UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

RAFAEL GURGEL NÓBREGA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

SOUSA - PB
2007

RAFAEL GURGEL NÓBREGA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Profº. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

SOUSA - PB
2007

N337i Nóbrega, Rafael Gurgel.

Investigação criminal direta pelo Ministério Público. / Rafael Gurgel Nóbrega. - Sousa- PB: [s.n], 2007.

68 f.

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Investigação criminal. 2. Criminalística. 3. Ministério Público - investigação. 4. Persecução penal. 5. Poder investigatório – Ministério Público. I. Oliveira, Leonardo Figueiredo de. II. Título.

CDU: 347.921.5(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

Rafael Gurgel Nóbrega

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado(a) em: de de 2007

UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA SETORIAL

COMISSÃO EXAMINADORA

_____

Professor(a): Leonardo Figueiredo de Oliveira. Graduado das Disciplinas de Direito Constitucional I e Direito Penal III do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande - PB

_____

Examinador (a)

_____

Examinador (a)

Dedico

Aos meus queridos pais, Francisco e Magdala, que sempre estiveram do meu lado em todos os momentos da vida, com amor e dedicação, orientando-me para o estudo e exigindo a luta constante por meus objetivos com retidão e temperança.

Faço uma homenagem póstuma ao meu inesquecível avô, Helvécio Gurgel Praxedes, onde sua inclinação para o bem e a justiça contribuíram para a minha formação como homem.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por fazer parte constante da minha vida, guiando-me na escolha do caminho mais adequado e nunca me abandonando nos momentos difíceis.

À minha querida madrinha Betânia, exemplo de mulher forte e que sempre me apoiou em todos os momentos da minha vida.

À Amanda, minha namorada, por ter sempre tido a paciência de ler este trabalho, muito me incentivando a chegar ao fim de mais essa etapa com intermináveis horas retiradas de seu convívio.

Aos meus irmãos, Arthur e Mariana, pelo carinho e apoio, eles que são fonte de esperança na construção de um belo futuro.

A toda minha família, tios e primos, pessoas por quem tenho verdadeira admiração e afago, os quais vivenciaram e vivenciam comigo os momentos mais relevantes.

Ao meu orientador, professor Leonardo Figueiredo, contribuindo imensamente para a elaboração desse Trabalho de Conclusão com observações bastante pertinentes visando o meio mais correto para a obtenção do resultado.

A todos os meus amigos que viveram comigo esse bacharelado, lembrando a confraria Liga da Justiça, pelos momentos bons que com certeza não voltam mais e tomaram ares de inesquecíveis.

Mas é uma experiência eterna, que todo homem que tem poder sente a inclinação de abusar dele, indo até onde encontra limites. Quem diria! A própria virtude necessita limites.
Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.

Montesquieu (Do espírito das leis)

RESUMO

O tema proposto refere-se ao debate acerca da possibilidade em face do ordenamento jurídico pátrio, de o Ministério Público realizar investigação pré-processual como forma de embasar eventual denúncia criminal. A palavra investigação significa o conjunto de atividades e diligências tomadas com o objetivo de esclarecer fatos ou situações de direito. No âmbito do Direito Penal, investigar significa colher provas que elucidem o fato criminoso demonstrando a sua existência ou não (materialidade) e quem para ele concorreu (autoria e participação), bem como as demais circunstâncias relevantes. É bem verdade que os limites da atuação do Ministério Público estão traçados na Constituição Federal e o seu papel perante a sociedade atual não pode ser enfraquecido com propósitos nitidamente políticos. A metodologia empregada para o desempenho da atividade consistiu em verificar os aspectos doutrinários, jurisprudenciais e legais acerca do tema, obedecendo ao método de procedimento comparativo, de forma a estabelecer um contraponto entre as várias opiniões que cercam o assunto. É mister que o Estado constitucional Democrático de Direito faça luz aos seus preceitos e fundamentos, garantindo ao Ministério Público a sua função essencial, guardião da ordem jurídica. O fator determinante para justificar o tema reside nos princípios constitucionais, assim como nas funções institucionais que emolduram a instituição. A coletividade é a única que, efetivamente, irá ganhar com a presença de um órgão dotado de imparcialidade material no corpo de uma inquirição. É através de instituições fortes que um Estado encontrará justiça social, por isso, com o enfoque do Ministério Público a partir de seu perfil constitucional, de instituição indispensável à defesa dos interesses da coletividade, surge a necessidade de mudança de ótica da sociedade, não mais enxergando o *parquet* como órgão acusador, mas principalmente como defensor dos direitos e garantias fundamentais.

Palavras chaves: Ministério Público. Constituição Federal. Investigação.

ABSTRACT

The proposed theme refers to the debate of the possibility in face of the juridical fathering ordainment, of the Public Ministry realize pre-processional investigation as a way of founding eventual criminal denounce. The word investigation means a group of activities and diligences taken with the objective of clearing up facts or situations of law. In the ambit of Penal Law to investigate means to get proofs that explain the criminal fact demonstrating its existence or not (materialism) and to whom he competed (authorship and participation), as well as the other relevant circumstances. It is very true that the limits of acting of the Public Ministry are traced in the Federal Constitution and its role before the actual society cannot be weakened with objectives clearly political. The methodology employed for the performance of the activity consisted in verifying the doctrinal, jurisprudential and legal aspects about the theme, obeying the comparative proceeding method, in a way to establish a counterpoint among the various opinions about the subject. It is necessary that the constitutional Democratic State of Law rises to its precepts and foundations, guaranteeing to the Public Ministry its essential function, guarder of juridical order. The determinant factor to justify the theme resides on the constitutional principles, as well as on the institutional functions that frame the institution. The collectivity is the unique that, effectively, is going to gain with the presence of an organ endowed of material impartiality in the body of an inquiry. It is through the strong institutions that a State will find social justice, therefore, with the focus of the Public Ministry from its constitutional profile, of indispensable institution to the defense of the interests of the collectivity, it emerges the necessity of changing in the vision of society to the parquet, not the discerning anymore only as an accusing organ, but especially as defender of the rights and fundamental guarantees.

Words Keys: Public Ministry. Federal Constitution. Investigation.

SUMÁRIO

RESUMO ---------- 6

INTRODUÇÃO ---------- 10

CAPÍTULO 1 ORIGENS E O SURGIMENTO DAS GARANTIAS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ---------- 13
1.1 Origens do Ministério Público ---------- 13
1.2 Poder Constituinte ---------- 17
1.3 Estado Constitucional Democrático de Direito ---------- 19
1.4 Os Direitos e as Garantias Fundamentais: A teoria do Garantismo Penal - 21
1.4.1 O que são direitos e garantias fundamentais ---------- 22
1.4.2 O significado do Garantismo Penal ---------- 24
1.4.3 O Ministério Público e o Garantismo Penal ---------- 28

CAPÍTULO 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AUTORIZADORES DA PERSECUÇÃO PENAL E FUNÇÕES INSTITUCIONAIS PENAIS RELATIVAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO ---------- 30
2.1 Os princípios constitucionais do processo penal relativos à investigação criminal direta do Ministério Público ---------- 30
2.1.1 O princípio do Devido Processo Legal ---------- 30
2.1.2 O princípio do Contraditório ---------- 33
2.1.3 O princípio do Promotor Natural ---------- 35
2.1.4 O princípio do Ônus da Prova na Ação Penal Condenatória ---------- 36
2.1.5 O princípio da Publicidade dos Atos Processuais ---------- 39
2.1.6 O princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos ---------- 40
2.2 As funções institucionais penais do Ministério Público na Constituição atual ---------- 41

CAPÍTULO 3 O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ---------- 46
3.1 Posições assumidas pela doutrina nacional acerca do Poder Investigatório do Ministério Público ---------- 46
3.2 Críticas aos argumentos contrários à investigação criminal direta pelo Ministério Público ---------- 49
3.2.1 Ofensa ao princípio da Equidade ---------- 49
3.2.2 Ausência de previsão constitucional expressa ---------- 50
3.2.3 Monopólio da investigação criminal pela Polícia ---------- 52
3.2.4 Desvio de função ---------- 53
3.2.5 Interpretação restritiva do Poder Investigatório ---------- 53
3.2.6 A competência para promover a Ação Penal não engloba a realização de Investigação Criminal ---------- 54
3.3 Posições Jurisprudenciais acerca do Poder Investigatório do Ministério Público ---------- 55
3.3.1. Posição do Superior Tribunal de Justiça ---------- 55
3.3.2. Posição do Supremo Tribunal Federal ---------- 58
3.4 O Parquet investigador ---------- 62

CONSIDERAÇÕES FINAIS---------- 65

REFERÊNCIAS ---------- 67

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a sociedade brasileira vem passando por diversas transformações. O cenário político nacional, constantemente, se vê a beira de escândalos envolvendo autoridades de maneira nunca antes percebida na história desse país. Muitas são as pessoas que se aproveitam da facilidade do cargo e função para sugar o dinheiro do Poder Público, que na verdade, é de toda a população. Fatos desta natureza exigem da Administração providências à altura.

Na esteira dessa crua realidade, faz-se imprescindível a apuração justa e transparente dos fatos, mostrando à sociedade, principal vítima da violação da ordem jurídica, que o Estado tem como punir os agentes criminosos. O Ministério Público é a instituição mais apta a defender os direitos da coletividade e seu poder, ou se assim preferir, a função de o Órgão Ministerial investigar o ilícito penal, substituindo ou agindo em conjunto com a Polícia Judiciária é corolário lógico de seu perfil constitucional.

A pesquisa científica tomará como base a análise constitucional dos poderes persecutórios diretos do Ministério Público no âmbito criminal, tendo como finalidade o estudo crítico da sua possibilidade á luz da Constituição Federal. A metodologia empregada para o desempenho da atividade consistiu em verificar os aspectos doutrinários, jurisprudenciais e legais acerca do tema, obedecendo ao método de procedimento comparativo, de forma a estabelecer um contraponto entre as várias opiniões que cercam o assunto.

Estaria o membro do Ministério Público exorbitando de suas funções constitucionais, violando direitos e garantias fundamentais? A persecução penal pré-processual, desenvolvida dentro de um Estado Constitucional Democrático de Direito, sendo exigência da sociedade para a completa reintegração da ordem jurídica violada, é exclusiva da polícia de atividade judiciária? A quem interessa um Ministério Público fraco, sem poderes investigatórios e despido de todas as garantias constitucionais inerentes ao exercício de suas funções? Qual o papel do *writ* dentro de uma sociedade que aspira ao referido Estado?

É mister responder adequadamente todas essas questões, com o intuito de provar que se o órgão ministerial agir sempre exercendo suas funções com o respeito ao devido processo legal e demais princípios constitucionais democráticos,

será deveras uma instituição de combate eficiente à imensa criminalidade que assola esse país.

Para melhor entendimento do estudo e ainda objetivando facilitar a didática, serão apresentados três capítulos distintos e ainda as considerações finais. No primeiro capítulo serão apresentadas as origens da Instituição do Ministério Público e também as origens dos poderes conferidos ao mesmo, mostrando o Poder Constituinte.

Ainda no primeiro capítulo realizar-se-á uma breve explanação sobre Estado Constitucional Democrático de Direito e os direitos e garantias fundamentais. A intenção é estabelecer um entendimento sobre o que venha a ser o sobredito Estado, a fim de que se possa entender a necessidade de se garantir à sociedade meios eficazes de proteção social contra os desmandos governamentais e ainda abordar os direitos e garantias fundamentais à luz da teoria do garantismo penal, entendendo o papel do Ministério Público na tutela desses direitos.

Depois, no segundo capítulo, cuidar-se-á de discorrer sobre os princípios constitucionais do processo penal relativos à investigação direta pelo Ministério Público com o nítido escopo de constatar que a Constituição autoriza tal hipótese, e, ainda configurando as linhas do capítulo segundo, far-se-á referência as funções institucionais penais do Ministério Público, previstas na própria Carta Constitucional, visando extrair delas a possibilidade de admissão da investigação sobredita pelo *Parquet*, em conseqüente respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Já no terceiro capítulo, elucidar-se-ão as posições assumidas pela doutrina pátria e jurisprudência sobre o tema, com o objetivo de se verificar quais os argumentos contrários e favoráveis à investigação direta pelo *Parquet*, realizando uma breve crítica aos argumentos pela inadmissibilidade, assim como encerrando o capítulo com uma discussão sobre a problemática em si apresentada pelo trabalho monográfico.

Por último, no capítulo final, se concluir-se-á pela possibilidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público, desde que respeitados os limites da Constituição da República Federativa do Brasil, daí que o Ministério Público, uma vez se mostrando incapaz a Polícia de Atividade Judiciária, pode avocar para si o papel da apuração dos fatos, intimando testemunhas e indiciados para prestarem depoimentos, arregimentando provas, determinando a realização de perícias, requerendo a interceptação telefônica e a quebra de sigilos bancários e fiscal, enfim,

utilizando-se de todos os recursos para dotar a investigação criminal de maior eficácia e celeridade.

CAPÍTULO 1 ORIGENS E O SURGIMENTO DAS GARANTIAS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público cada vez mais vem ocupando um lugar de destaque na organização do Estado Democrático de Direito brasileiro. A nossa Constituição Federal lhe dá o realce de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os membros do *writ* integram a categoria dos agentes políticos, e, como tal, hão de atuar com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.

Muita discussão doutrinária e jurisprudencial envolve o tema da participação do órgão ministerial na investigação criminal. Muitas perguntas podem surgir no desenrolar desse estudo, porém, será necessário respondê-las adequadamente, com o máximo de clareza e bom senso, sempre à luz da Constituição da República Federativa do Brasil.

Para tanto, o presente capítulo tratará da origem do Ministério Público bem como dos seus poderes, fazendo uma compreensão do que venha a ser um Estado Constitucional Democrático de Direito, assim como os direitos e garantias individuais sob o prisma da teoria do garantismo penal e suas correspondências com o Ministério Público.

1.1 Origens do Ministério Público

Há entre os autores grande controvérsia sobre o surgimento do Ministério Público. Uns apontam a origem já no Egito antigo, há cerca de quatro mil anos, na figura do funcionário real *magiaí*, que possuía inúmeras funções como, por exemplo: castigar os rebeldes, reprimir os violentos e proteger os cidadãos pacíficos. Eram conhecidos como a "língua e os olhos do rei".

Outros vislumbram na Antigüidade Clássica as principais características da instituição, como, por exemplo, os *Éforos* de Esparta, os *Tesmótetas* gregos ou até mesmo nos personagens romanos dos *advocati fisci*, ou do censor, que era o magistrado a quem competia zelar pela moralidade pública. Também pode ser citado o desenho dos *procuratores caesaris* encarregados de vigiar a administração dos bens do Imperador Romano.

Quando se procuram as raízes do Ministério Público, o que se faz, na verdade, é tentar identificar funções de fiscalização de atos ilegais em cargos de agentes da época.

Seguindo essa linha de raciocínio, a origem mais precisa da instituição está no direito francês, no personagem dos *procureurs du roi* (procuradores do rei). Nascidos e formados no judiciário francês os Procuradores do Rei tinham certa independência em relação aos juízes, constituindo-se uma magistratura diversa da dos julgadores. A expressão até hoje utilizada para significar o Ministério Público é francesa: *parquet*, que significa assoalho, isto porque os Procuradores do Rei se dirigiam aos juízes do mesmo "assoalho" em que estes estavam sentados, porém o faziam de pé, daí surgir a expressão cunhada ao Ministério Público de que ele era a Magistratura de pé (*Magistrature debout*).

No entanto, somente a partir da separação dos poderes no Estado Moderno, surge o Ministério Público como uma reação contra a excessiva concentração de poderes na figura do monarca, orientado basicamente pelos princípios da superação da vingança privada, entrega da ação penal a um órgão público tendente à imparcialidade material, a distinção entre juiz e acusador, a tutela dos interesses da coletividade e não só daqueles do fisco do soberano, a execução rápida e certa das sentenças dos juízes.

No Brasil, as raízes do Ministério Público remontam ao Direito lusitano, principalmente às Ordenações Manuelinas e Filipinas, vigentes no período colonial. São as Ordenações Manuelinas, em 1521, que fazem referência pela primeira vez ao promotor de justiça. Já nos mesmos passos vêm as últimas, as Ordenações Filipinas consagrada em 1603, onde o Promotor de Justiça era nomeado pelo Rei e chamava-se "Promotor de Justiça da Casa de Suplicação". Essas codificações portuguesas serviram como mola propulsora da delimitação funcional do Ministério Público uma vez que desempenhavam o papel de fiscal da lei e da justiça e também tinham o direito de promover a acusação criminal.

Porém, com o advento da independência do Brasil, ocorrida em 1822 e com forte influência das doutrinas iluministas do século XVIII, o sistema jurídico penal do Brasil é alterado. Primeiro, há a promulgação da Constituição em 1824, com o caráter extremamente liberal, ela provocou a necessidade de um novo Código Penal, o que ocorre em 1830 com o Código Criminal do Império. A partir daí, reformulado o sistema penal, necessária reforma aconteceria em 1832 no Código de Processo Criminal do Império, com forte influência do sistema acusatório inglês e do sistema inquisitivo francês. O Brasil via surgi com o novo código de processo uma abordagem mais sistemática do Ministério Público, mesmo fazendo somente uma rápida referência em seu artigo 36 que poderiam ser promotores de justiça aquelas pessoas que podiam ser juradas, preferencialmente, aquelas que fossem conhecedoras das leis do país.

O Ministério Público começa a surgir em uma previsão legal genuinamente brasileira, mesmo não havendo tratamento por parte da Constituição de 1824, o aparecimento da figura do promotor de justiça na época do Império já é de grande conta. Vale a pena ressaltar que nessa época, o Poder Imperial no Brasil era muito forte, e a idéia de uma instituição vista como a expressão dos interesses permanentes de uma comunidade, fruto direto do poder constituinte que emana do povo era ainda embrionária visto que o ordenamento jurídico nascia de cima para baixo, ou seja, era imposto pelo rei ao povo.

A Constituição de 1891, inspirada do modelo norte-americano, inaugurava a República Federativa do Brasil. Tratava, quanto ao Ministério Público, somente sobre a nomeação do Procurador Geral da República pelo Presidente da República, dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal. Era ainda disciplinado no título referente ao Poder Judiciário, sem tratar da institucionalização do órgão em tela.

A Constituição de 1934 preocupou-se mais profundamente com o Ministério Público. Foi a Carta Magna de 1934 que institucionalizou o Ministério Público, dando-lhe um capítulo à parte com o título de: "Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais" – artigos 95 a 98. Merecem destaque neste texto constitucional, a estabilidade dos membros do *parquet*, a regulamentação do ingresso na carreira e a paridade dos vencimentos do Procurador Geral da República com os ministros da Suprema Corte.

A Carta Federal de 1937 diminui a previsão constitucional do Ministério Público, apenas fazendo breves referências no título sobre o Poder Judiciário, em

especial ao Supremo Tribunal Federal. Nela o Ministério Público sofreu perda da estabilidade e da paridade de vencimentos. Lembrar que a Carta Magna de 1937 era conhecida como a Constituição do Estado Novo e iniciou um novo regime de supressão das liberdades individuais. Sempre que o Regime é forte o Ministério Público é fragilizado. Ditadura e Ministério Público é um binômio incompatível por natureza em uma sociedade. O *Parquet* é o guardião de qualquer direito individual ou coletivo desrespeitado, inimigo primeiro de um regime ditatorial.

Em 18 de setembro de 1946, surge a quinta Constituição brasileira, dando novos contornos ao Ministério Público, pois, diante do novo quadro político (houve o restabelecimento da democracia) a presença da instituição era indispensável. Os artigos 125 a 128 davam título próprio à instituição, disciplinando sua organização; a escolha do Procurador Geral da República; o ingresso ma carreira mediante concurso público e garantias de estabilidade e inamovibilidade a seus membros; legitimou o Procurador Geral da República a representar pela inconstitucionalidade de leis e atos normativos e deu competência ao Senado Federal para aprovar a escolha do procurador geral feita pelo chefe do Poder Executivo.

Surge, no entanto, em 31 de março de 1964, um golpe militar que tem como causa principal a enorme instabilidade política, econômica e social que vivia o Brasil. A Constituição com ares democráticos de 1946 sofre uma forte ruptura, pois embora continuasse vigente, passou a conviver com uma normatividade paralela: o Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964, estabelecendo medidas como: eleição indireta do Presidente da República; suspensão das garantias constitucionais da estabilidade e da vitaliciedade; possibilidade de demissão, dispensa ou aposentadoria de servidores públicos e a previsão de cassação de direitos políticos e de mandatos legislativos.

O regime militar incorporou no seio do Brasil uma nova Ditadura, e como todo regime necessitava de uma Constituição, surgiu então, em 24 de janeiro de 1967, a sexta do Brasil. A Constituição de 1967 colocou o Ministério Público em posição de subordinação ao Poder Judiciário.

Dois anos após a Constituição de 1967, aparece a extensa Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, sendo considerada materialmente a sétima Constituição do Brasil. Nela, o Ministério Público foi retirado do capítulo referente ao Poder Judiciário e colocado no capítulo do Poder Executivo e perdeu suas grandes conquistas.

UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA SETORIAL

Foi um período difícil para o Brasil, verdadeira vergonha histórica, entretanto chegou ao fim o regime militar com o movimento das "Diretas Já", e em 05 de outubro de 1988 entra em cena a Constituição hodierna, que efetivamente consagra o órgão ministerial com funções institucionais necessárias à proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. De todas as constituições brasileiras, é a de 1988 que realmente dá o valor e as funções típicas do Ministério Público em um Estado Constitucional Democrático de Direito.

O avanço rumo a Democracia exige do Estado a criação de proteção contra os abusos, os desmandos governamentais, as organizações criminosas e os grupos que se instalam no poder com o intuito único da causa própria. A conscientização política é um valor que a coletividade deve atingir para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, e talvez esse princípio esteja nas entrelinhas do texto constitucional atual. Nesse sentido, papel fundamental exerce o Ministério Público na defesa da ordem jurídica e dos direitos e garantias fundamentais, encontrando na persecução penal direta um dos instrumentos para retaliar as práticas delituosas.

Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 671) deixa bem claro a importância do Ministério Público na constituição de 1988:

> Nenhuma das Constituições pretéritas deu ao Ministério Público o tratamento extensivo de que goza a Constituição de 1988. E não é de minúcias de que se trata. Mas sim de revesti-lo de prerrogativas e competências inéditas no passado.
> O Ministério Público tem sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que remanesceria inerte porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda coletividade.

1.2 Poder Constituinte

O presente trabalho versa sobre a possibilidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público. Entende-se que se trate de matéria constitucional, uma vez que a própria Constituição Federal prevê. Outrossim, é de relevância doutrinária a análise a partir da Carta Constitucional para que não se inverta a

pirâmide de Hans Kelsen, procurando mostrar que quanto à possibilidade, há limites, mas não proibição.

Esses limites estão na própria Constituição, não sendo prudente se afastar da mesma no estudo do assunto que ora se discute, pois a norma constitucional é criada, pelo Poder Constituinte, objetivando ser a base de toda a organização e estrutura do Estado.

Alexandre de Moraes (2006, p. 21) define bem Poder Constituinte quando diz que "é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado".

Um dos precursores dessa doutrina foi Emmanuel Joseph Sieyés. As idéias de Sieyés ligam a titularidade do Poder Constituinte à nação, pois entendia que todo Estado tem sua Constituição, sendo esta, obra de um poder, anterior, ligado a soberania do Estado.

O Poder Constituinte será o real motivador da nação para o estabelecimento da Constituição. Primeiro o Poder Constituinte, para que depois venham os poderes constituídos. Então, o supracitado Poder estabelece a Constituição, já os poderes constituídos originam-se da mesma. Modernamente, a doutrina aceita como titular do Poder Constituinte o povo, cujo conceito é mais abrangente do que o de nação.

O ilustre Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*apud* Moraes, 2006, p. 22) faz interessante observação sobre a titularidade: "o povo pode ser reconhecido como titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite". Assim, encontramos diferenças na titularidade e exercício do Poder Constituinte, sendo o titular o povo e o exercente, quem em nome do povo cria o Estado com todos os seus poderes e organização.

Importante visão teve Paulo Rangel (2005, p. 07) quando aproximou da teoria do contrato social de Rousseau a idéia do Poder Constituinte:

> É Jean Jacques Rousseau, em seu Contrato Social, que nos dá bem a idéia de formação de um pacto entre os indivíduos com o fim de estruturar a sociedade, criando o governo que se torna o comando da vontade geral. Necessária seria a estruturação dessa sociedade de modo a dar a ela força necessária para exigir do governo o respeito aos direitos naturais. Nasce aí a necessidade de se refazer o "contrato social" e, portanto, a importância de uma Constituição escrita como instrumento de renovação do pacto social e instituição de um governo em que a vontade do povo fosse respeitada.

Para se compreender definitivamente a importância do Poder Constituinte frente à soberania do povo num Estado Democrático de Direito, ressalte-se que o mesmo é permanente, não desaparece com a elaboração de uma nova Constituição, sendo considerado o suporte lógico de uma Lei Maior, que permanece superior ao restante do ordenamento jurídico.

O Poder Constituinte é o pai da Constituição, a qual estabelece a ordem jurídica positiva e têm diversos poderes constituídos. Portanto, quando a Assembléia nacional Constituinte dá determinadas funções e prerrogativas a certas instituições, tornam-se doações caracterizadas como direitos conquistados, não podem ser diminuídos, retirados, nem por uma nova constituinte.

1.3 Estado Constitucional Democrático de Direito

Locke (*apud* Rangel, 2005) já afirmava, há muito tempo atrás, que o estado natural do homem é o estado de sociedade. Não há registro concreto nem mesmo notícia de que o homem tenha vivido isoladamente. Existe uma necessidade inerente ao homem de viver associado aos seus semelhantes, e, quanto mais o tempo passa e evolui, surgem relações muito mais complexas.

Essa complexidade contribui para o surgimento de muitos vínculos, unindo os homens entre si. Dos muitos vínculos existentes, podemos destacar talvez o mais importante para a idéia de sociedade organizada, o vínculo que cria direitos, obrigações e deveres entre os homens. Tal fato dá origem ao Estado, ou, nas palavras de Rangel (2005, p. 11), "a sociedade politicamente organizada".

Os indivíduos, organizados entre si, nem sempre viverão em completa harmonia, podendo muito bem surgir conflitos de diversos tipos entre eles. A possibilidade do surgimento desses conflitos gera no homem a necessidade de organização do poder.

Esse poder origina-se mediante a noção de uma lei maior, superior, que será utilizada como base não somente para a organização do Estado, mas também servirá como alicerce para as normas presentes e futuras. Estamos falando da Constituição e conseqüentemente do chamado Estado Constitucional. Giorgio Del Vecchio (*apud* Rangel, 2005, p. 12) observa que a Constituição "é o modo pelo qual

se organiza o poder do Estado e se regulamenta seu exercício". Seguindo esse viés lógico, o Estado deve praticar seus atos fundamentados na Constituição que o criou, refletindo a vontade do povo.

A partir desse momento, percebem-se vários elementos juntos em um só contexto, quais sejam: soberania de que dispõe o Estado na sua estruturação, o direito de todos os cidadãos de participarem de sua formação e a isonomia dos mesmos perante as normas legais. Facilmente surge o Estado de Direito.

O Estado de Direito surge num momento onde o absolutismo monárquico estava muito em voga e certamente configura um avanço relevante em desfavor do arbítrio da nobreza monárquica. Contudo, a história mostrou que a idéia de Estado de Direito carecia de um conteúdo social, com real relevância jurídica.

O professor Fernando Capez (2004, p. 07) informa que o chamado "Estado de Direito assegura a igualdade meramente formal entre os homens".

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º, definiu o perfil político-constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito. A palavra democracia dá um conceito muito mais abrangente a esse perfil político, uma vez que diz respeito a realização de valores de convivência humana.

José Afonso da Silva (2007, p. 112), com a elegância e precisão que lhe são peculiares nos ensina a seguinte lição:

> O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

No Estado Democrático de Direito, as leis possuem adequação social e não somente impõem a submissão de todos ao império da lei. Há na verdade, no Estado Democrático uma imposição de metas e deveres objetivando à construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional em todos os seus termos, também pela promoção do bem comum.

Para ser um Estado Democrático de Direito, ou seja, como bem entendido, para dar livre acesso aos cidadãos na elaboração das leis e decisões do poder público, necessário se faz que todos os atos desse Estado sejam praticados não somente sob o império da lei e do direito, mas sob o império da lei e do direito justo, de acordo com os anseios da sociedade. Não se trata aqui simplesmente, de

submissão á lei, mas sim ao direito justo, à ordem jurídica instituída através da emanação popular.

Visto isso, pode sim existir na sociedade violação aos direitos, ou mesmo simplesmente o não cumprimento do direito justo e sereno. Porém, quando ocorrer fatos dessa natureza, na verdade será verificada uma desestabilização do Estado Democrático de Direito, ferindo-o em sua essência.

É necessário existir, portanto, uma instituição capaz de coibir essa manifestação em desfavor do Estado Democrático, com função de garantir a ordem pública. E é exatamente isso que a sociedade espera do Ministério Público, uma instituição forte, amplo no restabelecimento da ordem jurídica violada, utilizando-se de todos os mecanismos colocados ao seu alcance para a satisfação de sua pretensão.

1.4 Os Direitos e as Garantias Fundamentais: A teoria do Garantismo Penal

Já dizia o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789 que "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".

Verifica-se uma preocupação com a Constituição. Essa relevância que ganha a Carta Magna não é puro capricho liberal. Seria necessário que houvesse uma lei superior à normatividade a fim de concretizar efetivamente o avanço social que acontecia, latejava. Felizmente o progresso não parou. As sociedades democráticas vingaram, e com elas surgiram os direitos e garantias fundamentais.

É necessário esse estudo introdutório constitucional para elucidar o tema principal, uma vez que o mesmo faz parte do rol das conquistas históricas do campo social. Isso porque estabelecido o Estado Democrático de Direito, agora, necessário se faz garantir aos cidadãos o pleno exercício de seus direitos. Deve ter como escopo o sobredito Estado assegurar aos cidadãos mecanismos de proteção contra qualquer ação ilegal.

Os direitos e garantias fundamentais são o topo, o ápice do Estado Democrático. O mesmo tem sua noção firmada na efetivação desses direitos e garantias. É o *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Ou se asseguram

esses direitos ou de nada vai valer a Constituição e seus poderes constituídos. Um dos direitos classificados como históricos, conquista direta da Democracia é a persecução penal ser realizada por órgão diferente do que julga. Contudo, para haver de fato a garantia, é necessário a certeza da punição caso fique comprovado o desrespeito a norma. Nesse sentido, o Ministério Público é o órgão que tem a responsabilidade de lutar contra a impunidade, respeitando o devido processo penal.

Com a clareza marcante de suas palavras, Paulo Rangel (2005, p. 20) explica e nos dá uma noção exata do avanço por parte da sociedade com a conquista dos direitos e garantias fundamentais: "Os direitos e garantias fundamentais constituem, assim, uma séria limitação ao poder estatal, garantindo a todos os homens mecanismos de proteção contra qualquer abuso do poder político".

1.4.1 O que são direitos e garantias fundamentais

Na democracia que vivemos, limitação de poder e o governo pelo povo são conceitos que estão intimamente ligados. Não há como separar esses conceitos por estarem já há algum tempo enraizados na visão ocidental de organização político-administrativa. Partindo dessa premissa, temos uma organização bem definida: o povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem o destino da nação.

Para existir comprovadamente a real essência da democracia, no seu mais sublime significado, seria necessário o surgimento de várias limitações com o intuito de impedir a manifestação do poder absoluto por parte dos mandatários da nação. Nesse sentido, surgem os Direitos e Garantias Fundamentais como direitos de defesa.

Canotilho (*apud* Moraes, 2006, p. 25) explica o que os direitos fundamentais cumprem:

> a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais

> (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Ora, então podemos entender direitos e garantias fundamentais como aqueles que têm o primoroso alvo o respeito à dignidade da pessoa humana. É de real importância para uma sociedade politicamente organizada a presença de tais mecanismos fundamentais.

O grande Rui Barbosa (*apud* Rangel, 2005) dizia que, no entanto, que *a priori* necessário se faz diferenciar direitos e garantias, para a futura compreensão de ambos em um só contexto, percebendo com isso o verdadeiro objetivo da Lei Fundamental. Uma coisa são os direitos, outra as garantias.

O conceito de direito varia na doutrina. Sem tentar criar um novo conceito nem entrar em divergências doutrinárias, tampouco buscar discussões exageradas, pode-se considerar Direito como o conjunto de normas elaboradas pelo Estado que estabelecem condutas sociais que uma vez desrespeitadas, fazem nascer a possibilidade de resistência à violação, ou seja, tem característica coativa.

O Direito, naturalmente, cria expectativas de ordem e paz social na sociedade, onde a justiça dominará as relações e vínculos de todos. A partir do momento que o Direito existe, faz-se necessário a criação de estruturas capazes de assegurar a ordem jurídica, caso haja violação. Despertam as garantias. Note que a Constituição fala em direitos e garantias, ou seja, além de dar o direito, assegura o pleno exercício do mesmo.

Diz-se que são fundamentais porque sem os quais, num Estado Democrático, a pessoa não vive e conseqüentemente não se realiza no seio social, muito menos convive com harmonia entre seus semelhantes.

No Estado Democrático de Direito brasileiro, a Constituição Federal em seu Título II, classifica os direitos e garantias fundamentais em cinco espécies: direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, direito à nacionalidade e direitos políticos. É de total relevância lembrar que a doutrina moderna, afirmada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (STF), atua no sentido de que os direitos e garantias fundamentais não se restringem somente ao Título direcionado especificamente a eles, podendo ser encontrados ao longo de todo o texto constitucional.

É mister lembrar que na defesa dos direitos e garantias fundamentais, o Estado deve atuar, uma vez que nasce inspirado em uma Constituição Democrática,

protegendo-os no âmbito social. A própria Constituição cria um órgão estruturado e organizado com a função de proteção da ordem jurídica e dos direitos e garantias fundamentais. Fala-se do Ministério Público.

Merece consideração lembrar que os direitos e garantias fundamentais consagrados na democracia não são ilimitados, isto porque encontram seus limites nos demais direitos consagrados na Carta Magna. Nesse viés, Paulo Rangel (2005, p. 25) com transparência assevera:

> desde já queremos consignar que tais direitos fundamentais não podem ser exercidos como verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para o afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração do desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Por fim, quanto à natureza jurídica dos direitos e garantias fundamentais, pode-se classificá-los como direitos subjetivos e públicos, reconhecidos constitucionalmente a todos.

1.4.2 O significado do Garantismo Penal

Com tudo o que foi explanado até agora, o sustento vital é considerar o valor da Constituição em um Estado Democrático de Direito. Rangel (2005, p. 26) faz importante observação nesse sentido:

> Hodiernamente inicia-se, na verdade alimenta-se, reativa-se, uma tendência no Direito, qual seja: a necessidade de se reconhecer a força normativa da Constituição, realizando, assim, uma releitura de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, a fim de se dar preeminência normativa à Constituição. Não há como negarmos a necessidade de uma 'filtragem constitucional' decorrente dessa força normativa, pois, do contrário, teremos direitos constitucionais que não terão valor frente uma norma ordinária o que, por si só, é um verdadeiro desconchavo jurídico inversor da famosa pirâmide de Kelsen, por mais positivista que seja.

Canotilho (*apud* Rangel, 2005, p. 27) quando se refere à Constituição ensina que:

> Toda ordem jurídica deve ser lida a luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as que se não conforme com ela. São três as componentes principais desta preeminência normativa da Constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme a Constituição); (b) as normas de direito ordinário desconformes a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional; (c) salvo quando não são exeqüíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se diretamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela.

Pode-se concluir que a Constituição de um Estado tem domicílio no cume da escala hierárquica da normatividade jurídica, não pode, para que haja a presença do direito justo, ser subordinada a nenhuma norma. É o que a doutrina chama de "preeminência normativa da Constituição frente à ordem infraconstitucional".

O operador do direito moderno, com adequação ao seu tempo, não pode mais se valer de normas jurídicas infraconstitucionais que estão em descompasso com a Carta Magna. Existem normas do Direito que embora se encontrem em vigência, perderam sua aplicabilidade diante da utilidade social, ou seja, não são mais eficazes, não atingem a finalidade para a qual foram geradas.

Paralelamente a esse fato, é notável ainda a presença do princípio da proibição do excesso, chamado no Direito Penal de princípio da intervenção mínima, que procura restringir a interferência do Direito penal aos casos estritamente necessários. À vista disso, o Direito penal deve limitar-se a intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes.

Quando se procura utilizar acima, em uma citação do professor Paulo Rangel, a expressão "filtragem constitucional", o objetivo era justamente baseado na adequação do Direito ao seu tempo e à Constituição, assim como aos princípios sobreditos no parágrafo anterior, pois nesses casos, a própria Constituição serviria como filtro, para proteger determinadas condutas que, uma vez praticadas não feririam direitos igualmente protegidos por ela, não merecendo em vista disso a sanção pelo Direito Penal.

O artigo 233 do Código Penal Brasileiro em seu *caput* dispõe: "Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público". Esse dispositivo tem como objetividade jurídica o pudor público, os bons costumes. O operador jurídico deve analisar a conduta do agente, logo após verificar se a mesma combina-se no âmbito de proteção legal frente aos princípios constitucionais. Caso a resposta seja negativa, aí sim haverá de forma justa a presença do Direito Penal.

Uma imagem talvez ajude. O que dizer de uma mulher realizando *topless* em uma praia? Analisando a norma à luz dos usos e costumes no tempo e no espaço essa conduta é reprovável? Ou melhor. Existe interesse do Estado em reprimir, hodiernamente, essa referida conduta com a aplicação de sanção penal? É fato que não.

Tudo o que foi explicado até aqui, tem noções introdutórias para o alvo principal: a Teoria do Garantismo Penal. Todavia, não é no momento que se adentrará no tema, uma vez que se necessita fazer somente mais algumas explicações, agora sobre a existência, a validade, eficácia, justiça e efetividade do ato (norma) jurídico(a).

Tendo a pretensão da brevidade diz-se que um ato jurídico existe quando há o destaque de três elementos indispensáveis: agente capaz, objeto lícito e forma determinada e não proibida por lei. Caso o ato jurídico esteja desfalcado de qualquer um desses elementos, simplesmente não existe. Porém, presente todos os elementos, o ato existe, sendo nesse momento que será verificado a sua validade.

A validade do ato jurídico vai depender de sua conformidade com a Constituição. A norma pode até viver, mas somente será válida se não descumprir o mandamento superior ao qual está subordinada. Já a eficácia do ato (norma) jurídico(a) vai depender da capacidade para efetivar a produção dos efeitos necessários à sua concretização, ou seja, será analisado no caso pelo operador do direito, a sua finalidade.

Importante questão é a da justiça do ato jurídico em geral, porque ele pode existir, porém deve respeitar os princípios essenciais que informam o Estado Constitucional Democrático de Direito sob pena de não ser considerado justo e acabar não sendo aplicado pelo operador.

Resta, antes de avançar rumo ao Garantismo Penal, analisar a efetividade da norma jurídica, ou seja, sua real incidência no mundo dos fatos. A efetividade das normas jurídicas significa a utilização de instrumentos para sua real aplicabilidade, a perfeita incidência da norma sobre a conduta de cada indivíduo isolada ou conjuntamente, portanto, a realização do Direito em sua mais nobre natureza, o desempenho concreto de sua função social, porque de nada adianta a norma ter sido criada pelo Legislativo e não ter aplicabilidade.

Superado o que foi proposto a ser estudado, qual seja a existência, validade, eficácia, justiça e efetividade da norma jurídica, trata-se, a partir de então,

de um tema bastante instigante. A Teoria do Garantismo Penal foi desenvolvida pelo professor e jurista italiano Luigi Ferrajoli (*apud* Rangel, 2005, p. 26) que em sua obra Direito e Razão, o ilustre nos dá o significado do garantismo:

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

Existe uma íntima ligação entre Estado Constitucional Democrático de Direito e a Teoria do Garantismo Penal, visto que somente se houver respeito ao princípio da legalidade, com a submissão do poder público à Constituição e seu compromisso histórico com as garantias e direitos fundamentais, poderemos ter um Estado com justiça social.

Muito já foi falado nesse trabalho sobre a importância da Constituição e principalmente, o dever de respeito à mesma, por isso todo esse estudo acerca do tema, por tal razão as diversas explanações sobre normas (atos) jurídicas(os). Entretanto, é o verdadeiro objetivo, propor e traçar uma investigação no sentido de demonstrar a força da Lei Superior.

Noberto Bobbio (*apud* Greco, 2006, p. 11), outro grande jurista italiano, faz grande lembrança sobre a força de uma Constituição:

> as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento possui uma norma fundamental, que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de *ordenamento*.

Nunca é demais lembrar que em um Estado Democrático de Direito, é necessário fazer com que a Constituição real seja a ideal e vice-versa, pois não há espaço para o exercício de poder sem limites, sob punição de a Democracia sucumbir perante os arbítrios ditatoriais.

No desenvolvimento do Garantismo Penal, Ferrajoli fez parte de um movimento, denominado Movimento do Direito Alternativo e tinha como meta principal o estabelecimento da força normativa da Constituição. Por tal razão, é justamente na hierarquia de normas que o italiano busca seu modelo garantista, visando acima de tudo criar barreiras limitadoras e punitivas dos abusos aos direitos fundamentais previstos na Constituição, que nunca poderão ser atacados por normas que são classificadas como inferiores no plano jurídico.

Dessa maneira, o legislador infraconstitucional não poderá proibir ou impor nada à sociedade caso esteja em desconformidade constitucional. A Carta Magna, nesses casos, protegerá a sociedade contra a arrogância do Estado e garantirá o cumprimento dos direitos fundamentais.

Salo Carvalho (*apud* Greco, 2006, p. 13) bem destaca a idéia:

> a teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.
> Os direitos fundamentais adquirem, pois, *status* de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do 'bem comum'. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem , portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

1.4.3 O Ministério Público e o Garantismo Penal

A Constituição Federal, precisamente em seu artigo 127, *caput*, dispõe que "o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Ora, está claro que com tal dispositivo o poder constituinte originário confere ao Ministério Público status de guardião da ordem jurídica no Estado Constitucional Democrático de Direito. Configura-se como uma verdadeira garantia

para a sociedade, porque de nada adiantaria que um órgão com funções tão importantes, fosse fraco e tivesse constantemente sua atuação limitada.

Quando a Magna Carta abrange sua atuação para a categoria de defensor da ordem jurídica e lhe dá autonomia funcional e administrativa (§2º do art. 127 da CF), na verdade transforma o *parquet* em um órgão verdadeiramente forte e independente, capaz de tomar providências seguras e dentro de seu mister para combater o mal no regime democrático.

Note que a norma que confere todas essas atribuições ao *parquet*, é a própria Constituição, ou seja, a Norma Maior, a Norma Fundamental, superior por natureza. Então se a mesma mediante o Poder Constituinte concede ao Ministério Público as referidas garantias institucionais, não cabe a legislação infraconstitucional questionar.

A persecução penal do Ministério Público é uma exigência constitucional em nome do pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais com a finalidade de proibir o abuso do poder por parte daqueles que se afastam da ordem jurídica.

É o garantismo penal incidindo sobre a participação do Ministério Público na investigação criminal, uma vez que o objetivo principal do mesmo é o resguardo de todos os direitos fundamentais.

Importante observação faz Paulo Rangel (2005, p. 52) nesse sentido:

> O Ministério Público surge, assim, com poderes que lhe são conferidos pelo Poder Constituinte originária, com a função de iniciar, privativamente, a competente persecução penal (art. 129, I, da CRFB) e, conseqüentemente, necessita da realização prévia de diligências com a finalidade de delimitar a autoria, materialidade e demais circunstâncias do fato-crime, podendo, para tanto, realizá-las, direta e pessoalmente. Nesse caso, o garantismo penal deve se irradiar para toda a sociedade, a fim de que todos possam usar, gozar e dispor de todos os bens colocados à sua disposição pelo ordenamento jurídico sem sofrer a intervenção ilícita de quem quer que seja.

Observe que se adentra no tema que propriamente se pretende discutir, ou seja, a persecução penal direta. Porém, necessário se faz uma breve análise dos princípios constitucionais que a autorizam e as funções institucionais penais do Ministério Público previstas na Constituição hodierna. É o que será abordado no segundo capítulo desse estudo.

CAPÍTULO 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AUTORIZADORES DA PERSECUÇÃO PENAL E FUNÇÕES INSTITUCIONAIS PENAIS RELATIVAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 Os princípios constitucionais do processo penal relativos à investigação criminal direta do Ministério Público

Entra-se em um assunto bastante delicado e importante. Delicado, pois, a palavra *princípio* pode aparecer muitas vezes com sentidos diversos. Importante porque lidamos no momento com os reais norteadores do direito. Para a correta compreensão dos princípios que regem o processo penal, em especial, os que informam a persecução penal direta pelo Ministério Público, necessário se faz a definição da palavra.

Princípio, no dicionário do lexicógrafo Aurélio (1986, p. 1138), significa "momento ou local ou trecho em que algo tem origem; causa primária". Desta forma, quando se fala dos princípios constitucionais do direito processual penal, remete-se à idéia de marco inicial, ou seja, o ponto iniciador da construção de toda a dogmática jurídica, nunca esquecendo os demais princípios gerais do direito que o antecedem.

Destarte, elenca-se aqui, seis princípios informadores do processo penal, que por sua vez, são constitucionais, para o estudo da investigação criminal direta pelo *parquet*. Tais princípios funcionarão como verdadeiros mandamentos nucleares, irradiarão o estudo e terão como escopo principal a resolução de problemas que surgem no decorrer de um processo criminal, pois muitas vezes, é certo que a solução para o conflito pode estar perfeitamente nos princípios informadores, desde que os mesmos estejam em acordo com o direito justo e constitucional. São eles: o princípio do Devido Processo Legal, do Contraditório, do Promotor Natural, do Ônus da Prova na Ação Penal Condenatória, da Publicidade dos Atos Processuais, da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos.

2.1.1 O princípio do Devido Processo Legal

De maneira correta e coerente, em convicto ajuste com os valores democráticos, a Constituição Federal de 1988 incorporou em seu artigo 5º, inciso LIV, o princípio do devido processo legal quando dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". A Magna Carta hodierna foi inovadora em relação às antigas, uma vez que se referiu expressamente ao Devido Processo Legal e de quebra ainda fez alusão explícita à privação de bens.

O princípio do Devido Processo Legal teve nascimento junto ao quadro político-social da Inglaterra, nos idos do ano de 1215, ano da *Magna Charta Libertatum*, de muita importância no direito anglo-saxão.

Pois bem, esse que nasceu com meta principal de evitar o abuso por parte do Rei, o despotismo na administração pública e delimitar os direitos e limites do poder real, torna-se no transcorrer do tempo, não por acaso, um princípio deveras importante, eterno e universal, imanente a toda e qualquer pessoa, independentemente até mesmo de previsão constitucional.

Aplica-se o princípio ora estudado, genericamente a tudo que disser respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade, incluindo-se também a formação de leis. Destarte, no tocante à matéria, necessário buscarmos o verdadeiro alcance do devido processo legal, destacando que o mesmo contém dois aspectos: o instrumental ou formal e o substantivo ou material. Nesse sentido, importante explicação faz Alexandre de Moraes (2006, p. 93):

> O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal.

Quando o nosso ordenamento jurídico adota de forma clara o princípio, significa que é obrigação o respeito a todas as cerimônias previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade ou para que alguém seja privado de seus bens, não apenas patrimoniais. Ou seja, se for o caso de haver cerceamento (pois deve ser a exceção e não a regra) da liberdade ou dos bens, é exigência constitucional que seja para o fim público e democrático do resguardo dos direitos fundamentais.

O enfoque procedimental do devido processo legal exige do operador jurídico o respeito às regras básicas traçadas pelo legislador a começar de uma norma válida e principalmente, justa, devendo está em perfeita harmonia com a Constituição. A tramitação regular e legal de um processo, característica *plus* do devido processo legal, configura-se como uma real garantia do cidadão de que terão seus direitos não simplesmente cumpridos, mas sim respeitados.

Corroborando as palavras de Moraes, o ilustre Fernando Capez (2006, p. 32) nos ensina:

> O devido processo legal no âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e de todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas e julgadas.

Não é apenas o caráter procedimental que envolve o princípio do Devido Processo Legal, mas também seu aspecto substantivo. O aspecto substantivo ou material como preferem alguns doutrinadores diz respeito à razoabilidade. Nesse caso, o Estado não pode, mesmo observando o procedimento legal, privar o indivíduo de direitos fundamentais. Acontece muitas vezes que a lei elaborada pelo Legislativo pode estar em desacordo com os preceitos constitucionais, quando houver esse tipo de situação devem prevalecer os mandamentos da Lei Superior.

Muitas vezes o legislador ordinário preocupa-se somente em dispor aspectos procedimentais nas leis, contudo, deve ser preocupação constante do Estado o respeito ao devido processo legal substantivo, àquele onde pode-se encontrar os ensinamentos dos trilhos corretos que a se caminhar. É o farol iluminador da atuação do Estado, uma vez que o direito fundamental a um processo devido é o princípio reitor de todo o esqueleto jurídico-constitucional do processo.

Tentando explicar o aspecto material do Devido Processo Legal, o moderno Fredie Didier Júnior (2007, p. 31) assevera:

> As decisões jurídicas hão de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um mesmo fenômeno.

O princípio em tela deve ser seguido não somente no campo judicial, mas também sua aplicação abrange as funções legislativas e executivas.

Corolário do conceito do princípio do Devido Processo Legal é a persecução penal em face do réu, ser desenvolvida por órgão distinto do que irá julgar. Outra verdade que se configura como efetiva garantia ao réu, é o fato de que o membro do Ministério Público deve ter imparcialidade material, esta não podendo ser confundida com a parcialidade instrumental. O Ministério Público é legitimado para atuar como parte no processo criminal, contudo a verdadeira função do membro do *writ* não é a acusatória, e sim a busca pela verdade real, podendo perfeitamente pedir a absolvição caso assim entenda, pois diferentemente dos que muitos pensam e até diferente dos que muitos Promotores de Justiça fazem, a persecução penal é feita em nome da defesa dos direitos e garantias fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Não se visa, na persecução penal, única e exclusivamente a punição do indivíduo, mas sim sua proteção jurídica.

Então, a atuação do membro do Ministério Público deve ser exercida através do devido processo legal em seu duplo enfoque (instrumental e material) como verdadeira garantia ao cidadão e a população de que todos os direitos previstos na ordem constitucional serão respeitados e assegurados.

2.1.2 O princípio do Contraditório

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra em seu artigo 5º, inciso LV, o direito fundamental ao contraditório. É um princípio correspondente ao direito de defesa. O Processo Legal quando é concebido, visa primordialmente enxergar a verdade dos fatos, justo então que se dê ao acusado a oportunidade de contradizer as afirmações feitas pelo Ministério Público.

Vejamos o que ensina o mestre Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 24) sobre o princípio do contraditório:

> Dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório (ou da bilateralidade da audiência), garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5º, LV). Segundo ele, o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar

> assegurada a igualdade das partes. Diz bem J. Canuto Mendes de Almeida: 'A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa do indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito".

O contraditório, portanto, é o direito, considerado fundamental, de que a outra parte (no caso, o investigado) deverá também ser ouvida face ao objetivo punitivo exercido pelo Ministério Público.

O investigado, portanto, sustentado pelo contraditório, tem direito a um defensor. A nomeação do defensor ao réu procura atingir o equilíbrio na relação jurídico-processual, onde as partes deverão se encontrar no mesmo pé de igualdade, mantendo correta distância do juiz e nos dizeres de Paulo Rangel (2005, p. 67) "uma perfeita harmonia entre os bens jurídicos que irão se contrastar: pretensão punitiva x pretensão de liberdade".

O direito ao contraditório traz como conseqüência lógica a igualdade das partes, possibilitando a produção de provas em condições idênticas. Nelson Nery Júnior (*apud* Moraes, 2006, p. 93) salienta:

> o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

Para dar suporte ainda maior ao tema discutido, assevera Fernando Capez (2006, p. 19):

> A bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em relação ao juiz, não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias. O juiz coloca-se, na atividade que lhe incumbi o Estado-Juiz, eqüidistante das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvido uma parte, for dado à outra manifestar-se em seguida.

Assim, por existir o contraditório, a investigação criminal direta pelo Ministério Público é uma garantia ao investigado e também à sociedade, pois a

UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA SETORIAL

colheita de provas será feita por um órgão independente, e principalmente imparcial quanto ao direito material, uma vez que tem como medida justa o pedido de arquivamento, se assim não houver justa causa para a propositura da ação.

2.1.3 O princípio do Promotor Natural

O princípio do Promotor Natural é consagrado preceito constitucional corolário lógico e transparente da independência funcional bem como da garantia constitucional da inamovibilidade aos membros do Ministério Público.

Então, uma vez empossado no cargo de Promotor de Justiça, deve o membro do Ministério Público ser lotado em determinado órgão de execução a fim de se lhe assegurar a inamovibilidade e, conseqüentemente sua independência funcional com as atribuições previstas em lei segundo o princípio do Promotor Natural.

O professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (*apud* Rangel, 2005, p. 73) explica o sentido do princípio em estudo. Diz o mestre:

> O princípio do promotor natural pressupõe que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá oficiar no processo correspondente, salvo as exceções previstas em lei. Vedado em qualquer hipótese, o exercício das funções por pessoas estranhas aos quadros do *parquet*.

A inamovibilidade não pode ser vista somente sob seu aspecto geográfico ou territorial. O enfoque mais importante da inamovibilidade do agente possuidor do cargo no Ministério Público diz respeito a suas atribuições legais. Nesse sentido, o próprio Paulo Rangel (2005, p. 74), com a clareza e notabilidade de suas palavras assevera:

> O princípio assim é inerente ao devido processo legal, pois não se admite que alguém seja privado de sua liberdade e/ou de seus bens sem que o órgão responsável pela acusação tenha a garantia de fazê-lo com independência necessária para repelir toda e qualquer ingerência indevida à sua atuação. Bem como que não haverá remoção física do Promotor de Justiça nem de suas atribuições fora dos casos expressamente delineados em lei. Uma coisa é deixar o Promotor de Justiça no seu órgão de execução para não ferir sua inamovibilidade diretamente; outra, bem diferente, mas

> que dá no mesmo, é retirar-lhe as atribuições legais fora das hipóteses previstas em lei, deixando-o no órgão de execução.
> Destarte, a inamovibilidade e a independência funcional são lados da mesma moeda que visam garantir o exercício pleno das atribuições, previamente estabelecidas em lei, do membro do Ministério Público, garantindo ao cidadão um Promotor Natural.

É de suma importância a presença de tal valor em uma sociedade que almeje uma Democracia em seu mais pleno sentido. O princípio do Promotor Natural ou Promotor Legal, como querem alguns doutrinadores, evita o chamado "promotor de encomenda" para esse ou aquele caso. Tornando segura a atuação do Ministério Público pelo seu Promotor de Justiça, segundo as regras da independência funcional e da inamovibilidade, principalmente de suas atribuições legais, é ver o respeito ao devido processo legal, é proteger os valores constitucionais e preservar acima de tudo a ordem pública, uma vez que é para a sociedade e em prol dela que o *parquet* deve atuar, fazendo valer a Constituição.

2.1.4 O princípio do Ônus da Prova na Ação Penal Condenatória

A prova no processo penal não é uma obrigação, e sim um ônus. Por isso fala-se tanto em ônus da prova na ação penal condenatória, e não, obrigação da prova na ação penal condenatória. A principal diferença está na idéia de obrigatoriedade. Obrigação faz referência a um dever, enquanto ônus, o adimplemento é facultativo, de modo que seu não-cumprimento não significa atuação contrária ao direito.

Trata-se de um princípio inerente também ao devido processo legal, pois não se admite que alguém sofra restrições em seus direitos constitucionais sem que o Estado se certifique de que sua decisão encontra ressonância no seio da comunidade, pois em perfeita harmonia com os interesses sociais consagrados na Carta Política do País.

A doutrina, com esmagadora maioria, quando discorre sobre o respeito do ônus da prova, tem uma visão clara e expressa do artigo 156 do Código de Processo Penal Brasileiro. Logo no início de suas disposições, o sobredito prevê que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer". Opiniões de peso no meio doutrinário brasileiro contribuem para uma interpretação exclusivista do mesmo.

O mestre Tourinho Filho (*apud* Rangel, 2005, p. 88) adverte:

> Para evitar esse risco ou esse prejuízo, devem as partes procurar provar a tese levantada, pois, sem embargo daquela faculdade do Juiz, o descaso, conforme adverte Espínola Filho, poderá trazer-lhes amargas decepções.
> Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, que a parte objecti, quer a parte subjecti, deve ficar a cargo da acusação.
> Se, por acaso, a Defesa argüir em seu prol uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima actori incumbit probatio et réus in excipiendo fit actor... Diga-se o mesmo se a Defesa alegar a extinção da punibilidade.

No mesmo diapasão doutrinário é a opinião de Mirabete (2006, p. 258). Explica o jurista:

> No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou queixa, cabe ao acusador a prova do fato e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento de pena (qualificadoras, agravantes etc.); ao acusado cabe a prova das causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem diminuição de pena (atenuantes, causas privilegiadoras etc.) ou concessão de benefícios penais. Cabe ao réu também a prova da "inexistência do fato" se pretender a absolvição nos termos do artigo 386, I, do CPP.

É de se observar que para esses ilustres citados, o ônus da prova na ação penal é dividido entre autor e réu. Sendo que à acusação se entrega a prova das alegações feitas sobre os fatos constitutivos e ao réu a prova de sua inocência, onde se alega fatos extintivos, modificativos ou impeditivos.

Em sentido contrário, posiciona-se Paulo Rangel (2005, p. 92). Mediante uma análise constitucional que faz do artigo 156, ora já citado, justifica que o mesmo deve estar subjugado à Constituição, e não ser analisado privativamente. Observem-se suas palavras:

> Dessa forma claro nos parece que, se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as circunstâncias, o ônus de provar que esse fato é típico (encontra perfeita adequação na lei penal); é ilícito (contrário ao direito, e , portanto, proibido) e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude e que seu autor é culpável, ou seja, "se possui as condições mínimas indispensáveis para atribuir-se-lhe esse fato", o que significa dizer, "se está mentalmente são ou conhece a antijuridicidade do fato" (Muñoz Conde, ob. Cit.,p. 04) lhe pertence. Não há como entregar ao réu, dentro de um Estado Democrático de Direito e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), o ônus da prova de sua inocência.

O jovem promotor na verdade propõe que o ônus da prova seja todo do Ministério Público, cabendo a ele a missão de encontrar o culpado pela prática delituosa e não um culpado. O *parquet* atuará desta forma com o encargo de provar a acusação, devendo sua atuação ser pautada dentro da legalidade.

O professor Afrânio Silva Jardim (*apud* Rangel, 2005, p. 96), para dar um maior suporte aos argumentos de Rangel, ensina que:

> Assim, não nos parece cientificamente correto resolver a questão do ônus da prova na ação penal condenatória na dependência do que, neste ou naquele caso, foi alegado pela acusação ou pela defesa. Repita-se: a defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas pode se opor à pretensão punitiva do autor.
> (...)
> Sob o prisma processual, somente a acusação é que alega fatos, atribuindo-os ao réu. Eventual 'alegação' deste, será tão somente aparente, vez que juridicamente deve ser reputada como mera negação dos fatos alegados na denúncia ou queixa.
> (...) quando o réu apresenta um álibi, dizendo que no dia e hora do crime se encontrava em lugar distante, não está alegando fato positivo diverso, mas apenas negando o que lhe é atribuído na denúncia. Assim, a dúvida sobre se ele estava ou não naquele lugar distante nada mais é do que a dúvida sobre se ele estava no lugar afirmado na denúncia ou queixa. É intuitivo. Desta maneira, ao sustentar tal álibi, o réu não assume o ônus de provar fato positivo que negue a acusação, permanecendo o autor com o ônus de provar aquilo que originalmente afirmou.

Em conclusão, Afrânio Silva Jardim (*apud* Rangel, 2005, p. 96), assevera que o "ônus da prova, na ação penal condenatória, é toda da acusação e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado".

Mesmo em minoria, essa última opinião sobre o princípio em trama gera bastante polêmica. A verdade é que o Ministério Público deve ser visto como um órgão forte e independente, com poderes para fiscalizar e manter a ordem jurídica, uma vez que é também anseio da sociedade a realização da justiça e da real democracia em um Estado Democrático de Direito. Destarte, se um membro da sociedade se afasta e se divorcia de toda a comunidade social mediante a prática de ato delituoso, natural que o *parquet*, imbuído com todos os seus poderes, demonstre para a sociedade a apuração dos fatos mediante uma investigação limpa e justa em ampla harmonia com a sistemática constitucional vigente.

2.1.5 O princípio da Publicidade dos Atos Processuais

O direito fundamental à publicidade constitui também um preceito básico proclamado pela Carta Política brasileira. Importante destacar o fato que os direitos e garantias fundamentais presentes nesse estudo, são conquistas diretas do povo em favor da Democracia. São verdadeiros Direitos Humanos constitucionalizados em escala global.

Destarte, não é demais lembrar a grande visão do jurista italiano Noberto Bobbio(1992, p. 01):

> Sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

Bobbio fala, na verdade, de uma unificação de valores representados pelos direitos fundamentais, e um deles, hoje presente a nível internacional, é o direito essencial à publicidade dos atos processuais, expressamente destacado na Constituição hodierna em seu artigo 5º, inciso LX.

Não existe espaço, em um Estado Democrático de Direito, para o mistério, os atos processuais devem ser públicos, integrantes do devido processo legal e representar uma sólida garantia do direito de defesa, pois a própria sociedade tem o interesse em presenciar e conhecer a realização do direito justo.

Contudo, mesmo sendo a publicidade a regra, não necessariamente esse norteador do direito aparecerá com um caráter absoluto, uma vez que encontra restrições quando a defesa da intimidade ou o interesse social forem atacados. Nesses casos, hão de serem acatadas as restrições à publicidade.

É necessário o operador do direito ter visão bastante coerente sobre o princípio em tela. Muitas vezes a linha que separa o que é íntimo (relativo à dignidade da pessoa humana) e de interesse social do que é de interesse público à informação é muito tênue. O jurista deve saber que são lados opostos de uma mesma moeda, mas também tomar cuidado com o chamado "segredo de justiça", uma vez que esse direito fundamental visa, nas palavras do professor e advogado

Fredie Didier Jr. (2007, p. 59), "permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, máxime sobre o poder de que foi investido o juiz".

Com o intuito único da perfeita e completa elucidação do caso, que ora se constitui uma prática delituosa, a publicidade não se aplica na investigação criminal, ou seja, na fase pré-processual. A regra do artigo 20 do Código de Processo Penal deve ser respeitada, sem ferir o princípio constitucional da publicidade, sob pena de prejudicar o esclarecimento da verdade sobre o crime diligenciado. Na investigação criminal, seja pela autoridade policial, seja pelo Ministério Público, deve ter como o sigilo seu cunho principal, até para manter o disposto no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, já que é nessa fase, onde se procura delimitar a materialidade e autoria e todas as circunstâncias do crime, e o réu tem que ter seu direito de defesa de fatos certos e precisos garantido, situação que só será mantida, sem tumulto e sem intromissão indevida de terceiros. Logo, durante a investigação criminal, o investigado tem a segurança de que os fatos não serão divulgados para a preservação de seus direitos constitucionais, e o ele deve e precisa ver no Ministério Público é um órgão não somente que representará a pretensão acusatória do Estado, mas também, enxergar um guardião dos mesmos.

2.1.6 O princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. O inciso LVI do artigo 5º assim dispõe: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Ora, o legislador constituinte quis, na verdade, estabelecer um limite ao princípio da liberdade da prova.

A prova é um direito subjetivo constitucional assegurado através do devido processo legal e inerente aos princípios da verdade processual e do contraditório estando em acordo com a presença de um Estado Constitucional Democrático de Direito. Se obtida ilicitamente, a prova estará em desacordo não somente com os princípios, mas com o direito da real democracia. Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 389) nos ensina que:

> (...) o direito a prova, derivado da ampla defesa, não significa que o interessado possa valer-se a qualquer momento de qualquer prova, mas, apenas, que pode utilizar-se daquelas provas aptas a evidenciar os fatos cruciais a serem apreciados, ou seja, daquelas que podem influenciar no julgamento; o que contribui também para a celeridade da prestação jurisdicional, elemento essencial para a efetivação da justiça.

Desta forma, a verdade dos fatos deve ser obtida de acordo com uma forma moral e constitucional inatacável, especialmente na esfera criminal, que se cuida de restaurar a ordem violada pelo delito, sendo inconcebível a aceitação de métodos que não levem em conta a proteção dos valores constitucionais.

A colheita de provas, dentro dos estritos limites constitucionais, deve ser entendido pelo Ministério Público como princípio fundamental e medida necessária durante a investigação criminal, garantindo ao investigado acesso aos meios de prova que se utilizar. O que se deve procurar é a justiça, uma vez que o membro do *parquet* leva consigo e atende sob o chamado de Promotor de Justiça, não se procura um culpado custe o que custar, se procura uma perfeita elucidação do caso para que o direito atue de forma transparente sobre o bem jurídico relevante que fora violado.

2.2 As funções institucionais penais do Ministério Público na Constituição atual

É exigência do estado Constitucional Democrático de Direito que quando o mesmo se deparar com uma conduta lesiva a qualquer bem jurídico penalmente relevante, o agente ativo seja punido nos estritos limites da lei, na medida justa de sua culpabilidade. Porém, para que haja a punição e mais correto ainda a punição justa, indispensável a presença de um processo penal igualmente justo onde o indivíduo verá assegurado todos os meios legais de defesa, sem abuso de poder por parte do Estado.

O Estado deve preocupar-se não somente com a atuação reta do Direito, mas também, cobrado por toda a coletividade, com a aplicabilidade, ou seja, o Direito Penal deve ser eficaz e punir aquele que se comportou de forma contrária ao seio da sociedade nascendo assim a pretensão acusatória estatal, devendo ser exercida, via de regra por um órgão isento de qualquer sentimento que não o de justiça: o Ministério Público.

A propositura da ação penal pública é para o Estado uma imposição legal, concluindo que a obrigatoriedade da mesma configura-se um exercício de um poder-dever atribuído pela Constituição ao Ministério Público. A obrigatoriedade surge diante da presença de um fato típico, ilícito e culpável e implica na exigência por parte do *parquet* ao Estado-Juiz na devida prestação jurisdicional a fim de satisfazer a pretensão acusatória estatal procurando em última escala restabelecer a ordem jurídica violada.

A nossa ordem jurídica adota o sistema acusatório, o qual provoca o estabelecimento de uma relação processual, colocando em pé de igualdade o autor e o réu, sobrepondo-se a eles, como órgão imparcial de aplicação da lei, o juiz.

O jovem doutrinador Paulo Rangel (2005, p. 199) esclarece as características principais do sistema acusatório:

> A característica principal do sistema acusatório repousa na divisão das funções inerentes à persecução penal entre os diversos órgãos que nela atuam: autor, juiz e réu. No processo penal, o autor, de regra, é o Ministério Público, que exerce a *persecutio criminis in judicio*. O réu, através de sua defesa técnica, exerce resistência à pretensão do autor com direito a ampla defesa e todos os meios a ela inerentes. O juiz, sujeito imparcial que é, mantendo-se distante do conflito de interesses, presta a devida tutela jurisdicional, dando a cada um aquilo que é seu.

Pois bem, com o sistema em tela, adotado por nós em total harmonia com a Constituição legitima o Ministério Público, em regra, para atuar na propositura da ação penal pública de forma privativa.

Ora, parece claro que se o Ministério Público possui o poder-dever de promover a ação penal pública, somente poderá fazê-lo caso tenha em mãos as informações necessárias para a formação de sua *opinio delicti*. Há um axioma no direito que diz: "quem pode o mais, pode o menos". Se o órgão ministerial pode e tem o dever de propor a ação, por que não poderia em nome do princípio da verdade processual colher direta e pessoalmente as provas que demonstram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade do autor do fato.

Seria um *contra sensu* garantir ao *parquet* a legitimidade da ação, inclusive sob pena de responsabilidade, e não o fazer em relação às investigações necessárias para o exercício da referida ação penal.

No mais, o artigo 47 do Código de Processo Penal garante ao Ministério Público poder de requisição, podendo-se dirigir diretamente a quaisquer autoridades

ou funcionários que possam fornecer-lhe maiores esclarecimentos, documentos complementares ou elementos de convicção.

Some-se a tudo isso o fato que o mesmo Código, em alguns momentos, dá ao *parquet* a oportunidade de dispensa do Inquérito policial, é o caso dos artigos 39, § 5º, e 46, § 1º. É sabido que para a propositura da ação deve ter um lastro mínimo de prova, podendo a mesma ser arrimada no inquérito policial ou em peças de informação que devem acompanhar a acusação penal. As peças de informação formam o gênero do qual o inquérito é espécie.

Se o Ministério Público pode oferecer denúncia sem inquérito policial é porque a investigação policial, ou seja, aquela desenvolvida pela polícia de atividade judiciária, pode perfeitamente ser substituída por outra investigação preliminar levada a cabo pelo próprio Ministério Público.

Temos também importante consagração como instrumento de atuação do Ministério Público na investigação criminal a atribuição de *expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los*, é o que garante o artigo 129, inciso VI da Carta Federal de 1988. 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.

As sobreditas notificações poderão ser feitas tanto no âmbito civil quanto penal, mas não se está falando aqui, de investigação civil, pois essa é mencionada autonomamente no inciso III do mesmo artigo 129. Mas, quando o texto constitucional diz *nos procedimentos administrativos de sua competência*, deixa bem claro que são todos aqueles inerentes às suas funções, sejam elas cíveis ou penais.

Hugo Nigro Mazzilli (1998, p. 72), grande escritor sobre Ministério Público, com grande competência garante:

> 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 á coleta direta de elementos de convicção para formar sua opinio delictis: se os procedimentos administrativos a que se refere esse inciso fossem apenas de matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III. O inquérito civil nada mais é do 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 a investigações criminais.

Na mesma linha de novidades importantes que a Constituição da República adotou foi à atribuição ao Ministério Público de exercer o controle externo da atividade policial. O inciso VII do artigo 129 é bem claro quanto a isso. O controle que a instituição exerce sobre a atividade policial é externo, ou seja, deve atuar fiscalizando de forma que garanta o domínio sobre a diligência fim da polícia, qual seja: a investigação com o escopo de apurar a prática de determinada infração penal.

É natural que o Ministério Público exerça o controle externo, uma vez que o mesmo é o destinatário final das investigações e, como defensor da ordem jurídica, deve objetivar tudo o que for necessário, imprescindível e justo para a formação da *opinio delicti*, sempre dentro dos trâmites legais.

Já o inciso VIII trata de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais pelo Ministério Público. Requisição é uma ordem que deve ser aceita, é exigência legal a qual a autoridade policial não pode se furtar de cumprir. Na medida em que a Constituição legitima o Ministério Público a requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais, claro está que, se tem poder de determinar esta ou aquela diligência, possui o poder também de pessoalmente realizá-las.

O Ministério Público, sendo o destinatário final e exclusivo das informações contidas no inquérito policial ou nas peças de informação, deve exercer controle sobre todas as atividades persecutórias nesse sentido, para a formação devida de sua convicção, a fim de evitar o oferecimento de uma petição inicial penal inepta, mais do que exato, caso considere importante, realizar pessoalmente as diligências, vale lembrar que o ônus da prova das alegações do fato delituoso é todo seu, natural que procure os elementos corretos e legais que tornem a persecução penal eficiente.

O inciso IX deixa claro que as atribuições elencadas no artigo 129 da Magna Carta são meramente exemplificativas, não esgotando assim, o extenso rol de atribuições da instituição ministerial. Dentre desse cenário, o Ministério Público possui um caráter permanente e a natureza de suas funções, levam à conclusão de que se trata de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, em cuja atuação independente repousam as esperanças de uma sociedade justa e igualitária. Desse modo, as funções institucionais do Ministério Público, quais sejam: a obrigatoriedade e a privatividade da ação penal pública, a atribuição de expedir notificações nos

procedimentos administrativos, a atribuição de exercer o controle externo da atividade policial e a atribuição de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais, parecem que formam uma opinião, à luz da Constituição da República Federal, a favor da investigação direta pelo Órgão Ministerial.

Não se nega aqui o exercício da polícia de atividade judiciária, mas sim exemplifica que existe outro legitimado para tal investigação, que inclusive, pode ser feita em perfeita harmonia entre as instituições com ganho exclusivo da sociedade. Trata-se, na verdade, de uma união de forças institucionais em nome da segurança pública e da manutenção da ordem jurídica. A sociedade é a única que, efetivamente, irá ganhar com a investigação direta pelo Ministério Público.

É o que será trabalhado de maneira mais específica no capítulo subseqüente, observando a posição da doutrina nacional e dos tribunais superiores, realizando uma crítica aos argumentos contrários à investigação direta pelo Ministério Público e finalmente abordando o tema do poder investigatório propriamente dito.

CAPÍTULO 3 O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3.1 Posições assumidas pela doutrina nacional acerca do Poder Investigatório do Ministério Público

O poder investigatório do Ministério Público será abordado nessa seção à luz da doutrina nacional, tanto a que considera possível, quanto aquela que o julga inadmissível, visto que o tema é por demais divergente.

A doutrina que sustenta uma posição favorável, caso dos juristas Sérgio Demoro Hamilton, Paulo Rangel, José Frederico Marques, Hugo Nigro Mazzilli, Alexandre de Moraes, Afrânio da Silva Jardim, Júlio Fabbrini Mirabete, Aloísio Firmo G. da Silva, Maria Emília M. de Araújo, Paulo Fernandes Corrêa, entre outros, basicamente procuram fundamentar suas opiniões nas funções institucionais conferidas pela Constituição Federal ao Ministério Público, bem como em seus princípios constitucionais.

Por que o Ministério Público pode requisitar diligências à autoridade policial que, sem sombra de dúvidas não podem ser desatendidas, e não dispor do poder de, ele mesmo, realizá-las? Por que o Ministério Público pode requisitar diretamente provas diversas mas lhe seria vedado o direito da colheita direta da prova? Qual a diferença de essência que existe entre esses meios de prova? Ora, para esses jurisconsultos de nada valeriam os poderes conferidos no artigo 129 da Constituição ao *parquet*, quando o mesmo não pudesse promover de forma autônoma a investigação necessária quando a Polícia não se apresentasse capaz, não importando o motivo.

A função persecutória pré-processual, direta, exercida pelo Ministério Público, é, pois, em pleno acordo com a Carta Federal Superior, inerente à privatividade da ação penal pública. Os poderes implícitos não podem ser desconsiderados pelo intérprete do direito.

O que se pretende verdadeiramente com a atuação direta do Ministério Público, não é somente a apuração e elucidação da prática delituosa ou crimes cometidos pelos administrados, mas sim, também pelos administradores. Esses sim devem ser o escopo principal da condução das investigações diretas, isto porque

muitas vezes tais figuras estão em condição hierárquica superior à autoridade policial, facilmente podendo se utilizar de sua posição como fator determinante para o empecilho da inquirição, comprometendo-a e marcando-a com certa conotação político-partidária.

O grande jurista e pensador Hugo Nigro Mazzilli (1998, p. 144) se manifesta claramente quanto a esse ponto:

> 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 que a Constituição exigiu impusesse o Ministério Público sobre atividade policial.

Continua o mestre Mazzilli (1998, p. 145), membro aposentado do Ministério Público paulista:

> Outro exemplo de iniciativa investigatória do Ministério Público na área penal ocorre quando não esteja a polícia em situação adequada para conduzir as investigações contra autoridades, dada sua condição de organismo subordinado ao governo e à administração. Não raro, estão envolvidos altos administradores nos crimes a serem investigados, podendo haver interesses subalternos de autoridades na não-apuração dos delitos.

Ademais, observe o que dispõe o inciso IX do artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil, referente às funções institucionais do Ministério público: "Exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas".

Ou seja, além de o próprio artigo prever as funções institucionais já mencionadas expressamente, o mesmo dispositivo ainda admite outras funções que estão no âmbito de suas atribuições e não são determinadas explicitamente. O rol do artigo 129 é exemplificativo, possibilitando ao Ministério Público exercer outras

funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade constitucional.

Paulo Rangel (2005, p. 212) encaixa perfeitamente sua posição sobre o tema quando assevera:

> Ora, seria de pouca credibilidade (ou nenhuma) se o Estado pudesse instaurar processo criminal em face de uma pessoa com base em informação que lhe foram trazidas pelo particular (representação ou *notitia criminis*), mas não pudesse agir do mesmo modo quando as referidas informações fossem colhidas por ele mesmo, o que significa dizer: pela teoria do órgão, o Estado, através da polícia de atividade judiciária, autoriza o Estado-Administração (Ministério Público) a iniciar a persecução penal quando as informações, que servirão de suporte à denúncia forem levadas ao seu conhecimento pelo particular. Porém, se forem colhidas por ele mesmo tal imputação penal carecia de legitimidade. Em um mundo em que o processo é publicado, seria voltarmos à sua privatização, ou seja, retrocederíamos.

E para dar um crédito ainda maior a doutrina favorável à investigação direta pelo Ministério Público, Julio Fabbrinni Mirabete (*apud* Rangel, 2005, p. 213) explica:

> 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 de 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.

Esses conjuntos de princípios básicos que englobam a doutrina favorável à possibilidade do Ministério Público realizar diretamente as investigações criminais necessárias a formar sua *opinio delicti* baseiam-se e buscam afirmação na própria Constituição, não se afastando irresponsavelmente, sobretudo porque a mesma exige do *parquet* uma postura de protetor da ordem jurídica violada, como bem definiu Bruno Ferolla (*apud* Rangel, 2005, p. 215), brilhante Promotor de Justiça fluminense, "o Ministério Público não é mais simples apêndice do Executivo, mas verdadeiro poder de Estado".

Por outro lado, em diapasão doutrinário oposto, entendendo ser inadmissível a investigação criminal direta realizada pelo membro do Ministério Público,

manifestam nomes como Luís Guilherme Vieira, José Afonso da Silva, Miguel Reale Júnior, Eduardo Reale e José Carlos Fragoso. Acrescente-se ainda os juristas Nélio Roberto Seidi Machado, Antônio Evaristo de Moraes Filho, Juarez Tavares e Luis Vicente Cernicchiaro.

Os principais argumentos que aparecem nos discursos desses profissionais do direito é que não existem razões de ordem constitucional para que o Ministério Público venha a se ocupar da investigação criminal. Argumenta-se que não existe preceito no texto da Carta Política para ensejar a permissão das atribuições investigatórias e se assim o membro ministerial o fizer comprometerá a sua isenção, pois estaria ele a avaliar a sua própria conduta, uma vez que o mesmo desempenha a função de fiscal da lei.

Os argumentos contrários à investigação criminal direta pelo Ministério Público podem, para melhor didática e com sugestão do advogado potiguar Manuel Sabino Pontes, ser ordenados e analisados separadamente. São argumentos que vão desde a ofensa ao princípio da eqüidade passando pela ausência de previsão constitucional, monopólio da investigação criminal pela polícia e desvio de função, até teses que interpretam restritivamente o poder investigatório e acham que a competência para promover a ação penal não engloba a realização de investigação criminal. Adiante estão as críticas aos argumentos de forma sistemática, com uma análise de cada tese.

3.2 Críticas aos argumentos contrários à investigação criminal direta pelo Ministério Público

3.2.1 Ofensa ao princípio da Equidade

Argumenta-se que a investigação direta pelo Ministério Público teria a característica de ferir o princípio da equidade e, conseqüentemente da paridade entre as partes. É preciso tomar cuidado com tal argumentação, pois embora esse princípio seja de extrema importância no âmbito processual, assim devendo ser

respeitado e considerado, na investigação criminal, seja ela conduzida pela autoridade policial ou pelo membro do *parquet*, não existe o contraditório.

A prova obtida na fase pré-processual deverá ser confirmada em juízo, para que seja saciada a manifestação da pretensão punitiva do Estado, sendo respeitado o contraditório e a equidade na fase judicial. É sempre de grande valor lembrar que para que haja essa manifestação punitiva por parte do Estado, o próprio tem o interesse em apurar corretamente os fatos. Nesse sentido não importa se a coleta de provas foi feita pela polícia de atividade judiciária ou pelo Ministério Público, ambos são órgãos do mesmo Estado e sem dúvidas tem legitimação o suficiente para a tarefa. Por natureza nenhum é mais imparcial do que o outro.

O ilustre jurisconsulto José Frederico Marques (*apud* Pontes, 2006) nos dá a seguinte lição:

> Nem há que argumentar com a qualidade de parte de que o Ministério Público se reveste na relação processual que se instaura com a propositura da ação penal. No processo que se desenrola perante a justiça criminal, parte, como ensinava Arturo Rocco, é o Estado-Administração, de que o Ministério Público é órgão. Mas é esse mesmo Estado-Administração quem investiga, na fase pré-processual do inquérito. Se é o Estado-Administração quem investiga e quem acusa, é irrelevante o órgão a quem ele atribui uma ou outra função. No juízo ou no inquérito quem está presente é esse Estado-Administração. Que importa, pois, que ele se faça representar, na fase investigatória, também pelo Ministério Público? Tanto não há qualquer impedimento a que isso se suceda, que a quase totalidade das legislações dá ao Ministério Público encargos de Polícia Judiciária.

Com relação a desigualdade de forças entre o Estado e o réu, ela já foi resolvida pela presença do princípio do *in dúbio pro reo*, necessitando o Estado-Juiz ter a certeza e convicção certa da criminalidade para a imposição da pena.

3.2.2 Ausência de previsão constitucional expressa

Em uma primeira reflexão, é de se destacar que não existe direito sem garantia de sua efetivação. Pois bem, de nada adiantaria a Constituição Federal conceder ao cidadão o direito de ir e vir, se em suas linhas democráticas não se estabelecesse uma segurança de que caso o cidadão tenha esse direito atacado poderá ele invocar a sua garantia em defesa do mesmo. O *Habeas Corpus* é o

exemplo mais sublime. Assim, seguindo o raciocínio imposto pela questão, se a Constituição reconhece, de forma inédita na história do país, o Ministério Público como instituição essencial á função jurisdicional, incumbindo-o de defender a ordem jurídica e lhe conferindo a titularidade da ação penal pública, forçoso reconhecer a possibilidade de reunir as provas necessárias para o seu mister.

A sociedade tem interesse de ver a convivência social respeitada, e é o órgão ministerial o responsável por zelar este respeito. É inerente ao próprio sistema constitucional acusatório que, se o Ministério Público tem que propor privativamente, a ação penal pública, deve ter nas mãos os elementos de convicção dotados de idoneidade a fim de sustentar a imputação penal, necessário se faz, conseqüentemente, garantir ao órgão os meios de realizar sua função. Implicitamente existe justificativa plausível para a atuação no âmbito criminal por parte do Ministério Público. É a teoria dos poderes implícitos.

No mais, como já analisado, a Constituição Federal em seu artigo 129 distribui ao Ministério Público várias funções institucionais. Pode-se citar, também, o Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93) e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8625/93). A primeira em seu artigo 8º, inciso V, estabelece com clareza que para o exercício de suas atribuições o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência, "realizar inspeções e diligências investigatórias". Já a segunda, a Lei Orgânica nacional do Ministério Público, em seu artigo 26, inciso I, permite ao Ministério Público instaurar "outros procedimentos administrativos pertinentes".

Aí estão incluídos os procedimentos investigatórios criminais, pertinentes a sua finalidade. É bem verdade que o legislador não toca expressamente nas palavras "investigação criminal", porém dá ao órgão inúmeras funções nesse sentido, mais uma vez vale a máxima: "quem pode o mais, pode o menos". Se o *parquet* é legitimado para a propositura da ação, poderá, se assim considerar necessário para a formação de sua opinião, realizar direta e pessoalmente procedimentos de cunho investigatórios. Além disso, se o legislador não excluiu os procedimentos criminais, não caber, portanto, ao intérprete o fazer.

UFCG - CAMPUS
BIBLIOTECA S

3.2.3 Monopólio da investigação criminal pela Polícia

Afirma-se que o artigo 144, § 1º, IV, da Constituição Federal estabelece um monopólio investigativo em prol da Polícia Federal. A Constituição, ao se referir à exclusividade da Polícia Federal para exercer funções de polícia judiciária da União, tão somente delimitou as atribuições entre as diversas polícias, motivo pelo qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do já referido artigo 144.

Caso a polícia tivesse o monopólio investigativo, seriam ilegais todas as diligências investigatórias realizadas pelos demais órgãos da Administração, pois quando o inciso IV do § 1º, artigo 144 da Constituição Federal dispõe sobre o destino da polícia federal no exercício exclusivo das funções de polícia judiciária da União, somente quis deixar claro que, por exemplo, não compete a polícia civil o exercício de apuração de crimes contra a União.

Há um enorme rol de órgãos distintos da polícia judiciária que realizam investigações, as quais muitas vezes terão conseqüências penais. É o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), que segundo a mesma constituição que dá exclusividade de investigação à Polícia Federal, dá também as CPIs poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. Estaria o texto constitucional em contradição? A resposta é negativa. Pois ao longo de suas linhas o poder investigatório aparece destinado a outros órgãos, inclusive implicitamente ao Ministério Público. Então, no artigo 144, a Carta Política Superior somente procurou distinguir o âmbito de atuação das polícias do país (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar).

Não há que se falar em monopólio da investigação criminal pela polícia quando a mesma Carta Magna atribui poderes investigatórios a outros órgãos que não a polícia. Seria um *contra sensu*, em um dispositivo estar previsto um suposto monopólio da polícia judiciária e ao longo do mesmo texto constitucional estar previsto a competência a vários outros órgãos para a realização também de investigação criminal na fase pré-processual.

3.2.4 Desvio de função

Alguns acreditam ainda na tese de que a Constituição atribui ao Ministério Público à função de exercer o controle externo da atividade policial (CF, art. 129, VII), não de substituí-la.

Pois bem, o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, poder atribuído pela Constituição Federal, não é um controle no qual o membro do *parquet* terá controle amplo e absoluto sobre a atividade policial, inclusive dando ordens e tomando um cunho de controle *interna corporis*. Mas, quando a Lei Fundamental fala em controle externo, quer, na verdade, que o Ministério Público exerça domínio sobre a atividade fim da polícia, ou seja, a investigação com o escopo de apurar a pratica de crimes. Desta maneira, cabe ao Ministério Público acompanhar o trabalho da polícia, buscando evitar ofensas às garantias dos acusados, bem como orientar as apurações para que cumpram seu fim.

O poder investigatório do Ministério Público deve ser compreendido como uma garantia da sociedade e também do suspeito, que ora esteja sendo investigado, pois não há de se falar em ordem pública quando houver direitos e garantias fundamentais desrespeitados. Não se prega o fim da atividade policial, mas sim, e de assaz importância a aparição de um órgão institucional independente e legitimado para agir também na investigação criminal.

A atividade investigatória é o alicerce de toda a persecução penal. Uma investigação displicente impossibilita a busca da verdade, já uma investigação truculenta é capaz de deixar seqüelas permanentes e indesejadas no indivíduo, aí mais uma vez a importância da atribuição constitucional para que o Ministério Público exerça a atividade investigatória.

3.2.5 Interpretação restritiva do Poder Investigatório

Esse argumento tem como fundamento a previsão constitucional do inciso VI do artigo 129, atribui ao Ministério Público poderes para expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e

documentos para instruí-los, que estariam restrita aos inquéritos civis públicos e outros também de natureza administrativa, como os preparatórios de ação de inconstitucionalidade ou de representação por intervenção.

Ora, se os procedimentos administrativos a que se refere este inciso fossem apenas de matéria cível, teria bastado o inciso III do mesmo artigo que cuida do inquérito civil, dando total competência ao Ministério Público, pois o inquérito civil nada mais é do que um procedimento administrativo de atribuição ministerial. Mas não, a Constituição Federal procurou não exaurir o poder de requisitar informações e diligências somente na esfera cível, mas também atingir a área destinada as investigações criminais.

3.2.6 A competência para promover a Ação Penal não engloba a realização de Investigação Criminal

Por último, a tese argumental mais utilizada por parte da doutrina que ataca e considera inadmissível a investigação criminal direta pelo Ministério Público. Segundo ela, a competência para a investigação criminal não é decorrente da competência para promover a ação penal. Esses juristas acreditam que o fato de o membro do Ministério Público agir diretamente e pessoalmente na investigação, pode culminar numa errônea e perigosa parcialidade por parte do mesmo.

Porém, o que ocorre é que a apuração dos fatos é antecedente lógico e necessário do exercício da ação penal pública. A partir do momento em que se retira a possibilidade de o Ministério Público ter o direito de colher provas o suficiente para a vinculação de sua *opinio delicti*, o que se corta na verdade são conquistas da sociedade em um Estado Democrático de Direito. A Constituição atual alçou o Ministério Público ao patamar de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e qualquer distorção dessa postura é pessoal e não institucional, devendo certamente ser combatida com os remédios jurídicos constitucionais cabíveis.

Não há mais espaço, no ordenamento constitucional vigente, para o Promotor, única e exclusivamente, de acusação, que somente se satisfaz com a

condenação do réu, sem se preocupar, primordialmente, com a efetividade de justiça e sim com seu próprio ego.

Não é justo que um inocente seja alvo de uma longa e penosa investigação tanto quanto não é admissível que um culpado se livre da responsabilidade de seus atos por falta de provas. Ambas as injustiças, entretanto, só são evitadas com a apuração mais completa possível dos fatos. Se o inquérito policial não fornece ou não tem condições de fornecer ao Ministério Público a convicção necessária para o exercício de seu mister, tem ele não somente o direito, mas a obrigação de buscar os elementos que lhe permitam atuar conscientemente em direção da realização da justiça.

3.3 Posições Jurisprudenciais acerca do Poder Investigatório do Ministério Público

3.3.1. Posição do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo de forma reiterada e pacífica pela possibilidade ampla de o Ministério Público realizar investigação criminal de forma direta. Ambas as Turmas com competência criminal são unânimes neste sentido, não havendo nota destoante sequer na Corte Especial, quando este colegiado decidiu a matéria em dezembro de 2003 (HC 30683/MT).

Exemplos desta orientação jurisprudencial são abundantes, sendo possível selecionar trechos das decisões mais contundentes:

> Têm-se como válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos, para fins de oferecimento da peça acusatória. A simples participação na fase investigatória, coletando elementos para o oferecimento da denúncia, não incompatibiliza o Representante do *Parquet* para a proposição da ação penal. A atuação do Órgão Ministerial não é vinculada à existência do procedimento investigatório policial – o qual pode ser eventualmente dispensado para a proposição da acusação (RHC 8106/DF, 2001).
>
> Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido da dispensabilidade do inquérito policial para propositura de ação penal pública, podendo o *Parquet* realizar atos investigatórios para fins de eventual oferecimento de denúncia,

principalmente quando os envolvidos são autoridades policiais, submetidos ao controle externo do órgão ministerial (RHC 11670/RS, 2001).

I - Na esteira de precedentes desta Corte, malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder investigações. A ordem jurídica, aliás, confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n 75/1993. (Precedentes). II - Por outro lado, o inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário à propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a *opinio delicti* de seu titular. Se até o particular pode juntar peças, obter declarações, etc., é evidente que o *Parquet* também pode. Além do mais, até mesmo uma investigação administrativa pode, eventualmente, supedanear uma denúncia (RHC 15469/PR, 2004).

A questão acerca da possibilidade do Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta egrégia Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal. Ora, se o inquérito é dispensável, e assim o diz expressamente o art. 39, § 5º, do CPP, e se o Ministério Público pode denunciar com base apenas nos elementos que tem, nada há que imponha a exclusividade às polícias para investigar os fatos criminosos sujeitos à ação penal pública. - A Lei Complementar n.º 75/90, em seu art. 8º, inciso IV, diz competir ao Ministério Público, para o exercício das suas atribuições institucionais, "realizar inspeções e diligências investigatórias". Compete-lhe, ainda, notificar testemunhas (inciso I), requisitar informações, exames, perícias e documentos às autoridades da Administração Pública direta e indireta (inciso II) e requisitar informações e documentos a entidades privadas (inciso IV). Recurso desprovido (RHC 14543/MG, 2004).

1. O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social. 2. Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o artigo 144 da Constituição da República que 'A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio'. Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na

> apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana. 4. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV). Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário –, não se identifica com a função investigatória, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, verbis: ´§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.´ Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade. 5. O poder investigatório que, pelo exposto, se deve reconhecer, por igual, próprio do Ministério Público é, à luz da disciplina constitucional, certamente, da espécie excepcional, fundada na exigência absoluta de demonstrado interesse público ou social. O exercício desse poder investigatório do Ministério Público não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que, primeiro, impede a reprodução simultânea de investigações; segundo, determina o ajuizamento tempestivo dos feitos inquisitoriais e, por último, faz obrigatória oitiva do indiciado autor do crime e a observância das normas legais relativas ao impedimento, à suspeição, e à prova e sua produção. 6. De qualquer modo, não há confundir investigação criminal com os atos investigatório-inquisitoriais complementares de que trata o artigo 47 do Código de Processo Penal. 7. A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia. (Súmula do STJ, Enunciado nº 234). (HC 24.493/MG, da minha Relatoria, in DJ 17/11/2003). 2. Recurso improvido" (RHC 13728/SP, 2004).

Veja-se também a redação da súmula nº 234 do STJ: "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia".

Em uma primeira análise pode parecer que as várias decisões do STJ, assim como a súmula 234, dizem respeito à suspensão ou impedimento, única e exclusivamente, no sentido de não estar impedido o membro do Ministério Público de oferecer denúncia em face dos indiciados, caso tenha participado da fase pré-processual de investigações. No entanto, parece claro que o verdadeiro sentido que o entendimento pacífico do STJ segue, refere-se à investigação direta do Ministério Público, que agindo como investigador colheu informações, formou sua opinião e ofereceu denúncia, com isto se determina a origem da sobredita súmula.

Tem origem em diversas diligências que foram realizadas, diretamente pelo Ministério Público com o intuito de formar sua *opinio delicti* e assim, cumprir o

seu ônus, o seu mister constitucional, provar o fato narrado na denúncia. Paulo Rangel (2005, p. 231) em momento de grande lucidez dá assaz explicação quanto à importância da atuação direta do Ministério Público:

> Impedir o Ministério Público de realizar diligências investigatórias, ou entender que o mesmo não possa realizá-las, é, na verdade, negar-lhe suas funções constitucionais de defensor da ordem jurídica; de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais; de controlador externo da atividade policial; de exclusivo possuidor do ônus da prova do processo penal e de titular privativo da ação penal pública, enfim (...) de todas as atividades necessárias à manutenção da ordem jurídico-penal.

3.3.2. Posição do Supremo Tribunal Federal

A questão em voga já esteve em debate perante o Supremo Tribunal Federal em mais de uma ocasião. Ao contrário do ocorrido no STJ, onde o amplo poder investigatório do Ministério Público em matéria criminal é reconhecido de forma pacífica, no STF a questão ainda não assumiu contornos definitivos. Os precedentes não são fartos, nem a posição pacífica.

Em 30 de setembro de 1997, no julgamento do Habeas Corpus 75.769/MG, relatado pelo Ministro Octávio Gallotti, a Primeira Turma do STF indeferiu o pedido, acolhendo a tese do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais no sentido de que a prática de atos de investigação pelo Promotor de Justiça não o impede de oferecer denúncia. Consta da ementa: "Regular participação do órgão do Ministério Público em fase investigatória e falta de oportuna argüição de suposta suspeição. Pedido indeferido". Muito embora neste caso a questão específica da condução da investigação pelo Ministério Público não tenha sido objeto de debate aprofundado no Supremo Tribunal Federal, a admissão da tese estava claramente afirmada na decisão do Tribunal Estadual e não foi objeto de censura.

Em 1º de setembro de 1998, no julgamento pela 2ª Turma do HC 77.371/SP, relatado pelo Ministro Nelson Jobim e que tratava justamente da oitiva de testemunha diretamente pelo Ministério Público, ficou consignada a possibilidade da realização da diligência:

> Quanto à aceitação, como prova, de depoimento testemunhal colhido pelo Ministério Público, não assiste razão ao paciente, por dois motivos: a) não é prova isolada, há todo um contexto probatório em que inserida; e b) a Lei Orgânica do Ministério Público faculta a seus membros a prática de atos administrativos de caráter preparatório tendentes a embasar a denúncia.

No mesmo ano, em 7 de dezembro de 1998, a 2ª Turma julgou o HC 77.770-SC, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, onde, mais uma vez, a Corte Suprema decidiu no sentido da ampla liberdade de investigação do Ministério Público. Consta do respectivo acórdão:

> Com apoio no art. 129 e incisos, da Constituição Federal, o Ministério Público poderá proceder de forma ampla, na averiguação de fatos e na promoção imediata da ação penal pública, sempre que assim entender configurado ilícito. Dispondo o promotor de elementos para o oferecimento da denúncia, poderá prescindir do inquérito policial, haja vista que o inquérito é procedimento meramente informativo, não submetido ao crivo do contraditório e no qual não se garante o exercício da ampla defesa.

Neste julgamento, referiu-se o relator a voto anterior por ele proferido perante o Tribunal Pleno naquele mesmo sentido, em março de 1997, quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1571-1-DF, ocasião em que asseverou:

> É de se observar, ademais, que, para promover a ação penal pública, ut art. 129, I, da Lei Magna da república, pode o MP proceder as averiguações cabíveis, requisitando informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos preparatórios da ação penal (CF, art. 129, VI), requisitando também diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII), o que, à evidência, não se poderia obstar por norma legal, nem a isso induz a inteligência da regra legis impugnada ao definir disciplina para os procedimentos da Administração Fazendária. Decerto, o art. 83 em foco quer não aja a Administração, desde logo, sem antes concluir o processo administrativo fiscal, mas essa conduta imposta às autoridades fiscais não impede a ação do MP, que, com apoio no art. 129 e seus incisos, da constituição, poderá proceder, de forma ampla, na pesquisa da verdade, na averiguação de fatos e na promoção imediata da ação penal pública, sempre que assim entender configurado ilícito, inclusive de plano tributário.

Em 15 de dezembro de 1998 a mesma Segunda Turma julgou o Recurso Extraordinário 205.473-9/AL, relatado pelo Ministro Carlos Mário Velloso. Neste caso, um Procurador da República em Alagoas requisitou ao Delegado da Receita Federal no Estado a realização de algumas diligências investigatórias em uma empresa, para a apuração de ilícitos fiscais. O Delegado informou que a matéria

envolvia o "caso PC Farias", cujas investigações estavam centralizadas na Coordenação Geral em Brasília. Diante da recusa, o Procurador da República requisitou a instauração de inquérito contra o Delegado da Receita. Suscitada a questão de o Ministério Público dirigir-se diretamente à autoridade administrativa, sem recorrer à autoridade policial, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal contrariamente aos entendimentos anteriores:

> Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, CF, no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial competente para tal (CF, art. 144, §§ 1° e 4°). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior.

Assim, a possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público – embora, mais uma vez, não tenha sido objeto de debate mais minucioso – foi expressamente rejeitada pela 2ª Turma nessa decisão.

Em 18 de maio de 1999, foi julgado o Recurso Extraordinário 233.072-4/RJ. Neste caso, determinado Procurador da República, acreditando na ocorrência de irregularidades em procedimento licitatório de órgão do Ministério da Fazenda, requisitou o respectivo processo administrativo e convocou pessoas para serem ouvidas diretamente. Com base em tais elementos, ofereceu denúncia contra os envolvidos. O Tribunal Regional Federal da 2ª. Região concedeu *Habeas Corpus* para trancamento da ação penal, sob o fundamento de que o Ministério Público exorbitara de sua função. Os Ministros Néri da Silveira e Maurício Corrêa conheceram e deram provimento ao recurso, para que se desse prosseguimento à ação penal. Os Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio não conheceram do recurso, por entenderem que o Ministério Público não tinha competência para promover inquérito administrativo para apurar conduta criminosa de servidor público. Na seqüência, o Ministro Carlos Mário Velloso não conheceu do recurso por razão totalmente diversa. Assim, a ementa do acórdão, relatado pelo Ministro Nelson Jobim, a seguir transcrita, não expressa, a rigor, o consenso que se formou:

> O Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos;

> pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC 81326) interposto por um delegado de polícia do Distrito Federal contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que validou atos investigatórios promovidos pelo Ministério Público do Distrito Federal. O então ministro Nelson Jobim reformou a decisão do STJ para tornar insubsistente convocação de delegado de polícia para depor junto ao Ministério Público do Distrito Federal. Em seu voto o antigo Ministro Relator afirmou:

> A polícia judiciária deverá ser exercida pelas autoridades policiais com o fim de apurar as infrações penais e sua autoria, e o inquérito policial é o instrumento de investigação da polícia. É um procedimento administrativo destinado a subsidiar o MP na instauração da ação penal. A legitimidade histórica para a condução do Inquérito Policial e a realização das diligências investigatórias é de atribuição exclusiva da polícia.
> O controle externo da polícia concedido ao MP pela Constituição foi regulamentado pela Resolução nº 52/97 do Conselho Superior do Ministério Público Federal. Esses diplomas, no entanto, não lhes deferiram poderes para instaurar inquérito policial. A CF/88 dotou o MP de poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial. A norma constitucional não completou, porém, a possibilidade de o mesmo realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, mas sim requisitar a diligência nesse sentido à autoridade competente. Assim decidiu a Segunda Turma no julgamento do RE 233.072.

Ao atar as mãos do Ministério Público, o Supremo Tribunal Federal nessa decisão certamente deu um passo atrás, configurando um verdadeiro retrocesso social. O Ministério Público agindo diretamente na investigação no âmbito criminal somente tem a ajudar a sociedade e a manutenção da ordem jurídica.

Com exceção da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1571-1-DF, todas as decisões foram das Turmas do STF, inexistindo decisão plenária sobre o tema com a atual composição da Suprema Corte. Espera-se, no entanto que o STF tome como exemplo e argumentos o entendimento muito pacífico do STJ, uma vez que é uma necessidade do Estado Constitucional Democrático de Direito ter um Ministério Público fortalecido e atuando de maneira a combater a criminalidade vigente no país. O Tribunal guardião da Constituição deve preocupar-se primeiramente com os valores democráticos e constitucionais a fim garantir a sociedade a presença de tal instituição com a força que merece, pois presta relevantes serviços a coletividade.

3.4 O *Parquet* investigador

Após a análise da posição da jurisprudência, cumpre esclarecer que, quando existe o sustento da possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público, inclusive de maneira outorgada pela Constituição, o faz o Ministério Público com legitimidade o suficiente, concorrendo com outros setores integrantes da conformação orgânica do Estado, a exemplo das próprias polícias, das Comissões Parlamentares de Inquérito, da Fazenda Pública (em crimes contra a ordem tributária) e do Judiciário (nos crimes falimentares e nos praticados por seus membros).

Historicamente, as investigações criminais entestadas pela instituição situam-se no campo da macrocriminalidade. É um fato concreto no país que o crime evoluiu, organizou-se, estatizou-se, profissionalizou-se, ou seja, assumiu outras e novas modalidades. Paralelamente, o crime entrou na veia estatal, numa emaranhada rede de corrupção e de tráfico de influências, de tal maneira que a sua apuração já não pode ser feita à base antiga. São os chamados "crimes de colarinho branco", que ousam desafiar a máquina do Estado e miram como principal vítima a própria sociedade. Em outras palavras, a vida seguiu e o nosso sistema criminal parou no tempo e no espaço.

São fatos como o narrado no parágrafo anterior que criam a necessidade de uma apuração dos fatos de tal sorte que não deixem brechas, que concretizem resultados e conclusões efetivos. É aí onde aparece o Ministério Público, muito bem legitimado pela Constituição, vêm suprir essa necessidade, esse vácuo da segurança pública, já que seus membros são agentes políticos do aparelho estatal que gozam das garantias da vitaliciedade e inamovibilidade, imunes a injunções indevidas e a influências externas capazes de mitigar ou inviabilizar as apurações.

Sabe-se que o sistema presidencialista brasileiro, nesse aspecto foi extremamente sábio, pois além de adotar o mecanismo de freios e contrapesos oriundos da tripartição dos poderes, exigindo harmonia entre eles, criou e estruturou o Ministério Público como Instituição de defesa da sociedade, garantindo-lhe independência e posicionando-o como órgão essencial à função jurisdicional. A verdade é tanta que a Constituição enumera diversas funções, ditas institucionais, inerentes ao Ministério Público, exemplo do artigo 129, além de ao final do mesmo,

deixar claro sua exemplificatividade, permitindo a legislação ordinária à fixação de outras funções, desde que compatíveis com a sua finalidade constitucional.

Nome presente na memória quando se fala de Direito Constitucional, Alexandre de Moraes (2006, p. 553) esclarece brevemente a questão do Ministério Público:

> Ao erigir o Ministério Público como garantidor e fiscalizador da separação de poderes e, conseqüentemente, dos mecanismos de controles estatais (CF, art. 129,II), o legislador constituinte conferiu à Instituição função de resguardo ao *status* constitucional do cidadão, armando-o de funções, garantias e p0rerrogativas que possibilitassem o exercício daquelas e a defesa destes.

Destarte, a teoria dos poderes implícitos é incorporada pelo nosso ordenamento jurídico, pela qual no exercício do seu papel constitucional, o órgão ministerial deverá dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas. Explicitando bem, o Ministério Público tem o reconhecimento de competências amplas que possibilitem e facilitem o pleno exercício de sua missão constitucionalmente aceita, mas dominada pelas proibições encontradas no mesmo texto.

Parece claro que o poder investigatório criminal não poderia ser afastado dessas atribuições implícitas, com o escopo de produzir provas necessárias, combatendo, principalmente a criminalidade organizada e a corrupção, nos casos que entendam imprescindíveis, os membros do *parquet*, órgão titular da ação penal, deverão evitar o engessamento, procurando investigar a fundo, em busca da verdade dos fatos, com respeito ao devido processo legal e todos os outros princípios derivados, lembrando sempre da dignidade da pessoa humana.

Não reconhecer ao Ministério Público seus poderes investigatórios em âmbito criminal é diminuir sua efetividade na atuação em defesa dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Claro que não se fala em poderes sem limites, desde que o poder investigatório do *parquet* não é avesso a controles. É necessário perceber que tal poder deriva diretamente da Constituição e dela não se deve afastar. Ou seja, é no mesmo texto constitucional que lhe garante pleno exercício investigatório onde se encontram suas fronteiras e cada membro da Instituição que ultrapassar a linha desse terreno se responsabilizará por seus próprios abusos. Não confunda uma

instituição com alguns membros, que no exercício de suas funções, atuam como se fossem "donos do mundo e da verdade". O que não se pode permitir é, sob falsos pretextos, o afastamento da independência funcional do Ministério Público e a diminuição de suas funções.

Em verdade, não se pode, em uma nação como a nossa, permeada por dificuldades de toda ordem e submetida ao flagelo de uma criminalidade crescente, jogar fora a estrutura apuratória penal pré-processual do Ministério Público, instituição constitucionalmente resguardada com garantias e prerrogativas capazes de lhe conferir a autonomia e independência necessárias ao êxito do trabalho da persecução penal, e nessa esteira foi sensível o legislador constituinte quando conferiu às polícias judiciárias a apuração das infrações, mas não excluiu concorrentemente outros organismos, como o Ministério Público, de assumirem e desenvolverem a investigação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, o trabalho apresentou a possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público, corroborando os dispositivos da Carta Política Superior, moldando um texto a fim de assegurar à Instituição Ministerial os objetos necessários ao cumprimento de seus misteres, garantindo à sociedade no Estado Constitucional Democrático de Direito uma atuação segura e imparcial, bem como destemida, sem ser temerária, destinada à defesa do interesse público.

O Ministério Público é instituição a serviço permanente da sociedade, tendo o intuito de exigir, caso necessário for, a reparação de toda e qualquer lesão a direitos constitucionalmente protegidos.

Uma vez sendo o Ministério Público titular da ação penal pública, deve tomar para si, o ônus da prova de forma exclusiva, devendo a peça penal inaugural ser baseada em provas seguras e idôneas, colhidas em um respeito ímpar aos direitos e garantias fundamentais. Igualmente constatou-se que o inquérito policial não é peça imprescindível para o oferecimento da denúncia, contudo, nesta hipótese, necessário se faz, o membro do *parquet* responsável ter em mãos elementos que o habilitem a promover a competente ação. Então, sendo o inquérito policial peça prescindível, pode o Ministério Público oferecer denúncia com base em peças de informações que poderão ser formadas com base em diligências realizadas, direta e pessoalmente, pelo Ministério Público. Como já bem explicado, aquele que pode o mais, pode o menos, que é realizar as investigações criminais necessárias para viabilizar o curso da ação penal.

A sociedade mediante o poder constituinte originário deu ao Ministério Público a responsabilidade pela manutenção da ordem jurídica, e a mesma tem o total interesse na apuração de um fato criminoso que demonstra um divórcio de um dos seus membros com toda a comunidade social, sendo, conseqüentemente a investigação criminal direta pelo Ministério Público um corolário lógico da sistemática constitucional vigente.

Não se trata assim de um Ministério Público irresponsável, pois esse não interessa à sociedade, mas sim aquele que importa é o que agride a grande criminalidade, na qual seus membros se utilizam das maneiras mais sórdidas e

rasteiras para abusarem do poder que exercem no Estado, lesam os cofres públicos e de quebra, toda a coletividade. Ora, excessos existem em todas as instituições, no Brasil, o Ministério Público persegue sim, mas dentro do devido processo legal assegurando ampla defesa e o contraditório. Talvez isso esteja incomodando alguns setores do poder público do Estado e também a iniciativa privada.

Portanto, a investigação criminal direta pelo Ministério Público, deve ser enxergada não somente como um poder-dever por parte da instituição, mas sim, ser lida como uma garantia constitucional da sociedade que tem o direito subjetivo público de exigir do Estado as medidas necessárias para reprimir e combater as condutas lesivas à ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum acadêmico de direito*. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BENFICA, Francisco Vani. *O Juiz, o Promotor, o Advogado, seus poderes e deveres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BITTENCOURT, João Alexandre Netto. *Investigação preliminar: Polícia Judiciária ou Ministério Público*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 557, 15 jan. 2005. Disponível em : < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6188>. Acesso em: 29 ago. 2007.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

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

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais : Teoria Geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ministério Público e Poder Investigatório Criminal. Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1055>. Acesso em: 02 out. 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PONTES, Manuel Sabino. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: uma crítica aos argumentos pela sua inadmissibilidade. Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8221>. Acesso em: 02 out. 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7.ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.