.

A iniciativa investigatória do Ministério Público é de todo necessária, sobretudo nas hipóteses em que a polícia tenha dificuldade ou desinteresse em conduzir as investigações – como ocorreu há alguns anos em São Paulo, na apuração dos crimes do “Esquadrão da Morte”, quando houve corajosa e persistente atuação ministerial, com

diligências diretas promovidas sob direção do Procurador de Justiça Hélio Bicudo. Hoje, tal iniciativa é consectário lógico do controle externo que a Constituição exigiu impusesse o Ministério Público sobre a atividade policial.” (MAZZILLI, Hugo Nigro Mazzilli. 1998, p. 144/145)

Analisados os argumentos favoráveis, passaremos aos contrários, a fim de confrontarmos as duas vertentes

2.6 Argumentos Contrários a Investigação pelo Ministério Público no Brasil

Dentre os argumentos contrários a atuação do Ministério Público de forma direta na investigação criminal esta a questão da falta de previsão constitucional.

Inicialmente cumpre destacar que em seu artigo 144, § 4º, a Constituição Federal, aduz que cabe à Polícia Civil as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais. Em seu artigo 4º, o Código de Processo Penal estabelece que é de competência da Polícia Judiciária a apuração de infrações penais, ressalvando seu parágrafo único, para a possibilidade dessa investigação ser realizada por outras autoridades administrativas.

Em análise ao artigo 129, inciso III, da Constituição Federal Nucci afirma que é possível o promotor elaborar o inquérito civil, entretanto, o mesmo não ocorre no inquérito policial, em suas palavras:

“(...) Ao Ministério Público foi reservada a titularidade da ação penal, ou seja, a exclusividade no seu ajuizamento, salvo excepcional caso reservado à vítima, quando a ação penal não for intentada no prazo legal (art. 5º, LIX, CF). Note-se, ainda, que o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, prevê a possibilidade do promotor elaborar inquérito civil, mas jamais o inquérito policial. (...)” (NUCCI; GUILHERME DE SOUZA, 2011, p. 151).

Nucci (2011) esclarece que se atribuiu ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitar informações documentos e a possibilidade de exercer controle externo da autoridade policial, entretanto, salienta que esse controle não significaria a substituição da presidência da investigação, conferida ao delegado de carreira.

Nucci, ainda afirma que:

“(...) ao Ministério Público cabe, tomando ciência da prática de um delito, requisitar a instauração da investigação pela polícia Judiciária, controlar todo desenvolvimento da persecução investigatória, requisitar diligências e, ao final, formar sua opinião, optando por denunciar ou não a eventual pessoa apontada como autora. O que não lhe é constitucionalmente assegurado é produzir, sozinho, a investigação, denunciando a seguir quem considera como autor da infração penal, excluindo, integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz. (...)” (NUCCI; GUILHERME DE SOUZA, 2011, p. 151).

No mesmo sentido temos o posicionamento de Antônio Scarance Fernandes, entendendo que o art. 129, VII da Constituição conferiu ao órgão apenas os poderes de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e no mesmo sentido estaria a Lei Orgânica do Ministério Público, em suas palavras:

“(...) Não se trata, contudo, de atividade que substituiria a atividade de polícia judiciária, exercida pela autoridade policial, prescindindo-se de inquérito policial. Pela própria Constituição Federal, sem exclusividade, incumbiu-se aos delegados de carreira exercer a função de polícia judiciária (art. 144, §4º). Não foi a norma excepcionada por outro preceito constitucional. O que permitiu o art. 129, VII, foi o acompanhamento do inquérito policial pelo promotor de justiça. O art. 129, VIII, da Constituição Federal só possibilitou ao Ministério Público ‘requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial’. A lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), em seu art. 26, IV, também só atribuiu á referida Instituição as mesmas atividades autorizadas pela norma constitucional (art. 129, VIII).

O avanço do Ministério Público em direção à investigação representa caminho que está em consonância com a tendência mundial de atribuir ao Ministério Público, como sucede em Portugal e Itália, a atividade de supervisão da investigação policial. **Entre nós, contudo, depende-se ainda de previsões específicas no ordenamento jurídico positivo, evitando-se incerteza a respeito dos poderes do promotor durante a investigação.**” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Apud* 2002, p. 32.)

Observa-se que no trecho supra que Scarance ressalta ainda que a participação do *parquet* encontra-se em consonância com a tendência mundial, entretanto esta ainda depende de previsão legal em nosso ordenamento jurídico.

Paulo Rangel nos traz a posição de Nelio Roberto Seidl Machado, o qual também entende não haver previsão constitucional e ainda traz à tona a questão da isenção por parte do *parquet* na formação de sua *opinio delicti*, que no seu entender estaria comprometida.

“Nenhuma razão de ordem constitucional, ou mesmo legal, placita a postura do Ministério Público, no passo em que pretende se ocupar da investigação criminal.

Com efeito, não há preceito no texto da Carta Pública que possa ensejar exegese permita para que o *parquet* assuma atribuições de natureza policial. De resto, quando assim procede, assume o órgão de acusação, na atribuição que tem, de formular o que se convencionou chamar de *opinio delicti*, postura que compromete sua isenção, até mesmo na perspectiva de fiscal da lei, porque estaria como que avaliar, sua própria conduta, com envolvimento psicológico pleno e indisfarçável, prejudicando suas atribuições notadamente as assentadas no art. 129 da Constituição Federal.” (“Notas sobre a investigação Criminal, diante de estrutura do processo criminal no estado de direito democrático”).

No tocante a questão da teoria dos poderes implícitos, levantada pelos que são a favor da participação do Ministério Público na investigação criminal, estes entendem que apesar da Constituição Federal ter atribuído poderes expressos para investigar de forma direta, o poder estaria implícito no texto, pois tem relação com a atividade fim a que o órgão ministerial se destina. Sobre o tema destacamos o entendimento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

“A competência para promover a ação penal (artigo 129, I) não engloba a investigação criminal, esta competência não é um minus em relação àquela. Trata-se, na verdade, de uma competência diversa e que foi atribuída de forma expressa pelo constituinte a outro órgão. Não se aplica aqui, portanto, a lógica dos poderes implícitos, pela qual o órgão a quem compete o mais, compete igualmente o menos.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. 2004, p. 445.)

Ocorre que tais argumentos foram rechaçados pelo Supremo Tribunal Federal no RE 593727/MG, o qual reconheceu a que o Ministério Público pode conduzir a investigação criminal de forma direta.

2.7 Posicionamento do STF

Recentemente o Superior Tribunal Federal firmou entendimento acerca da possibilidade do Ministério Público realizar a investigação criminal de forma direta, no RE 593727/MG.

O recurso em questão foi interposto pelo ex-prefeito da cidade de Ipanema-MG, o qual questiona a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que recebeu a denúncia do Ministério Público de Minas Gerais, pelo descumprimento de uma ordem judicial acerca de pagamento de precatórios. No caso em questão as provas colhidas foram produzidas mediante investigação direta do Ministério Público.

Assim, segue a emente do acórdão RE 593727/MG:

Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. **Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado,**

observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria. (RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015)

Importante salientar como se observa da leitura do presente acórdão que o STF reconheceu que a investigação criminal não é de exclusividade da polícia judiciária, sendo o Ministério Público, também competente para tal.

Sobre o julgamento do Recurso Extraordinário em questão destacamos o voto do Ministro Gilmar Mendes que sobre a questão entendeu pela não exclusividade da polícia judiciária no tocante à investigação criminal, entendeu também não estar se buscando a figura de um promotor de justiça investigador, em suas palavras:

“Nesse sentido, curioso notar-se que ao revés do que se passa no Brasil, na Europa processa-se fenômeno nitidamente distinto. Sofrida pelo terrorismo e - em alguns países mais que em outros - pela corrupção política, bem assim temerosa em relação à danosidade decorrente da criminalidade econômica (muito especialmente em face do delito de lavagem de dinheiro, a exigir tratamento uniforme no âmbito comunitário), já se fala, naquela ordem de domínio, em princípio da universalização da investigação, inclusive mediante a criação de organismos supranacionais ao desempenho de tal atividade, concêntricos e mais amplos em relação aos que já existem no âmbito interno de cada nação. Considerado o nível de democracia atingido pelo modelo político europeu, tudo o que não se poderia fazer seria acoimá-lo de retrógrado.”

O nobre Ministro Gilmar Mendes firmou entendimento no sentido de que o fato do Ministério Público colher provas não geraria desequilíbrio na relação

entre a acusação e a defesa, uma vez que existe o controle judicial simultâneo ou posterior.

“É ínsito ao sistema dialético de processo, concebido para o estado democrático de direito, a faculdade de a parte colher, por si própria, elementos de prova hábeis para defesa de seus interesses. E, *ipso facto*, não poderia ser diferente com relação ao MP que tem, friso, o poder-dever da defesa da ordem jurídica.

E não se confundem eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E essa atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial simultâneo ou posterior.”

O Ministro Gilmar Mendes ressalta ainda, em suma, que o Ministério Público só deveria ocorrer de forma subsidiária, quando não for possível ou recomendável que esta se proceda pela própria polícia. Deixa claro ainda que cabe ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, o que implica no controle das investigações realizadas.

“Daí, o entendimento de que as investigações realizadas pelo Ministério Público devam ser, necessariamente, subsidiárias, ocorrendo, apenas, quando não for possível, ou recomendável, se efetivem pela própria polícia. Excepcionalidade que se apresenta igualmente quando já detentor de elementos de cognição idôneos e hábeis à propositura da ação penal (uma vez admitida a dispensabilidade do inquérito policial).

Note-se que caberá, sempre, ao Ministério Público, o controle externo da atividade policial, o que implica a natural participação do Parquet no controle das investigações realizadas.

Nessa linha de argumentação, percebo que só se justifica constitucionalmente o exercício da função investigativa, por quem não possui essa função constitucional precípua, a partir do reconhecimento do aspecto subsidiário dessa atividade.”

Em parte do seu voto, o Ministro Gilmar Mendes ainda cita a importância de se ter um ato normativo que discipline como se dariam essas investigações, para que não sejam prejudicados direitos e garantias fundamentais, à pessoa investigada.

“Em síntese, reafirmo que é legítimo o exercício do poder de investigar por parte do Ministério Público, porém essa atuação não pode ser exercida de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle,

sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. A atuação do Parquet deve ser, necessariamente, subsidiária, ocorrendo, apenas, quando não for possível, ou recomendável, que se efetive pela própria polícia, em hipóteses específicas, quando, por exemplo, se verificarem situações de lesão ao patrimônio público, de excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais (vg. tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão, corrupção), de intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito.”

Por fim no julgamento do o nobre julgador votou pelo não conhecimento do recurso por entender não haverem vícios no processo e na investigação realizada pelo Ministério Público.

Destacamos ainda o Voto do Ministro Celso de Mello, que no mesmo sentido entende não haver exclusividade por parte da polícia judiciária na investigação criminal, conforme se verifica:

“7. Em nenhuma passagem da CF se encontra dispositivo que autorize pensar em exclusividade na função de investigar – o art. 144 somente fala em exclusividade em relação à atividade de polícia judiciária da União, para excluir a atuação das outras polícias civis, além do que **separa nitidamente a função de investigar infrações penais da de polícia judiciária, conforme fica claro da leitura dos §§ 1º, I e IV, e 4º do art. 144.”**

O Nobre Ministro ainda reconheceu a incidência da teoria dos poderes implícitos na questão, firmando o seguinte entendimento:

“Isso significa que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa Instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público.

(...)

É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a instauração, pelo próprio Ministério Público, de investigação penal, atribuição esta reconhecida com apoio na teoria

dos poderes implícitos, e que permite, ao Ministério Público, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República.”

O Ministro Celso de Mello ressaltou ainda a tendência dos ordenamentos jurídicos modernos em atribuir ao Ministério Público atividade de investigação criminal, citou como exemplos Alemanha, Itália, Portugal e França, bem como na América Latina, Chile Bolívia e etc.

Acerca das garantias dos direitos daqueles que são investigados pelo Ministério Público, o Ministro Celso de Mello fez a seguinte ressalva:

“Isso significa, portanto, no quadro da própria declaração constitucional de direitos, que as pessoas sob investigação penal do Ministério Público poderão exercer, sem possibilidade de ilegítima restrição, determinados direitos e garantias cuja observância já lhes é assegurada no contexto de qualquer inquérito policial ou procedimento investigatório instaurado no âmbito do aparelho de Estado.”

O resultado do julgamento se deu da seguinte forma: os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa (aposentado), Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia negaram provimento ao recurso, reconhecendo base constitucional para os poderes de investigação do Ministério Público. Votaram pelo provimento parcial do RE o relator, o Ministro Cezar Peluso, e os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. O Ministro Marco Aurélio reconheceu a ilegitimidade da atuação do *parquet*.

Resta claro pelo que se observa do resultado julgamento e com a devida vênia, do brilhantismo dos Votos dos nobres Ministro Gilmar Mendes e Celso de Mello, aos quais nos filiamos, que as questões e argumentos levantados pelos que defendem a investigação criminal pelo *parquet*, estão de acordo com o entendimento do STF.

Todos os argumentos contrários a atuação do *parquet* na investigação criminal foram expostos e apreciados no julgamento do RE 593727/MG.

Entretanto, deve se ressaltar que essa investigação deve se dar de forma subsidiária, não substituindo assim a investigação da polícia em todos os casos, mas apenas em casos específicos.

Apesar do Supremo Tribunal Federal ter pacificado o entendimento no sentido de ser possível a investigação criminal diretamente realizada pelo Ministério Público, esses procedimentos devem ser objeto de ato regulante quais casos e os limites da atuação na investigação realizada pelo *parquet*.

A necessidade de uma regulamentação específica para o caso como bem expôs o Ministro Gilmar Mendes é de suma importância para a questão, com intuito de se coibir eventuais abusos e violações aos direitos e garantias fundamentais do investigado.

Não se pode, com a devida vênia, permitir que o Ministério Público tenha poderes ilimitados na investigação criminal, seus atos mesmo posteriormente sejam objeto de controle judicial devem ser objetos de uma regulamentação precisa, que tenha como finalidade apresentar os limites e de que forma *parquet* deve agir.

2 Resolução nº 13 do Conselho Nacional Do Ministério Público - CNMP

No presente tópico trataremos do posicionamento do Conselho Nacional do Ministério Público, que por meio da Resolução nº 13 disciplinou no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal no território Nacional,

Inicialmente esclarecemos que o Conselho Nacional do Ministério Público é o órgão responsável por realizar o controle de atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

O órgão foi criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, dentre suas funções destacamos:

"Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

(...)

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;"

Conforme se verifica do artigo supra o Conselho Nacional do Ministério Público é o órgão responsável por expedir atos regulamentares acerca da atividade do *parquet*.

Cumprido ressaltar que contra a Resolução foi proposta uma ação direta de inconstitucionalidade pela Associação dos Delegados de Polícia – AGEPOL (ADI 3806), pois não teria o órgão normativo competência para legislar sobre o tema.

Conforme se verifica do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, cabe à União legislar sobre matéria penal, ou seja, a resolução tem sido objeto de polêmica, justamente por conta do referido artigo, pois a questão central é se o Conselho Nacional do Ministério Público tem legitimidade para tanto.

Dentre os artigos da Resolução em questão destacamos que em seu artigo 1º, a investigação será presidida pelo Ministério Público, tendo a finalidade de apurar infrações penais de natureza pública.

Artigo 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.

Em seu parágrafo único, aduz que o procedimento presidido pelo Ministério Público, não exclui a possibilidade de formalização de uma investigação por outros órgãos legitimados da Administração Pública.

Ademais, a própria vítima ou o condutor poderia optar por qual procedimento seria mais conveniente, o presidido pelo *parquet* ou pelo delegado de polícia.

Ora, tal dispositivo é de extrema polêmica, pois como a pessoa investigada poderia ser de mais uma investigação pelo mesmo fato só que por órgãos diferentes? Como já ressaltado anteriormente a atuação do Ministério Público deve se dar de forma subsidiária e em consonância com a polícia judiciária, pois do contrário poderá gerar insegurança jurídica.

Quantos às diligências destacamos no seu artigo 6º, que poderá o Ministério Público:

Art. 6º Sem prejuízo de outras providências inerentes à sua atribuição funcional e legalmente previstas, o membro do Ministério Público, na condução das investigações, poderá:

I – fazer ou determinar vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências;

II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

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

IV – notificar testemunhas e vítimas e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais;

V – acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária;

VI – acompanhar cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidas pela autoridade judiciária;

VII – expedir notificações e intimações necessárias;

VIII- realizar oitivas para colheita de informações e esclarecimentos;

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

X – requisitar auxílio de força policial.

Dentre o rol apresentado no artigo 6º destacamos os incisos III e IX, os quais afrontam o direito à privacidade, direito este protegido na Constituição, não pode o Ministério Público ter acesso a tais informações sem a autorização do judiciário.

Questão polêmica trazida no seu artigo 13 é que os atos, em regra, são públicos, contudo, conforme verificamos em no artigo 14, no qual poderá o investigado e seu advogado **não terem** acesso aos autos no caso de decretação do sigilo, ou terem de forma restrita, conforme aduz a parte final do art. 14.

Art. 14 O presidente do procedimento investigatório criminal poderá decretar o sigilo das investigações, no todo ou em parte, por decisão fundamentada, quando a elucidação do fato ou interesse público exigir; garantida ao investigado a obtenção, por cópia autenticada, de depoimento que tenha prestado e dos atos de que tenha, pessoalmente, participado.

O artigo 13 gera discordância com art. 7º da Lei 8906/94, que prevê dentre os direitos do advogado o acesso irrestrito aos autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

Por fim, o art. 17 aduz que no procedimento investigatório criminal serão observados os direitos e garantias individuais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Fato é que o ato normativo ainda será objeto de muita discussão no mundo jurídico, pois tratou de forma vaga a questão acerca dos limites de atuação do *parquet*. Não se sabe ao certo em quais situações este pode investigar.

Ressaltamos que conforme se verifica do julgamento do RE 593727/MG, a recomendação dos Ministros em seus votos, tratados no tópico anterior, é a de que a atuação do Ministério Público se dê de forma subsidiária.

Conclui-se, portanto que a Resolução nº 13 do CNMP, não satisfaz por completo a função nortear a atuação do Ministério Público, deixando em aberto a questão dos limites de atuação e os casos em que esta atua deveria se apresentar.

É de se verificar, também que o ato normativo editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público traz em seu texto, flagrante afronta aos dispositivos constitucionais.

Sendo assim, mesmo com a recente decisão do STF acerca da possibilidade do Ministério Público realizar de forma direta a investigação criminal, ainda espera-se que esta atuação seja regulamentada de forme correta e completa, uma vez que ainda não se tem certeza quanto à eventual inconstitucionalidade da Resolução nº 13 do CNMP, tampouco se seus artigos, ora apresentados, estão em consonância com os dispositivos constitucionais.

3 CONCLUSÃO

O Ministério Público tem sua origem um tanto quanto duvidosa, entretanto, a corrente majoritária da doutrina entende que sua origem mais correta estaria na França, surgindo na figura dos procuradores do rei, que inicialmente tratavam dos interesses do rei.

No Brasil Colônia, fortemente influenciado pelo Direito Português, o primeiro diploma legislativo formalmente nacional referindo-se ao Ministério Público é o de 09 de janeiro de 1.609.

Posteriormente, o Ministério Público ao longo das Constituições sofreu significativas alterações, sendo que das Constituições do Brasil como República destacamos a de 1946, a qual trouxe o ingresso mediante concurso público na carreira, estabilidade e inamovibilidade.

A Constituição de 1988, foi sem dúvida a mais importante de todas pois nela foi consagrado como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Dentre os princípios institucionais do Ministério Público encontram-se a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, princípios estes conferidos ao parquet pela Constituição Federal.

Dentre as atribuições penais do Ministério Público podemos destacar o Princípio da Obrigatoriedade e a Privatidade da ação penal pública; Atribuição de requisitar diligências e o controle externo da atividade policial

É dever do estado tomando ciência da prática de um crime exerça seu jus puniendi, para que isso ocorra o estado necessita de meios que comprovem a autoria e materialidade acerca da infração.

O meio mais comum para tanto é o inquérito policial, que em regra é presidido pela polícia judiciária. Entretanto, conforme verificado, existem situações em que outras autoridades pode procedê-lo.

No Direito Comparado, verificamos que a tendência mundial é a de que o Ministério Público participe da Investigação Criminal, seja controlando as atividades policiais, seja atuando de forma direta das investigações.

Apresentados os argumentos contrários e a favor da atuação do Ministério Público nas investigações, conforme se verificou pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal a tese contrária foi rechaçada pela suprema corte.

Entretanto, conforme demonstrado, trata-se de recomendação do Supremo Tribunal Federal que esta atividade seja regulamentada, afim de inibir abusos e violações aos direitos e garantias das pessoas investigadas.

Ocorre que a Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público foi editada com este propósito, entretanto, o ato normativo carece de legitimidade, tendo em vista que tal matéria é de competência da União.

Cabe ressaltar ainda que conforme verificado seus artigos apresentam flagrante afronta os direitos e garantias previstos na Constituição Federal, entretanto, aguarda-se por parte do judiciária manifestação sobre o tema.

Diante do exposto, verifica-se que a apesar de possível e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade da atuação do parquet na investigação criminal, esta deveria se dar de forma subsidiária à atuação da polícia.

Ocorre que ainda não temos uma legislação específica para tanto, fato este, que criará enorme insegurança jurídica e deixa em aberto os limites de atuação do *parquet*. A importância do tema se verifica no sentido de que reconhecido o direito do Ministério Público investigar criminalmente, deve-se estipular seus limites de atuação, para que não sejam cometidos abuso por parte de

seus membros no curso das investigações, devendo ser respeitos os direitos e garantias fundamentais conferidos pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Malheiros 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/>

BRASIL. Lei Complementar n 075 de 21.05.1993 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público da União. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/>

BRASIL. Lei nº 8.625 de 12.02.1993- Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/>

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/>

BRASIL. Lei 8906/94 de 04.07.1994. disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm

CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição, Coimbra: Almedina, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, nº 2, Curitiba: 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

Conselho Nacional do Ministério Público, Resolução nº 13, de 13.10.2006. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/2915-resolucao-13>

Daniel Martins dos Santos Costa, disponível, em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2808/2587>, revista jurídica, acesso em 20 de agosto de 2014, as 14:00hs.

DA CUNHA JUNIOR; Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed.. Salvador: Juspodivm 2015.

HENDLER, Edmundo S. *Sistemas Procesales Penales Comparados. Los sistemas nacionales europeos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

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

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. O papel do Ministério Público dentro do processopenal, à vista dos princípios constitucionais do processo penal: *Uma visão fundada no direito processual penal português*. Revista dos Tribunais. Ano 93. vol. 819 – jan./04. São Paulo: RT, 2004.

LIMA, Marcellus Poslatri. *Ministério Público e a Persecução Criminal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3ªed., rev., ampl, e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol.I. Campinas, SP: Bookseller, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no devido processo penal*. Revista dos Tribunais, ano 91, vol. 805. nov/02. São Paulo: RT, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. A investigação criminal e a atuação do Ministério Público. *In*. Primeira Seção. Revista dos Tribunais, ano 93, vol. 827. set./04. São Paulo:RT, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório- A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4' ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal: indagações, doutrina, jurisprudência, prática*. 7 - ed., rev., São Paulo: Saraiva, 1998.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. O Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal. *In*. Revista Brasileira de Ciência Criminal. n. 49. São Paulo: RT, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTIN, Valter Foleto. O ministério público na investigação criminal. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2001.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015.

TEIXEIRA, Francisco Dias. *Princípios constitucionais do Ministério Público*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 12. n. 49. jul-ago./04. São Paulo: RT, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004.