

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

LEANDRO BEZERRA GOMES

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA
FASE PRÉ-PROCESSUAL

SOUSA
2015

LEANDRO BEZERRA GOMES

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA
FASE PRÉ-PROCESSUAL

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares.

SOUSA

2015

LEANDRO BEZERRA GOMES

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA
FASE PRÉ-PROCESSUAL

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares.

APROVADO EM: 27/11/2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares
Orientador

Prof^a: Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Prof^a: Vaninne Arnaud de Medeiros

SOUSA
2015

Esta monografia aos meus pais, Francisca e Nesinho, e a minha namorada, Elykerlyane, e a toda minha família, que são os grandes responsáveis por essa conquista.

Dedico

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado força e paciência para resistir às dificuldades que enfrento todos os dias.

A minha mãe Francisca, exemplo de honestidade e dedicação, que sempre me apoiou nos meus projetos de vida.

Aos familiares, pai, irmãos, cunhados, sobrinhas e todos os demais pelo incentivo prestado durante todo o curso.

A minha namorada, amiga e companheira Elykerlyane, pelo apoio e carinho dados.

Ao meu professor e orientador Dr. Jardel, o qual me guiou e auxiliou neste trabalho. Agradeço a paciência e o apoio que me foi dado.

Aos colegas de curso que me ajudaram nesta pesquisa, enviando artigos, jurisprudências e tirando dúvidas.

Aos amigos do Tribunal de Justiça da Paraíba (4ª Vara da Comarca de Cajazeiras): Rafaela, Charles, Dr.^a Silse, “Corrinha”, Dânia e Antonieli. Agradeço a confiança e o conhecimento transmitido.

Aos professores, diretores, coordenadores e funcionários da UFCG-CCJS.

“Ninguém é proprietário do saber humano. Na longa via do aprendizado, somos todos peregrinos. O caminhante de hoje é o guia de amanhã. De alguma forma os que ensinam aprendem, e os que aprendem, de alguma forma, ensinam.”

(Edilson Mougnot Bonfim)

RESUMO

No presente trabalho científico se analisa a possibilidade de realização de investigações criminais por parte do Ministério Público. Como objetivos da pesquisa, procura-se demonstrar que as investigações criminais não são exclusivas da polícia judiciária; bem como não são uma violação ao sistema acusatório e que existe respaldo legal para tal função por parte do Ministério Público. Para tanto, comparou-se os principais argumentos contra e a favor e verificou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a respeito da controvérsia. Analisou-se as principais disposições constitucionais e infraconstitucionais. Através de um estudo no direito comparado em países como Alemanha, Argentina, Paraguai, Portugal e Itália, chegou-se a conclusões a respeito da temática, uma vez que a legislação estrangeira, não raras vezes, é parâmetro para atualização das leis brasileiras. A fim de melhor compreender o tema, realizou-se um breve estudo sobre alguns conceitos importantes, tais como: persecução penal, investigação preliminar, sistema acusatório e polícia judiciária. Além disso, destacou-se um estudo sobre o inquérito policial e suas principais características, tendo em vista ser a forma por excelência das investigações na seara criminal. Elencou-se as funções do Ministério Público na Constituição Federal de 1988 e na Lei orgânica dessa instituição. Citou-se também outros códigos para embasar a função investigatória a exemplo do Código de Processo Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os métodos utilizados na pesquisa foram: quanto ao método de abordagem, aplicou-se o dedutivo, que visa o estudo das premissas do tema, especificando-se com o seu desenvolvimento; quanto ao método de procedimento empregou-se o comparativo e quanto à técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica, sendo utilizados livros, artigos científicos, conteúdos advindos da internet, que embasaram o referencial teórico deste trabalho. Por conseguinte, a pesquisa examinada tem a finalidade de confirmar a problemática a ser solucionada: é possível a realização de investigação criminal conduzida pelo Ministério Público na fase pré-processual. Por fim, a partir das argumentações das posições abordadas, chegou-se à conclusão de que há possibilidade e legalidade de tais investigações.

Palavras-Chaves: Ministério Público. Investigação. Polícia Judiciária.

ABSTRACT

In the scientific work analyzing the possible realization of criminal investigations by the Prosecutor Office. The goal of this research seeks to show that criminal investigations aren't exclusive by the judicial police, as it's not a violation to prosecution system and there legal support for this function in the Prosecutor Office. Therefore, we compared the main arguments that are similar and against and check understanding by the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court about the controversy. We analyzing too the main constitutions dispositional and unconstitutional. Through a study in the comparative law in countries like German, Argentina, Paraguay, Portugal and Italy we conclude about the subject since foreign law, sometimes, it's parameter for the upgrade brazilian law. To better understanding our purpose, we did a brief study about the important concepts, for example: criminal prosecution, preliminary investigation, accusatory system and judicial police. Beyond, we expanded a study on the police investigation and it's main characteristics, it's a aiming to be the excellence way the investigations in the criminal realm. We list the functions of the Prosecutor Office in the 1998 Brazilian Federal Constitution in the organic law of this institution. Also mentioned other codes to support the investigative function, for example, the Brazilian Code of Criminal Procedures and the Statute for Children and Adolescents. The methods of this research consist in approach method, we apply deductive, which is the study of the subject premises, specifying to their development; about the method procedure we used to the comparison's research technique, we used to the bibliographic, we using books, scientific articles, contents of net to compose theoretical of this work. Finally, the study confirms the problem to be solved: it's possible be made criminal investigation conducted by Prosecutor Office before the procedural stage. From the arguments of the covered positions, we conclude that there is a possibility and legality of these investigations.

KEY WORDS: Prosecutor Office. Investigation. Judicial Police.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART ARTIGO

CF CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CPP CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

ECA ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

LOMP LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

STF SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	13
2.1	A Persecução Penal	13
2.2	Fase Pré-Processual: A Investigação Criminal Preliminar	15
2.3	Polícia Judiciária	17
2.4	Sistema Acusatório	20
2.5	Inquérito Policial	23
2.5.1	Conceito	23
2.5.2	Características	24
3	O MINISTÉRIO PÚBLICO	29
3.1	Fase Histórica	29
3.2	As Funções Institucionais na Constituição de 1988	32
3.3	O Ministério Público na Investigação Criminal	34
3.3.1	Argumentos Contra	35
3.3.2	Argumentos a Favor	37
3.4	O Ministério Público no Direito Comparado	42
3.4.1	Itália	43
3.4.2	Portugal	44
3.4.3	Alemanha	44
3.4.4	Paraguai	45
3.4.5	Argentina	46
4	ENTENDIMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES	48
4.1	Supremo Tribunal Federal	48
4.2	Superior Tribunal de Justiça	55
5	CONCLUSÃO	60
	REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Um dos pontos mais polêmicos do meio doutrinário e jurisprudencial é a investigação criminal pelo Ministério Público, eis que há uma nítida divisão de posicionamentos na doutrina e na jurisprudência.

O principal fator dessa divergência é a interpretação do artigo 144, § 1, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, uma vez que se alega que a polícia federal tem a exclusividade da investigação criminal, dispondo o citado artigo que a ela compete exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da união.

No mesmo sentido, o artigo 144, § 4º, também da Constituição, reza que 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. Logo, diante da interpretação literal de tais dispositivos, o sistema jurídico pátrio não teria outorgado ao Ministério Público tal possibilidade por não a prever expressamente.

Alega-se ainda que essa possibilidade é uma violação ao sistema acusatório, o que desequilibra a igualdade entre as partes do processo. Além disso, usa-se o argumento de que este órgão seria parcial, por isso poderia conduzir a investigação no sentido de colher provas apenas para condenar o réu.

A controvérsia chegou ao Poder Judiciário e foi amplamente debatida, tendo o Supremo Tribunal decido acerca da matéria recentemente. No âmbito do poder legislativo, também foi analisada a Proposta de Emenda Constitucional nº 37 que tentou solucionar a questão.

Durante esta pesquisa, inicialmente, far-se-á uma breve explanação de conceitos importantes para a compreensão do tema, tais como: persecução penal, investigação preliminar, polícia judiciária. Um estudo sobre o inquérito policial também permitirá conhecer a forma das atuais investigações no âmbito criminal.

Em seguida, abordar-se-á a origem do Ministério Público e de suas funções institucionais na Constituição Federal de 1988. Realizar-se-á um estudo de direito comparado tendo com base os seguintes países: Alemanha, Argentina, Portugal, Paraguai e Itália.

A fim de enriquecer a discussão acerca do tema, confrontar-se-á os principais argumentos contrários e a favor à investigação criminal pelo *parquet* e citar-se-á os

principais autores. Por fim, serão colacionados alguns importantes julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a respeito da problemática levantada.

Esta pesquisa justifica-se pela sua importância jurídica e social, uma vez que a possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público amplia a proteção da sociedade. Dessa forma, quanto mais órgãos da persecução penal atuarem de forma conjunta para combater a criminalidade cada vez mais crescente e organizada, maior a segurança dos cidadãos e do sentimento de justiça. Diante da divergência do tema, também é válida a análise que será realizada neste trabalho, como forma de incentivar outros acadêmicos, e a sociedade como um todo, a debaterem e proporem sugestões para melhora do sistema jurídico.

Portanto, como objetivo geral, a presente pesquisa visa analisar a possibilidade de investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, notadamente na fase pré-processual. Como objetivos específicos: demonstrar que a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público não caracteriza violação ao sistema acusatório; verificar a legalidade constitucional da investigação pelo Ministério Público; mostrar que a atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária.

Diante desta explanação, este trabalho levanta o seguinte problema: é possível a realização de investigação criminal conduzida pelo Ministério Público na fase pré-processual?

O método de abordagem utilizado será o dedutivo. Logo, utiliza-se uma cadeia de raciocínio descendente, da análise geral para a particular, até a conclusão. Dessa forma, procura-se confirmar a possibilidade de investigação pelo Ministério Público partindo da ideia geral contida no complexo geral de suas funções Institucionais e outras legislações pertinentes ao tema. O procedimento utilizado será o método comparativo, uma vez que serão realizadas comparações com a finalidade de verificar semelhanças e explicar divergências a respeito da temática. A técnica de pesquisa aplicada será a indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, sendo utilizados livros, artigos científicos, jurisprudências e sites da internet.

O trabalho a ser analisado terá seus objetivos desenvolvidos em três capítulos, que serão brevemente explanados a seguir para melhor compreensão do objeto de estudo em construção.

O primeiro capítulo tratará da investigação criminal, da persecução penal, do conceito de investigação criminal e persecução penal. Visando melhor compreensão do tema, abordará também o conceito de polícia judiciária e suas atribuições. Além disso, será feito um estudo sobre o sistema processual acusatório, finalizando de forma detalhada o conceito de inquérito policial e suas características.

O segundo capítulo versará sobre o Ministério Público, suas funções institucionais e seu papel na investigação criminal sob o viés constitucional e processual penal, verificando os argumentos a favor e contra às investigações por este órgão e também fará um estudo do direito comparado.

Finalmente, o terceiro capítulo abordará o conflito de entendimento jurisprudencial com relação à legalidade e a possibilidade de realização de investigações pelo Ministério Público.

Diante disto, durante o desenvolvimento da pesquisa se conhecerá quais os principais argumentos contra e a favor da investigação pelo Ministério Público e quais são seus autores. Verificar-se-á quais dispositivos embasam a possibilidade de tais investigações e qual a tese que prevalece no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Por fim, poder-se-á constatar se é ou não possível o *parquet* realizar investigações criminais e se elas são exclusivas da polícia judiciária.

2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A investigação criminal é a fase na qual se busca indícios de autoria e materialidade delitiva. É um dos momentos mais importantes da persecução penal, tendo em vista que nela se colhe os primeiros elementos que podem subsidiar a futura ação penal.

As investigações também são importantes porque preservam os primeiros elementos do crime que poderiam se perder. Além disso, evitam processos desnecessários e injustos, pois muitos casos já são dispensados da análise judicial ainda nesse momento da persecução penal.

O capítulo que se segue tem por escopo analisar o sistema processual penal acusatório e o inquérito policial, abordando as suas características, com a finalidade de no decorrer do trabalho entender os argumentos contra e a favor da investigação pelo Ministério Público.

A fim de se concatenar as idéias de maneira lógica e organizada, sempre observando o foco central do trabalho, é imprescindível uma breve explanação do que é persecução penal, investigação preliminar, fase pré-processual e polícia judiciária.

2.1 A Persecução Penal

A história do processo penal mostra que, inicialmente, o sistema utilizado era o acusatório privado. Assim, legitimava-se o ofendido ou qualquer pessoa do povo a promover a acusação contra aquele que desrespeitava a norma penal. O Estado ficava inerte ao conflito, deixando para o ofendido a tarefa de realizar a acusação. Porém, tal sistema deixava a desejar à persecução penal, pois aquele ofendido não tinha os recursos suficientes para realizar todos os atos inerente ao mister acusatório e a impunidade dominava. Às vezes, a vingança acabava movendo as pessoas a promover a ação penal, deixando a justiça de lado. (RANGEL, 2012)

Nesse sentido, ensina Ferrajoli (2002, p. 455) que:

Com a afirmação do caráter público do direito penal e da sua função de prevenção geral dos crimes além da mera função de vingança, também a acusação perdeu progressivamente sua natureza privada originária e assumiu natureza e modalidade inteiramente públicas [...]

Superada essa fase, o Estado tomou para si o monopólio da persecução penal, e, com o cometimento da infração penal, além da vítima ele também é lesionado. Dessa forma, surge o direito-dever de exercer o *jus puniendi*, com a imposição da respectiva sanção àqueles que infringem o mandamento penal proibitivo. “Essa atividade, denominada persecução penal, é o caminho que percorre o Estado-Administração para satisfazer a pretensão punitiva, que nasce no exato instante da perpetração da infração penal”. (BONFIM, 2013, p. 142)

Ao discutir o direito-dever do Estado de aplicar à pena, Beccaria (1999, p. 42) afirma que o direito de punir pertence às leis e não aos cidadãos:

O direito de punir não pertence a nenhum cidadão em particular; pertence às leis, que são o órgão da vontade de todos. Um cidadão ofendido pode renunciar à sua porção desse direito, mas não tem nenhum poder sobre a dos outros.

Segundo as lições de Mirabete (2000) a persecução penal procura tornar efetivo o *jus puniendi* resultante da prática do crime a fim de se impor ao seu autor a sanção penal cabível. O autor ainda define a persecução penal como sendo a ação de perseguir o crime. Portanto, somado a ideia da ação da justiça para punição ou condenação do responsável por infração penal, em processo regular, inclui ela os atos praticados para capturar ou prender o criminoso, a fim de que se veja processar e sofrer a pena que lhe for imposta.

Conclui-se que são duas as fases da persecução penal, quais sejam: a fase pré-processual, onde se encontra as investigações, e a fase processual propriamente dita, tendo como pressuposto o recebimento da denúncia ou queixa. Dessa forma, a soma dessa atividade investigatória com a ação penal promovida pelo Ministério Público ou ofendido dar-se o nome de persecução penal. Portanto, a persecução penal engloba as investigações criminais, que são realizadas antes da fase pré-processual, e também a fase processual que é realizada em juízo.

Ao tratar dessa divisão da persecução penal, Bonfim (2013, p. 142) acrescenta a execução penal como uma terceira fase:

A *persecutio criminis* dividi-se em três fases: investigação preliminar (compreende a apuração da prática de infrações penais, com vistas a fornecer elementos para que o titular da ação penal possa ajuizá-la), ação penal (atuação junto ao poder judiciário, no sentido de que seja aplicada condenação aos infratores, realizando assim a concretização dos ditames do direito penal material diante de cada caso concreto que se apresentar) e execução penal (satisfação do direito de punir estatal, reconhecido definitivamente pelo poder judiciário). (grifo no original)

A persecução penal é iniciada com a *notitia criminis*, que consiste na comunicação feita a órgãos da persecução penal sobre a prática de uma infração penal, tendo por finalidade provocar a instauração da fase investigatória da persecução penal.

Sendo, portanto, a investigação uma das fases da persecução penal, passe-se a analisar esse instituto mais detalhadamente tendo em vista que sua compreensão e localização são essenciais para os próximos capítulos, uma vez que um dos objetivos da pesquisa é justamente provar que a atividade investigatória na seara penal não é exclusiva de um órgão.

2.2 Fase Pré-Processual: A investigação Criminal Preliminar

Conforme anteriormente exposto, cabe ao Estado a aplicação de pena ao transgressor da norma jurídica. Assim, havendo notícia da suposta ocorrência de uma transgressão, será necessário agir de modo a buscar, primeiro, a apuração do fato, a fim de certificar ser fundada a suspeita. Dessa forma, é preciso assegurar um meio pelo qual o Estado cumpra com sua função sem que, no entanto, cause inúmeras injustiças, a exemplo da condenação de pessoas inocentes, na impunidade de quem seja realmente culpado ou mesmo evitar o constrangimento de um processo penal desnecessário. Esse meio é a investigação penal onde se busca indícios de autoria e materialidade delitiva. Isso demonstra a importância que têm as investigações para a persecução penal e para a sociedade em geral, pois através delas muitos casos desnecessários são dispensados da análise judicial.

Nessa linha de raciocínio, Marques (1998, p. 139) define que:

A investigação penal é atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a preparar a ação penal. Daí apresentar caráter preparatório e informativo, visto que seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisito nihil est quam information delicti*. (grifo no original)

Desta maneira, conclui-se que o conteúdo das investigações é meramente técnico, destinado a informar ao órgão titular da ação penal ou ao particular, tendo apenas conteúdo informativo a respeito do provável autor do delito e a narrativa fática. A investigação é uma fase que antecede a instrução criminal onde se busca elementos para servirem de base para preparar a ação penal.

É importante lembrar a distinção entre investigação e instrução criminal: a investigação tem como objeto colher elementos de autoria e materialidade que sejam suficientes e viáveis para formar a *opinio delicti* e propor a ação se for o caso, destinando-se ao Ministério Público no caso de ação penal pública. Enquanto que o objeto da instrução visa dar suporte probatório para convencimento do magistrado, sendo uma base para a acusação ou rejeição da denúncia. Portanto, fica evidente que o objeto da investigação se encontra na fase pré-processual e o da instrução na fase processual. Expressa o doutrinador Aury Lopes Júnior (2014, p. 37) sobre o significado de investigação preliminar:

Pode ser considerada como um inter, uma situação intermediária que serve de elo de ligação entre a *notitia criminis* e o processo penal. Valorativamente, possibilita, com a investigação, a transimilitude (imputação/indiciamento) e posterior probabilidade (índicios racionais), necessária para adoção de medidas cautelares e para receber a ação penal. (grifo no original)

Nessa definição o autor mostra a importância das investigações para um futuro recebimento da ação penal e para a adoção de medidas cautelares antes do início do processo, tendo em vista que na fase preliminar, a qual se inicia com a comunicação do suposto fato delituoso, se colhe elementos probatórios mínimos de autoria e materialidade, aumentando a probabilidade de deflagrar a ação penal, constituindo uma verdadeira ponte de ligação com a fase processual.

Insta salientar que o Estado exerce seu poder de polícia quando pratica atos de investigação, sendo esta o mero exercício do seu poder de cautela, exercido

através da polícia, para preparar ação penal e impedir que se percam elementos de convicção sobre o delito cometido. (MARQUES, 1998)

Ao falar da investigação, Oliveira (2011, p. 53) afirma que:

A fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Exatamente por isso se fala em fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação. (grifo no original)

Vê-se que a investigação é uma fase que antecede a instrução criminal em que se buscam indícios de autoria e materialidade, objetivando a veracidade dos fatos. A sua natureza guarda dependência com o órgão que a exerce, podendo ser administrativa ou judicial, no caso do órgão pertencer ou não ao poder judiciário. Enquanto que para Marques (1998) a investigação é uma atividade estritamente administrativa, que também pode ser feita por órgãos não administrativos. Dessa forma, em razão do órgão que a dirige, há três formas ou espécies de investigação: administrativa, legislativa e judiciária. Sendo a administrativa dividida em investigação policial e administrativa em sentido estrito. Para o autor, o inquérito policial é a forma por excelência da investigação.

Sendo um dos objetivos específicos dessa pesquisa mostrar que a atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária, é de grande relevância conceituar o que é polícia judiciária e definir suas atribuições. Além de que, para que melhor se entenda o inquérito policial, o sistema acusatório e as investigações preliminares, não poderia deixar de ser abordado ainda no primeiro capítulo.

2.3 Polícia Judiciária

A Constituição Federal de 1988 expõe que a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos órgãos policiais que discrimina: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis e polícias militares e corpos de bombeiros auxiliares.

A polícia é função e instrumento essencial do Estado, utilizado para garantir a segurança pública, limitando coercitivamente e preventivamente o exercício de atividades individuais, a fim de garantir o bem geral e o interesse público. Portanto, o poder de polícia que o Estado exerce pode incidir em duas áreas de atuação: na administrativa (segurança) e na judiciária.

Cumprindo a função administrativa tem caráter preventivo, garantindo a ordem pública e impedindo a prática de fatos que possam lesar ou pôr em perigo os bens individuais ou coletivos; na função judiciária tem caráter repressivo, sendo que após a prática de uma infração penal recolhe elementos que o elucidem para que possa ser instaurada a competente ação penal contra os autores do fato. Logo, a chamada polícia judiciária, estadual ou federal, se distingue da polícia preventiva porque atua em face do fato criminoso já ocorrido.

Em que pese a principal diferença que se costuma apontar entre as duas estar no caráter preventivo da polícia administrativa e no repressivo da polícia judiciária, destaca Di Pietro (2011, p. 119) que:

A diferença não é, no entanto, absoluta, pois a polícia administrativa tanto pode agir preventivamente (como, por exemplo, proibindo o porte de arma ou a direção de veículos automotores), como pode agir repressivamente (a exemplo do que ocorre quando apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator). No entanto, pode-se dizer que, nas duas hipóteses, ela está tentando impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade; nesse sentido, é certo dizer que a polícia administrativa é preventiva. Mas, ainda assim, falta precisão ao critério, porque também se pode dizer que a polícia judiciária, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventiva em relação ao interesse geral, porque, punindo-o, tenta evitar que o indivíduo volte a incidir na mesma infração.

Assim, a polícia judiciária tem esse nome porque prepara a persecução penal que será levada a juízo por meio da ação penal, funcionando como um órgão auxiliar do juízo e do Ministério Público. Pratica atos de investigação e organiza a instrução provisória chamada de inquérito policial. Frise-se que a polícia judiciária não exerce função jurisdicional embora a serviço da justiça penal, sendo sua atividade investigatória, como foi dito é simples procedimento cautelar do Estado para que não se perca elementos do crime. Portanto, a polícia judiciária tem uma atividade cautelar de investigação a serviço da justiça penal, mas não exerce atividade jurisdicional. Essa polícia é de grande importância para a persecução penal preliminar, pois é ela que tem o primeiro contato com a fase investigatória.

Sobre o não exercício de função jurisdicional por parte da polícia judiciária, Mirabete (2000, p. 75) ensina que:

Originariamente, o artigo 4º do CPP mencionava o exercício das autoridades policiais no território das respectivas "jurisdições", embora as funções exercidas pela Polícia Judiciária sejam sempre, em caráter estrito, administrativas e não jurisdicionais, sendo ela mero auxiliar da Justiça, atuando na área de sua circunscrição. Por isso, em nova redação dada ao citado artigo, dispôs: "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria" (art. 1º da Lei nº 9.043, de 9-5-1995). (grifo no original)

Isto posto, nos termos do artigo 4º do CPP¹, cabe à polícia judiciária, exercida pelas autoridades policiais, a atividade destinada à apuração das infrações penais e da autoria por meio do inquérito policial, preliminar ou preparatório da ação penal.

A Constituição Federal atribui à polícia federal a competência para exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União e atribui às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, a incumbência das funções de polícia judiciária, em geral, e apuração das infrações penais, ressalvadas as infrações militares e a competência da União. Enquanto que a polícia militar é um órgão com função de polícia preventiva que tenta com sua presença ostensiva evitar a ocorrência do ilícito. Diante disto, reza o art. 144 da CF, *in verbis*:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos.

[...]

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

[...]

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

[...]

§ 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.

Ressalta-se, desde já, que apenas no caso da polícia federal quanto à polícia judiciária da União, o princípio que rege a atividade policial é o da não exclusividade,

¹ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

² Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência,

ou seja, admite-se que mais de um órgão apure infrações penais, o que, aliás, é do interesse público. “A investigação é função primordialmente exercida pelas polícias judiciárias. Essa é a regra, à qual se impõe exceções.” (BONFIM, 2013, p. 146).

A lei atribui funções de investigação a outros órgãos, tal como ocorre com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35) e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), que instituíram sistemas especiais de apuração de infrações penais de crimes praticados por magistrados ou membros do Ministério Público, respectivamente. Além desses, possuem poderes investigatórios as Comissões Parlamentares de Inquérito, no âmbito do Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Distrital e Câmaras Municipais. (GRECO FILHO, 2012)

Como uma das teses contrárias à plausibilidade de investigações criminais pelo *parquet* é que tal seria uma violação ao sistema acusatório, faz-se necessário um estudo sobre esse sistema, tendo em vista que ele rege as regras do direito processo penal e a posição das partes e suas funções, bem como os direitos dos envolvidos na relação processual.

2.4 Sistema acusatório

O sistema acusatório é um dos pilares do sistema de garantias individuais encontrados na Constituição de 1988. Esse sistema impõe à jurisdição penal algumas regras e princípios, para que a relação processual não se desnature transformando-se em simples procedimento para o Estado condenar o acusado. Na definição de Rangel (2012, p. 148):

Sistema acusatório público é aquele em que a imputação penal é feita por órgão distinto do juiz, em regra Ministério Público, estabelecendo, assim, um *actum trium personarum*, dando-se ao acusado o status de sujeito de direitos com exercício da ampla defesa e do contraditório e não o tratando como mero objeto da investigação. (grifo no original)

A estrutura marcante desse modelo processual é o: “*actum trium personarum*”, ou seja, três personagens de funções bem definidas: Estado, autor e réu. Dessa forma, representam uma estrutura triangular do processo penal que é

essencial para que seja garantida a equidistância do estado-juiz em relação aos interesses conflitantes. “De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação.” (FERRAJOLI, 2002, p. 454)

Além dessa relação tripartida, acrescenta o fato do acusado ser um sujeito de direito e não mero objeto da investigação como é tratado no sistema inquisitivo. Sendo sujeito de direitos está em pé de igualdade de condições com a acusação, o que implica na igualdade das partes na relação processual como uma consequência do princípio do contraditório e da ampla defesa previsto taxativamente na Constituição Federal.

O juiz é uma peça-chave para um processo penal justo, pois como sujeito imparcial que é, mantém-se distante do interesse das partes e presta a devida tutela jurisdicional, dando a cada um aquilo que é seu. O seu papel é manter-se equidistante das partes para manter sua imparcialidade, conscientizando-se que se movimentar e determinar provas auxiliará em geral para a acusação, pois ao réu há possibilidade de ser absolvido pela insuficiência de provas. (ABADE, 2014)

Diante do exposto, ressalta-se o cuidado que o magistrado deve ter ao movimentar as provas para que não se transforme em um auxiliar da acusação, pois ao réu sempre existe a possibilidade da absolvição pela insuficiência de provas, chegando a defender que ao juiz deve ser vedada a incumbência de busca de provas para que não se desnature o sistema, transformando-se em um auxiliar da acusação, prejudicando dessa forma o réu e seu direito diante do não cumprimento do papel da acusação que tem o ônus de provar a imputação que faz ao acusado em juízo. Não pode o juiz, advirta-se, tomar o lugar das partes na produção da prova. Ele tem um papel complementar de esclarecer dúvida sobre ponto essencial à demonstração da verdade. (TÁVORA; ALENCAR, 2013)

É importante frisar que no Brasil o sistema acusatório não é puro, pois o magistrado não é um espectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, podendo conceder habeas corpus de ofício, decretar prisão preventiva, bem como ordenar e modificar medidas cautelares. “[...] mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos aquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide.” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 124)

Isto posto, resta analisar a função do réu nessa relação triangular. O réu exerce sua defesa técnica contra a pretensão do autor, que em regra é o Ministério Público que exerce a persecução penal em juízo. Possui diversos direitos fundamentais, sendo alguns deles o direito ao contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. Através dessa presunção o réu não precisa provar fato negativo, pois tal é papel da acusação que se não possuir provas cabais para a incriminação, a consequência será a absolvição.

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional, do devido processo legal, da garantia do acesso à justiça, da garantia do juiz natural, do tratamento paritário das partes, da ampla defesa, da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios e da presunção da inocência.

Teve suas raízes na Grécia e na Roma, depois houve um retrocesso, perdendo espaço para o sistema inquisitivo que teve seu auge na idade média por influência da Igreja Católica, conforme observa Abade (2014, p. 23):

O modelo acusatório predominou durante a Antiguidade nas civilizações grega e romana até a Idade Média, entrando em declínio a partir do século XII, quando o modelo baseado na Inquisição da Igreja Católica passou a ser considerado dominante e superou o modelo acusatório.

Caracterizando o sistema acusatório nesse contexto histórico, descreve Tourinho Filho (2010, p. 113):

Até o século XII, o processo era de tipo acusatório: não havia juízo sem acusação. O acusador devia apresentar aos Bispos, Arcebispos ou Oficiais encarregados de exercer a função jurisdicional a acusação por escrito e oferecer as respectivas provas. Punia-se a calúnia. Não se podia processar o acusado ausente.

Após esse período inquisitorial, ressurgiu com a consolidação do Estado Constitucional e com a contemporânea aceitação da internacionalização dos direitos humanos, o que solidificou o devido processo legal e os direitos fundamentais dos indivíduos sujeitos ao processo penal, sendo de grande importância para essa volta as revoluções na Inglaterra e na França.

A doutrina majoritária entende que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema acusatório, em que pese alguns resquícios inquisitórios, diante da sistemática constitucional atual.

2.5 Inquérito Policial

2.5.1 Conceito

Por ser instrução provisória e fase preparatória da ação penal, o inquérito policial tem suas peculiaridades que precisam ser estudadas nesse trabalho. Além disso, como já visto, constitui por excelência a forma da investigação.

Com os elementos investigatórios que integram essa instrução provisória, o inquérito fornece ao Ministério Público os elementos necessários para formar a suspeita do crime, ou *opinio delicti*, que levará aquele órgão a propor a ação penal. Com os demais elementos probatórios, ele orientará a acusação na colheita de provas a realizar-se durante a instrução processual. Nas lições de Capez (2012, p. 111), o inquérito policial:

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.

O texto deixa claro que o inquérito é um procedimento administrativo pré-processual realizado pela polícia judiciária, objetivando a apuração de indícios de autoria e materialidade de uma infração penal. O destinatário imediato é o Ministério Público para que este possa formar sua *opinio delicti*, no caso de ação penal pública, ou ao ofendido em caso de ação penal privada. O destinatário mediato é o juiz que fará uso das informações colhidas para receber a denúncia ou decretar medidas cautelares na fase pré-processual. Trata-se também de importante instrumento na persecução criminal, tendo em vista que nele estará contido o resultado das investigações realizadas em busca de autoria e materialidade do alegado fato criminoso.

Em que pese ser utilizado pelo Ministério Público para formar sua *opinio delicti* e pelo juiz para analisar a necessidade de decretação de medidas cautelares,

as informações nele contida não vincula esses órgãos, conforme ensina Greco Filho (2012, p. 103):

O inquérito policial não é nem encerra um juízo de formação de culpa ou de pronúncia, como existe em certos países que adotam, em substituição ao inquérito, uma fase investigatória chamada juizado de instrução, presidida por um juiz que conclui sua atividade com um veredicto de possibilidade, ou não, de ação penal.

Como visto anteriormente, o sistema adotado no Brasil é considerado acusatório e nele o juiz é considerado órgão imparcial, mas não estático da persecução diante dos poderes que lhe são conferidos, podendo decretar prisões cautelares nessa fase pré-processual. Sendo assim, existem resquícios do sistema inquisitivo o que faz com que não se tenha um sistema acusatório puro, pois o magistrado não está totalmente afastado da fase preliminar, embora não presida o inquérito, pois tal função é atribuída à autoridade policial.

2.5.2 Características

Para garantir a eficiência das investigações e dos direitos e garantias fundamentais dos investigados, o inquérito policial tem suas características próprias. A existência prévia de uma investigação evita a instauração de um processo penal sem fundamento, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando um custo desnecessário para o Estado, assim como futuro controle jurisdicional por constrangimento ilegal do investigado.

Enfatizando as características do inquérito Policial, Oliveira (2007, p. 32) as enumera:

As características do inquérito policial são classificadas da seguinte forma: dispensável, sigiloso, escrito, movido de oficialidade e indisponibilidade, discricionariedade, inquisitivo, revestido, ainda, de outros elementos condicionais, nesta linha de raciocínio será abordado sucessivamente todas as características conforme a ordem em tela. Portanto, não existe ampla defesa e contraditório no inquérito policial, apenas colheita de possíveis indícios de autoria e materialidade, sendo peça de informação dispensável.

Em que pese não existir a ampla defesa assegurada constitucionalmente, Lopes Júnior (2014) observa que é errado dizer que não há direito de defesa no

inquérito, uma vez que ele existe ainda que não tenha a eficácia que a constituição exige. Devendo-se isso a forma que o inquérito é conduzido restringindo-se o espaço para a defesa técnica atuar no seu interior, limitando-se a uma defesa exógena ao habeas corpus e ao mandado de segurança que em uma análise mais profunda representam o exercício do direito de defesa fora do inquérito. Dentro dele existe basicamente a possibilidade de solicitar diligências, conforme limites impostos nos termos do art. 14 do CPP².

A característica de dispensabilidade do inquérito policial encontra-se no art. 12 do CPP³, pois se os elementos que baseiam a denúncia ou a queixa forem colhidos de outra forma, não se exige a instauração de inquérito, tanto é que podem ter por bases inquéritos não policiais. Isso se verifica sempre que a notícia-crime dirigida ao Ministério Público contenha elementos suficientes para a imediata propositura da ação penal. Da mesma forma, se com a representação forem trazidos dados suficientes para acusar, o Ministério Público deverá propor a acusação em juízo. “Da leitura de dispositivos que regem a persecução penal preliminar, a exemplo art. 39, §5º, CPP, podemos concluir que o inquérito não é imprescindível para a propositura da ação penal.” (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 108)

Outra característica que merece destaque é o Sigilo do inquérito policial, dispondo o art. 20 do CPP⁴ que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. É de grande importância para o êxito das investigações e da preservação da figura do indiciado, evitando-se um desgaste daquele que é presumivelmente inocente. Tal princípio tem como objetivo torná-lo sigiloso a terceiros estranhos à persecução e principalmente à imprensa, objetivando evitar condenações prévias pela opinião pública, com a publicação de informações falsas, que muitas vezes não se confirmam na fase processual. “Não é demais afirmar, ainda, que o sigilo no inquérito policial deverá ser observado como forma de garantia da intimidade do investigado, resguardando-se, assim, seu estado de inocência.” (CAPEZ, 2012, p. 118)

² Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

³ Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

⁴ Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes.

Frise-se que jamais haverá um sigilo total, pois em algumas situações excepcionais, a própria Constituição ressalva a possibilidade de se restringir a publicidade. Além disso, como já citado, o artigo 20 do CPP diz que o mesmo será exercido nos limites necessários à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Assim, dispõe o art. 5º, inciso XXXIII da CF, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIII – Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo sejam imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Esse comando legal flexibiliza ainda mais o caráter sigiloso do inquérito, uma vez que em relação às informações contidas em órgãos públicos, e aqui se encontra as delegacias de polícia, não deve existir impedimento quando estas forem de interesse do particular, com exceção dos casos de preservação da segurança da sociedade e do Estado. A ressalva é pertinente, tendo em vista que o interesse público se sobrepõe ao interesse particular. Por conseguinte, o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), art. 7º, inciso XIV, assegura ao advogado o direito de:

Art.7º. São direitos dos advogados:

[...]

XIV - Examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

O advogado é indispensável à administração da justiça, tendo direito ao acesso amplo aos elementos de prova já documentados em procedimentos investigatórios realizados com competência de polícia judiciária, podendo examinar mesmo sem procuração autos do inquérito policial, porém este direito se limita no interesse e na defesa de seu constituinte. É importante destacar, ainda, que o sigilo não se estende ao Ministério Público, que pode acompanhar os atos investigatórios, e nem ao poder Judiciário.

Outra característica é o caráter escrito do inquérito. O art. 9º do CPP⁵ dispõe que todas as peças do inquérito policial serão reduzidas a escrito. Isso indica que o procedimento deve ser materializado, ou seja, ter seus atos reduzidos a termo. A doutrina não diverge nessa característica e afirma que o inquérito policial deve ser escrito, já que é um procedimento administrativo que é destinado a fornecer elementos ao titular da ação penal. Diante dessa finalidade, não se concebe a existência de uma investigação verbal.

Um fator importante para a fase de investigação encontra-se no teor do artigo 405, § 1º no CPP, *in verbis*:

Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

Aqui o legislador acompanhou a evolução tecnológica e agora os atos produzidos oralmente que devam ser reduzidos a termo podem ser utilizados como ferramentas complementares, o que possibilita a gravação de som e imagem na oitiva das testemunhas, do ofendido e de qualquer suspeito. Tais mecanismos servem para dar maior segurança ao material probatório que venha a surgir no processo investigatório.

No que tange a característica da oficialidade, o inquérito é um procedimento realizado por órgão público oficial, isto é, pela polícia judiciária, ficando proibido ao particular, mesmo nos crimes de ação penal privada. Refere-se ao fato do inquérito policial ser um procedimento instaurado, em regra, de ofício, ou seja, não depende de provocação da parte ofendida ou de outro órgão, assim como é de instauração compulsória, a partir da notícia da infração penal. Porém, a exceção ocorre nos casos de infrações penais de ação penal pública condicionada e de ação penal privada, pois nestes casos é preciso da representação e a requisição da parte ofendida. “[...] princípio da oficialidade, que significa ser a persecução penal uma função primordial e obrigatória do Estado.” (NUCCI, 2009, p. 32)

Outra característica é a indisponibilidade, significando que uma vez instaurado, este não pode ser paralisado indefinidamente ou arquivado. A lei processual prever prazos para a conclusão do inquérito e proíbe a autoridade policial

⁵ Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

de mandar arquivar os autos. Se o membro do Ministério Público requerer o arquivamento de um inquérito policial, a decisão é submetida ao Juiz, como fiscal do princípio da indisponibilidade, que, discordando das razões invocadas, deve remeter os autos ao procurador-geral. “É também indisponível, pois, uma vez instaurado regularmente, em qualquer hipótese, não poderá a autoridade arquivar os autos (art. 17).” (MIRABETE, 2000, p. 78)

Além dessas, o inquérito também se caracteriza pela discricionariedade. Para o inquérito não há o rigor procedimental da fase processual. O delegado pode atender ou não aos requerimentos patrocinados pelo indiciado ou pela própria vítima, fazendo um juízo de conveniência e oportunidade quanto à importância do que lhe foi solicitado. “O delegado de polícia conduz as investigações da forma que melhor lhe aprouver.” (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 103)

Por último, resta analisar a inquisitorialidade do inquérito, característica oriunda dos princípios da obrigatoriedade e da oficialidade da ação penal. As atividades persecutórias ficam concentradas nas mãos de uma única autoridade que age de ofício, empreendendo com discricionariedade as diligências necessárias ao esclarecimento do crime e sua autoria. Na fase pré-processual não há oportunidade para o exercício de contraditório ou da ampla defesa. Tal tem suas vantagens, pois permite agilidade nas investigações, otimizando a atuação da autoridade policial. Ao tratar dessa característica, Tourinho Filho (2010, p. 258) destaca:

O inquérito também é inquisitivo. Fácil constatar-se-lhe esse caráter. Se a Autoridade Policial tem o dever jurídico de instaurar o inquérito, de ofício, isto é, sem provocação de quem quer que seja (salvante algumas exceções); se a Autoridade Policial tem poderes para empreender, com certa discricionariedade, todas as investigações necessárias a elucidação do fato infringente da norma e a descoberta do respectivo autor; [...]

Importante lembrar que não se aplica no inquérito policial o contraditório, previsto na CF, que assegura a bilateralidade do processo. O princípio do contraditório significa que todos os atos do processo devem ser realizados de modo que a parte contrária, em igualdade de condições, possa deles participar. O mesmo só é válido a partir do processo judicial, tendo em vista que no inquérito não há um acusado e sim um indiciado, sendo que tal garantia constitucional é assegurada ao acusado que está respondendo um processo judicial. “O inquérito policial deve ser constitucionalizado para permitir certo nível de contraditório e direito de defesa; e assim por diante.” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 106)

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é uma instituição permanente, com as funções de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Gozando de diversas garantias constitucionais, tornou-se um órgão de destaque da Constituição Federal de 1988.

De grande importância jurídica e social, é por natureza legal o fiscal da lei. Nos últimos anos, discute-se a possibilidade do mesmo conduzir investigações no âmbito criminal diante do seu complexo de funções institucionais elencadas na lei maior e nas leis que regem a sua atuação.

Neste segundo capítulo será feita uma abordagem do Ministério Público como instituição jurídica e social, analisando seu conceito conforme a Constituição e as doutrinas jurídicas. Serão abordados seus princípios e garantias no intuito de entender como funciona perante a sociedade brasileira, iniciando o capítulo com um breve histórico dessa instituição.

Além disso, analisar-se-á os argumentos a favor e contra a possibilidade de investigação criminal pelo *parquet*. Por fim, será feita uma análise de direito comparado para verificar a atuação do Ministério Público e da polícia judiciária no que diz respeito às investigações criminais nos países que serão elencados.

3.1 Fase Histórica

Segundo o magistério de Mazzilli (1996) não há um consenso em relação ao surgimento do Ministério Público, porém a maioria dos estudiosos alegam que a sua fonte está situada no Egito Antigo, há cerca de quatro mil anos como trabalhadores do Estado real, conhecido como *magiaí* (funcionário real), que possuía inúmeras funções como exemplo os castigos aos rebeldes e reprimir os infratores e proteger os cidadãos pacíficos, eram conhecidos como a língua e os olhos do rei. Porém, outros vislumbram na Antiguidade Clássica as principais características da instituição, como por exemplo, os *eforos* de Esparta, os *tesmotetas* gregos ou até mesmo o 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.

É comum apontar a origem da Instituição nos advogados e procurados do rei (*les gens du roi*) que, antes do século XVI, eram apenas os representantes dos interesses privados do monarca, perante os tribunais. Com o tempo, o papel desses representantes aumentou, tornando-se agentes do poder público junto aos tribunais. Nesse contexto, ao procurar as raízes do Ministério Público, o que se faz, é tentar de alguma forma identificar funções de fiscalização de atos ilegais em cargos de agentes da época, fato inerente ao Ministério Público de todos os tempos.

Ainda na linha desse raciocínio, a origem mais aceita da instituição esta no direito francês, no personagem dos procuradores do rei, nascidos e feitos no judiciário da França os procuradores do rei tinham certa independência em relação aos juízes, constituindo-se uma magistratura diversa da dos julgadores. Daí o significado ao Ministério Público da França: *parquet*, que significa assoalho, isto porque os procuradores do rei se dirigiam aos seus 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.

Mostrando a inegável influência da doutrina francesa na história do Ministério Público, discorre Mazzili (1996, p. 5):

A menção a *parquet* (assoalho), muita usada com referência ao Ministério Público, provém dessa tradição francesa, assim como as expressões *magistrature débout* (magistratura de pé) e *lés gens du roi* (as pessoas do rei). Com efeito, os procuradores do rei (daí *lés gens do roi*), antes de adquirirem a condição de magistrados e de terem assento ao lado dos juízes, tiveram inicialmente assento sobre o assoalho (*parquet*) da sala de audiências, em vez de terem assento sobre o estado, lado a lado à *magistrature assisse* (magistratura sentada). Conservam, entretanto, a *denominação parquet* ou de *magistrature débout*. (grifo no original)

No Brasil, a origem do Ministério Público encontra-se nas ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), que foram as propulsoras da delimitação funcional do Ministério Público. Sobre a Temática Rangel (2012) explica que o Ministério Público brasileiro teve a sua fonte no direito lusitano com as ordenações Manuelinas e Filipinas, que foram vigentes no período colonial. São as ordenações Manuelinas em 1521 que fazem referência pela primeira vez ao promotor de justiça no Brasil. Já nas ordenações Filipinas consagradas em 1603, o promotor de justiça era nomeado pelo rei e chamado de promotor de justiça da casa

de suplicação. Foram essas codificações portuguesas que serviram como mola propulsora da delimitação funcional do *parquet*, uma vez que elas desempenhavam o papel de fiscal da lei e da justiça e também tinham o direito de promover a acusação criminal.

Com o advento da independência do Brasil, ocorrida em 1822 e com 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. Em 1832 acontecem algumas mudanças no Código de Processo Penal e nele se faz uma pequena referência ao Ministério Público postulando que poderia ser promotor de justiça aquelas pessoas que podiam ser juradas, preferencialmente, aqueles que fossem conhecedores das leis do Brasil. (RANGEL, 2012)

Em relação às Constituições Brasileiras anteriores, a mais democrática foi a de 1988, pois foi nela que o Ministério Público consagrou-se como instituição permanente e necessária à proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A Constituição do Brasil de 1988 define o Ministério Público, no caput do artigo 127, abordando suas demais características nos respectivos parágrafos primeiro e segundo da seguinte forma:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

Fica evidenciado dessa forma que o Ministério Público, na Constituição do Brasil de 1988, tem a natureza de um órgão especial não subordinado a nenhum dos poderes, mas de natureza estatal, cujo fim precípua repousa na defesa dos interesses mais relevantes da sociedade, ainda que a violação a tais interesses

provenha dos representantes dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário da República.

3.2 As Funções Institucionais na Constituição de 1988

As funções institucionais do Ministério Público estão definidas no artigo 129 da Constituição Federal, sendo obrigação do *parquet* velar por todas essas funções como agente político representante da sociedade. É importante não esquecer que o mesmo deve se prender não só a essas funções constitucionais, mas também à Lei orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625 de 1993), os tratados aceitos no Brasil e as leis que derem fundamento legal ao seu exercício funcional. Assim, é importante citar os incisos mais importantes do art. 129 da CF que tenham referência com a investigação criminal por este órgão:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público.

I- Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

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

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

VII- exercer notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-lo, na forma da lei complementar respectiva.

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

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

Diante do sistema acusatório adotado pelo processo penal brasileiro, a legitimidade para a propositura da ação penal pública é privativa do Ministério Público, somente podendo ser iniciada a ação penal pública por denúncia do órgão ministerial. Entretanto, excepcionalmente, se houver inércia do Ministério Público, poderá o ofendido agir em seu lugar como um substituto processual.

Isso decorre do princípio da obrigatoriedade da ação penal que é o exercício de um poder-dever, conferido ao *parquet*, de exigir do Estado-juiz a devida prestação jurisdicional, a fim de satisfazer a pretensão acusatória estatal,

restabelecendo a ordem jurídica violada. O exercício da ação penal é um dos momentos mais importantes da persecução. “Trata-se de um *munus* público constitucional conferido ao Ministério Público pela sociedade, através do exercício do poder constituinte originário”. (RANGEL, 2012, p. 130 - grifo no original)

Frise-se que não se pode confundir obrigatoriedade da ação penal com a sua proposição a qualquer custo, ou seja, sem um lastro probatório mínimo. Tratando do princípio da obrigatoriedade, Marques (1998, p. 55) faz a seguinte observação:

Os princípios que regem a instituição são estes: 1º O Ministério Público exerce a ação penal, mas dela não dispõe. Esse Princípio, profundamente ligado ao da legalidade, domina toda a ação pública tendente a obter a atuação da lei penal. Isso significa que sua missão fundamental é obrigatória e não pode depender de critérios de oportunidade, o que não impede a liberdade de juízo do Ministério Público sobre o fundamento da ação.

O texto é cristalino ao afirmar que não tem o Ministério Público, existindo elementos que viabilizam o exercício da ação penal, discricionariedade para oferecer denúncia ou não. Em que pese não haver essa discricionariedade, isso não significa que o *Dominus Litis* da ação penal pública não tenha liberdade para apreciar os requisitos sobre os fundamentos da ação, apenas que se existirem tais fundamentos não poderá deixar de propô-la. A obrigatoriedade surge diante da presença de um fato típico, ilícito e culpável e uma justa causa. “Isto não quer dizer, porém, que o Ministério Público não tenha que examinar a existência de dados probatórios sobre os elementos da infração”. (GRECO FILHO, 2012, p. 143)

Em relação à possibilidade de expedir notificações, trata-se de previsão constitucional de, no âmbito ministerial, haver procedimentos investigatórios próprios, possibilitando ao membro do Ministério Público realizar investigação preliminar preparatória da ação penal. Elas poderão ser feitas tanto no âmbito civil quanto penal.

Um caso muito comum que autoriza a instauração de procedimento administrativo pelo Ministério Público a fim de investigar a prática de crimes é a ocorrência de ilícitos penais praticados por policiais. Porém, tais investigações não podem e não devem ser feitas às margens da lei como se o Ministério Público quisesse a todo custo colher informações para sustentar suas ações penais. Logo, as provas vedadas, a liberdade individual, o princípio do promotor natural, o devido processo legal e os demais direitos fundamentais devem ser observados e

respeitados para que possa realizar investigações respeitando o Estado Democrático de Direito.

No que tange ao controle externo da atividade policial, a CF diz que o Ministério Público exercerá o controle externo da atividade policial, na forma que dispuser a lei complementar. Nesse caminho, foi editada a Lei Complementar nº 75/93, que disciplina a atividade do Ministério Público da União.

A referida lei não foi completa em relação a esse controle, limitando-se a defini-lo no que tange a legalidade da atividade policial, por meio de medidas judiciais e extrajudiciais. “Destarte, o legislador ordinário foi extremamente tímido ao manejar a Lei Complementar nº 75/93, no que permite ao controle externo da atividade policial.” (KAC, 2011, p. 160)

3.3 O Ministério Público na Investigação Criminal

Em outros sistemas, a investigação penal preliminar é de responsabilidade do Ministério Público, que a conduz diretamente, sendo a polícia sua auxiliar. “Atualmente, existe uma tendência de outorgar ao Ministério Público a direção da investigação preliminar, de modo a criar a figura do promotor investigador [...]” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 185)

Tradicionalmente, a função investigatória fica a cargo da polícia judiciária. Porém, analisando o sistema jurídico brasileiro, entende-se que o Ministério Público tem atribuição de investigar diretamente fatos, mas, nesse sentido, sua atuação é supletiva da polícia judiciária. A questão aqui reside em saber se, à luz do ordenamento jurídico vigente, o órgão ministerial tem ou não legitimidade para, através de seus próprios procedimentos, realizar diligências investigatórias com o objetivo de subsidiar a propositura de futura ação penal.

Diante disso, são vários os argumentos utilizados para anular a aptidão funcional do Ministério Público. Dito isto, passa-se a listar e analisar os argumentos contrários e, em seguida, entra-se propriamente na linha de defesa da presente pesquisa com os argumentos favoráveis.

3.3.1 Argumentos Contra:

Um dos argumentos contra tais investigações é a alegação de exclusividade da polícia judiciária para atividade investigatória, cabendo ao Ministério Público unicamente a requisição e fiscalização dessa atividade. Fundamenta-se tal posicionamento na interpretação do art. 144, § 4 da CF⁶, que disciplina a atuação da polícia civil, e no art. 129, incisos VII e VIII também da CF⁷, referentes às funções institucionais do Ministério Público que tratam do controle externo da atividade policial e a requisição de diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial. “[...] trata-se de decisão consciente do constituinte, que não desejou contemplar o *Parquet* com essa atribuição, preferindo conferi-la à polícia judiciária, minuciosamente, como fez no art. 144 da CF.” (BITENCOURT, 2011, p. 18)

O constitucionalista José Afonso da Silva (2011, p. 88) também se manifestou contrário ao declarar ser inconstitucional uma lei que possibilite tais investigações:

Será nitidamente inconstitucional, como qualquer lei ordinária ou complementar que atribua a função de polícia judiciária, vale dizer, de investigação na esfera penal, a qualquer outra autoridade, órgão ou instituição.

Utiliza-se também o art. 144, § 1, inciso IV da CF⁸, uma vez que confere à polícia federal a exclusividade de investigação criminal, dispondo que ela destina-se a “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da união”. Daí através de uma interpretação literal de tais dispositivos, verifica-se a atribuição de cada uma dessas instituições (Polícia e Ministério Público).

Outro ponto destacado pela doutrina diz respeito à suposta ausência de fundamento legal a respaldar tal atividade, afirmando-se que os artigos 129, inciso

⁶ Art. 144 [...] § 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.

⁷ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

⁸ Art.144 [...] § 1º: A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: [...] IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

VIII da CF e 26, inciso IV da LOMP⁹, possibilitam meramente ao Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. Dessa forma, inadmissível ampliar a atribuição do *parquet* a fim de contemplá-lo com a função investigatória, devendo-se restringir-se a literalidade de suas funções institucionais previstas na Constituição. “Nunca, em momento algum o constituinte autorizou o Ministério Público investigar diretamente infrações penais, o que se realizado consideramos flagrantemente ilegal.” (D’URSO, 2011. p. 114)

Nessa mesma linha de raciocínio, Nucci (2011, p. 53) afirma que:

Não há procedimento específico, previsto em lei, disciplinando a atividade investigatória criminal exclusiva do Ministério Público, de modo que não se pode suprir tal lacuna a pretexto de se promover uma interpretação sistemática do art. 129 da Constituição Federal.

Sustenta-se, ainda, o argumento da violação da imparcialidade do Ministério Público, que é responsável pela função da acusação. Logo, teria a tendência de escolher as provas no sentido de futura condenação. Ao tratar do comprometimento da parcialidade, Fragoso (2011, p. 97) dispõe que:

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

Salienta-se também que a investigação criminal promovida pelo órgão do Ministério Público violaria o princípio da igualdade, uma vez que a acusação teria tratamento especial em detrimento da defesa, ocasionando um desequilíbrio e, portanto, uma violação ao sistema acusatório. Nessa linha, o órgão acusatório seria uma espécie de superpoder dotado de prerrogativas e poderes que exorbitam os da defesa. “Se a investigação penal ficar concentrada nas mãos do Ministério Público isso resultará em um grande desequilíbrio de armas entre acusação e defesa, num claro prejuízo à Justiça e ao cidadão”. (COSTA, 2013, p. 01)

Ao tratar da investigação criminal pelo Ministério Público, Barroso (2004) sustenta que não é adequado reconhecer como natural o desempenho dessa

⁹ Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: [...] IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los.

atribuição pelo Ministério Público, com fundamento em normas constitucionais que dela não tratam.

3.3.2 Argumentos a Favor:

Com a devida vênia, os argumentos defendidos pela doutrina que inviabilizam as investigações criminais pelo Ministério Público, não merecem guarida, conforme será explicado.

No que tange ao argumento com base no artigo 144, § 1º, IV da Constituição, ou seja, o qual estabelece que compete à polícia federal “exercer com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União” não há procedência, uma vez que ao referir-se à exclusividade da polícia federal para exercer funções de polícia judiciária da União, apenas delimitou as atribuições entre as diversas polícias. Corroborando esse entendimento Strec e Feldens (2006, p. 88) destacam:

[...] o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviárias, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art.144. Daí por que, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil “apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas” (art.144, § 1º), pois que, no espectro da “polícia judiciária”, tal atribuição está reservada à Polícia Federal. (grifo no original)

Na mesma linha de pensamento, Lima (2007) afirma que não sendo a polícia judiciária detentora de exclusividade na apuração de infrações penais, nada obsta que o Ministério Público promova diretamente investigações próprias para elucidação dos delitos. O autor ainda refere-se ao parágrafo único do art. 4º do CPP¹⁰ que dispõe que a atribuição para a apuração de infrações penais não exclui a de autoridades administrativa, a quem por lei seja cometida a mesma função. Dessa forma, abre-se um precedente para que outros órgãos também possam investigar paralelamente a polícia judiciária e, assim, melhorando o combate a criminalidade

¹⁰ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

cada vez mais crescente na sociedade atual. Com esse posicionamento, cita-se a lição de Mirabete (2000, p. 75):

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 (3). Tem o Ministério Público legitimidade para proceder investigações e diligências, conforme determinarem as leis orgânicas estaduais. É, aliás, de sua atribuição, "acompanhar atos investigatórios junto a organismos policiais ou administrativos, quando assim considerarem conveniente à apuração de infrações penais, ou se designados pelo Procurador-Geral" e "assumir a direção de inquéritos policiais, quando designados pelo Procurador-Geral" onde não haja Delegado de Polícia de carreira (art. 15, incs. III e V, da Lei Complementar nº 40, de 14-12-1981 LONMP). 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.

Ressalta-se, ainda, o fato de que as investigações criminais podem ser presididas por outros órgãos que não a Polícia Judiciária, sem que nisso haja qualquer inconstitucionalidade. Exemplificando, cita-se a faculdade do Poder Legislativo de apurar ilícitos penais através das Comissões Parlamentares de inquérito. Além disso, quando um juiz de Direito ou um Promotor de Justiça se envolvem em algum crime, cabe ao tribunal de Justiça e à Procuradoria-Geral de Justiça, respectivamente, e não a polícia judiciária a tarefa de promover a apuração dos fatos. Poder idêntico tem o Legislativo, incumbido de fazer o papel de polícia judiciária de seus membros.

Revela-se mais patente o art. 201, inciso VII do ECA¹¹ (lei nº 8069/90) que estabelece a atribuição do Ministério Público instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção da infância e da juventude. Lembrando que as sindicâncias estão preponderantemente afetas à esfera criminal, no descobrimento de crimes e contravenções, sem prejuízo da investigação tendente a descobrir transgressão às infrações administrativas. Tudo isso demonstra a impossibilidade de prover-se em norma legal a exclusividade nas funções de polícia judiciária.

¹¹ Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...] VII - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude.

No que tange ao argumento da parcialidade das investigações realizadas pelo órgão ministerial, sobre o fundamento de que colheriam apenas aquelas no sentido de futura condenação, não deve prosperar. Como se sabe, a prova da fase investigatória, a exceção da prova técnica, deve ser reproduzida em juízo onde será analisada sua legalidade. Ademais, jamais seria uma presunção absoluta afirmar que o *parquet* teria atuação viciosa para a condenação. Aliás, se fosse uma instituição parcial seria tanto para um lado “positivo”, a exemplo de pedir absolvição, ou “negativo” pleiteando sempre no viés condenatório. Portanto, não há fundamento jurídico para afirmar que o Ministério Público seja parcial em detrimento do acusado. Dessa forma, Oliveira (2011, p. 87) sustenta a impossibilidade de se acolher o argumento da violação da imparcialidade do Ministério Público:

Em primeiro lugar, porque, ainda que se admitisse a contaminação, bastaria o afastamento do membro do *parquet* que dirigiu a investigação, isto é, bastaria distinguir, no âmbito da própria instituição, as funções de investigação e de acusação.

Em segundo lugar, porque a violação da imparcialidade está ligada à existência de fatos e/ou circunstâncias que possam revelar comprometimento prévio do órgão, seja em relação à causa, seja em relação às pessoas. É dizer, fatos e/ou circunstâncias que possam influenciar, para além das pré-compreensões presentes em todo ser humano, o agir do Ministério Público nas fases subsequentes.

De se notar, então, que a investigação empreendida pelo *parquet* não lhe impõe, previamente, determinada convicção. Ou seja, uma vez encerrada a investigação, tanto pode ele requerer o arquivamento, quanto o oferecimento de denúncia. Nada há que lhe condicione o agir, desta ou daquela maneira. Nesse sentido, se parcial fosse, tanto seria para o juízo negativo, quanto para o juízo positivo de acusação, o que parece suficiente a demonstrar a inexistência de parcialidade. (grifo no original)

Aliás, a respeito da participação de membro do Ministério Público na fase de investigação, o STJ reconhece, inclusive, a inexistência de suspeição ou impedimento para o oferecimento de denúncia, conforme Súmula nº 234, *in verbis*: “A Participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.” Diante do exposto, observa-se que não há comprometimento da imparcialidade do membro do Ministério Público pelo fato da condução de investigação criminal.

Não há o que se falar também em violação ao sistema acusatório e ao princípio da igualdade (paridade de armas) uma vez que as provas colhidas serão analisadas durante toda a persecução penal, ou seja, durante a fase pré-processual

e processual, pelo poder judiciário tal qual faz com as investigações policiais. Nessa linha de raciocínio, Lima (2011, p. 251) argumenta que:

Não há falar em violação ao sistema acusatório, nem tampouco à paridade de armas, porquanto os elementos colhidos pelo Ministério Público terão o mesmo tratamento dispensado àqueles colhidos em investigações policiais: serão de mera informação preliminar, apenas a servir de base para a denúncia, devendo ser ratificados judicialmente sob crivo do contraditório e da ampla defesa, para embasamento da eventual condenação de alguém.

Não merece guarida também o argumento de que inexistente lei para fundamentar a atividade investigatória do *parquet*, cabendo-lhe apenas requisitar diligências e a instauração do inquérito, devendo-se restringir-se a literalidade de suas funções institucionais. Ora, atente-se que o próprio artigo 129 da CF, de onde nascem as funções institucionais do Ministério Público, ao especificar um rol de funções, dispôs expressamente em seu inciso IX, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

IX -exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Essa norma constitucional sob apreço é uma cláusula de abertura que permite o exercício, pelo Ministério Público, de outras funções desde que estejam submetidas a três condições, quais sejam: proveniência legal da função, compatibilidade da função legalmente conferida com a finalidade institucional e vedação de qualquer função que implique a representação judicial ou a consultoria jurídica de entidades públicas.

Em relação à atividade investigatória, esta não guarda nenhuma relação com a proibição de consultoria de entidades públicas ou representação judicial. No que tange a necessidade de mandamento legal das funções, reza o art. 5º, inciso V, § 2º da lei complementar 75/93: “Somente a lei poderá especificar as funções atribuídas pela Constituição Federal e por esta Lei Complementar ao Ministério Público da União, observados os princípios e normas nelas estabelecidos.”

Essa lei complementar também trouxe outros dispositivos que embasam a possibilidade do Ministério Público poder investigar no âmbito criminal. Tais dispositivos só reforçam o entendimento que existe base legal para essa atividade tão importante para o pleno exercício das funções desse órgão. Neste sentido, em

consonância com a diretriz legislativa, o art. 8º da mesma lei complementar veio a estabelecer que:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

- I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;
- II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;
- III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;
- IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;
- V - realizar inspeções e diligências investigatórias;
- VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;
- VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;
- VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
- IX - requisitar o auxílio de força policial.

Dessa forma, concretiza-se legislativamente a pretensão constitucional por meio da lei complementar nº 75/93. No que diz respeito ao objeto do tema, o dispositivo infraconstitucional foi claro, afirmando caber ao Ministério Público nos procedimentos de sua competência realizar inspeções e diligências investigatórias.

Por fim, resta analisar se a realização de diligências investigatórias pelo Ministério Público encontra pertinência temática com suas atribuições funcionais, haja vista que, a teor do artigo 129, IX da CF¹², a validade material das funções institucionais conferidas ao órgão ministerial haveria de passar por um crivo de finalidade. Em outras palavras, deverá fazer-se relacionada a um fim para o qual o Ministério Público esteja constitucionalmente legitimado.

Nas lições de Streck e Feldens (2006, p. 81), a Constituição e as leis complementares supracitadas estão em perfeita consonância e guardam uma relação de meio-fim:

Resulta nítida a relação meio-fim exurgente do cotejo dos dispositivos legal (art.8º, V, da LC 7593, congruente à dicção do art. 26 da Lei 8.625/93) e constitucional (art.129, I, da CRFB), a dar acolhida, portanto, à terceira- e última- das condicionante impostas pelo art.129, IX, da Constituição.

¹² Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Aqui é importante lembrar a teoria dos poderes implícitos, a qual vem sendo aplicada no direito brasileiro e é utilizada como argumento a favor da possibilidade de investigação pelo Ministério Público, tendo várias precedentes nas cortes superiores. Ao aplicar a teoria dos poderes implícitos ao Ministério Público, Lima (2011, p. 252) constata que:

[...] Portanto, se a última palavra acerca de um fato criminoso cabe ao Ministério Público, porquanto é ele o titular da ação penal pública (CF, art. 129, inc. I), deve-se outorgar a ele todos os meios para firmar seu convencimento, aí incluída a possibilidade de realizar investigações criminais, sob pena de não se lhe garantir o meio idôneo para realizar a persecução criminal, ao menos em relação a certos tipos de delito.

Essa teoria surgiu na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no precedente *Mc Culloch vs. Maryland*, segundo a qual a Constituição, ao conceder uma atividade-fim a determinado órgão ou instituição, culmina por, implícita e simultaneamente, a ele também conceder todos os meios necessários para a consecução daquele objetivo. (LIMA, 2011)

3.4 O Ministério Público no Direito Comparado

Neste tópico serão abordadas algumas características da Investigação pelo Ministério Público em alguns países, com objetivo de dar sustentação ao objeto principal deste trabalho: a investigação criminal pelo Ministério Público. Afinal, não raras vezes, a legislação estrangeira é parâmetro para atualização das leis brasileiras.

A observação de alguns modelos de investigação em outros países possibilita reunir dados úteis para demonstrar que há uma tendência mundial em entregar a investigação criminal preliminar ao Ministério Público com auxílio da força policial. Dessa forma, trabalhando conjuntamente ambas as instituições contribuem para a melhora da investigação por parte do Estado.

O Ministério Público tem uma função preponderante na maioria dos países modernos, especialmente no combate aos crimes praticados por pessoas nas altas esferas do poder político ou econômico.

3.4.1 Itália

O Código de Processo Penal Italiano, de 24 de outubro de 1989, adotou um sistema processual penal acusatório, iniciando-se com a fase de investigações preliminares na qual existe um juiz de investigações preliminares, sem funções investigatórias, para assegurar uma garantia jurisdicional nas intervenções limitadoras da liberdade.

Tratando dessa primeira fase, explica Rangel (2012, p. 115):

[...] há o juiz do inquérito, que tem a função garantidora dos direitos fundamentais do indigitado, porém a acusação é feita pelo **Ministério Público, que é quem dirige e realiza as investigações necessárias ao exercício da ação penal** (art.326 do CPPI), ou requerer o arquivamento (art.408), ou, por último, formular a acusação (art.405). (grifo nosso)

A investigação se inicia com a notícia que o Ministério Público recebe da polícia judiciária sobre a prática de um crime, tendo ela o dever legal de comunicá-lo de todas as informações obtidas sobre a infração. Dessa forma, a polícia judiciária atua em integração com o Ministério Público, melhorando o desempenho de ambas. “Na fase das indagações preliminares, a polícia judiciária assume seguramente um posto importantíssimo e opera em estreita conexão com o Ministério Público, que é o titular no rumo das investigações”. (JANNONE, 2006, p. 01)

O Ministério público Italiano é um órgão imparcial e fiscal da lei que dirige e dispõe da polícia judiciária que é sua auxiliar, a qual tem como função assegurar as fontes de provas e a identificação das pessoas que são objeto de investigação. Ambos realizarão, no âmbito de suas respectivas atribuições, a investigação necessária para o termo inerente ao exercício da ação penal.

Isto posto, conclui-se que há uma tendência na Itália de entregar ao Ministério Público a condução das investigações policiais, destinando-se ao juiz a tarefa de garantir o exercício dos direitos mencionados na Constituição daquele País, pronunciando-se nessa fase apenas quando da necessidade de adoção de medidas cautelares.

3.4.2 Portugal

A Constituição da República Portuguesa promulgada em 02 de abril de 1976 prever expressamente que a estrutura do processo penal que adota é acusatório, prelecionando em seu artigo 32, número 5, que trata sobre as garantias do processo criminal, que “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.”

Ao tratar das investigações pelo órgão acusatório em Portugal, Sanguiné (2015, p. 14) lembra que:

A reforma do Código Penal Português de 1987 confiou plenamente à promotoria o essencial das funções de investigação. A partir daí, a primeira fase (preparatória) do processo, de estrutura acusatória, está constituída pelo inquérito, que constitui a fase de investigação anteriormente realizada pelo juiz de instrução. O inquérito abarca as investigações preliminares e abrange as investigações policiais sob a responsabilidade do Ministério Público, que deve conduzir as investigações com independência e imparcialidade. Durante a realização do inquérito, o MP conta com a colaboração dos órgãos de polícia e de funcionários do Ministério Público, ambos sob a sua orientação direta e em situação de dependência funcional.

Portanto, vê-se que o Ministério público português é encarregado das investigações, dirigindo diretamente o inquérito. Os órgãos de polícia criminal atuam sobre sua direta orientação e supervisão. A polícia, portanto, é um órgão auxiliar nas investigações, visando à averiguação da existência material do delito, de quem tenha sido o seu autor para a correta deflagração da ação penal e a sua responsabilização em juízo.

Verifica-se que, no direito português, o *parquet* pode exercer, diretamente, as diligências que entender necessárias para a propositura da ação penal, devendo respeitar os direitos e garantias fundamentais que sofrerão restrições apenas quando autorizadas pelo juiz instrutor.

3.4.3 Alemanha

Na Alemanha, o Ministério Público tem atribuição de receber a comunicação de crimes, iniciar a persecução da infração, dirigir a investigação penal, exercitar a ação penal, fiscalizar a execução das penas dentre outras funções. Além disso,

exerce o controle, fiscalização e direção do aparato policial, sendo a polícia sua auxiliar nas investigações. “[...] na Alemanha o Ministério Público tem o controle sobre as investigações penais, contando seu trabalho de persecução criminal com enorme desenvoltura e autonomia”. (KAC, 2011, p. 76)

Na Alemanha, portanto, o Ministério Público é o chefe da investigação criminal e tem a polícia como órgão auxiliar. Porém, como observa Sanguiné (2015, p. 10), este órgão possui limites na lei e na imparcialidade:

O Ministério Público é o dono e o senhor da instrução criminal, submetido ao princípio da legalidade e obrigado a investigar os fatos de forma imparcial. A polícia é, no processo penal, um órgão auxiliar que atua por ordem, direção e vigilância jurídica do Ministério Público, competindo àquela a tarefa principal de esclarecimento, vigiada e ordenada pelo Ministério Público.

É importante lembrar que, em que pese poder fazer as investigações diretamente, na maioria das vezes baixa instruções normativas a serem seguidas pela polícia e delega essa atividade. Geralmente assume a investigação em casos mais complexos como de criminalidade capital, crime do colarinho branco, crimes financeiros, terrorismo, entre outros.

3.4.4 Paraguai

O Paraguai adota o sistema acusatório puro sem juízo de instrução, com funções plenamente separadas entre acusar, julgar e defender. O Ministério Público é incumbido das investigações com a colaboração da polícia judiciária. “A polícia judicial é subordinada ao poder judicial e colabora diretamente com o Ministério Público”. (MELO, 2006, p. 01)

Ao Ministério Público é acometida a tarefa de dirigir a investigação e promover a ação penal pública, praticando todos os atos que se fizerem necessários, com auxílio da Polícia Nacional. O magistrado controla as investidas do órgão acusatório no que tange ao princípio da legalidade e determina as medidas cautelares urgentes.

O *parquet* através dos procuradores e dos seus órgãos subsidiários, lidera a investigação de infrações e promove a ação pública. Para este fim, toma todas as ações necessárias para preparar a acusação e participar no processo. Ele é

responsável pela gestão funcional e controle de funcionários e departamentos da polícia nacional.

A Polícia Nacional Paraguuaia tem a tarefa de intervir no primeiro momento para realização das investigações policiais prévias. Os funcionários e agentes da Polícia Nacional deverão informar ao Ministério Público e ao juiz quando da ciência da prática de fato delituoso.

Com o propósito de avançar e ter maior eficiência na luta contra o crime, criou-se um Guia de Atuação Preliminar Conjunta nas investigações de atos ilícitos, que é um documento que constitui um marco de orientação para o trabalho da Polícia Nacional e o Ministério Público para fomentar a coordenação entre ambas as instituições com o fim de melhorar a investigação penal. O guia resume regras básicas para a investigação.

3.4.5 Argentina

Na Argentina o Processo Penal é regulado pelo Código Nacional e por códigos provinciais, o que prejudica uma análise regular do Ministério Público. “[...] há que se ressaltar que no ordenamento jurídico argentino cada Estado (Província) pode ter seu diploma processual penal, o que dificulta para nós uma abordagem uniforme quanto à atuação do Ministério Público. (Rangel, 2012, p. 126)

O Código Nacional de 1991 prever o juizado de instrução dirigido por um juiz instrutor, responsável pela investigação criminal, podendo delegá-la ao Ministério Público. Desta forma, funcionaria um sistema misto na Argentina, uma vez que existiria o juizado de instrução e uma fase judicial posterior que assegura o contraditório e as funções de acusar, julgar e defender sendo exercidas por órgãos distintos.

Os códigos de algumas províncias entregam a atividade investigatória ao Ministério Público, a exemplo de Córdoba, Santiago *Del Estero* e Tucumã. A província de Buenos Aires é a mais importante do País e serve de paradigma. “Nas demais Províncias, a estrutura do Ministério Público é basicamente a mesma do Ministério Público Bonaerense [...]” (CAMINHA, 2004, p. 02). Nela a reforma do código ampliou as atribuições do Ministério Público, passando este a praticar a

investigação criminal e conduzir a polícia nessa tarefa. Ao tratar da reforma do código na província de Buenos Aires, ensina Kac (2011, p. 82) que:

Em Buenos Aires foi concretizada a reforma com a normatização e ampliação das atribuições dos membros do Ministério Público (Ministério Público Fiscal). De acordo com o texto da reforma, o Ministério Público além do pleno exercício da ação penal, passou a dirigir os trabalhos policiais em virtude de investigação penal e a praticar diretamente a investigação penal preparatória para deflagração da ação.

Diante disso, o Ministério Público da província de Buenos Aires dirige a investigação prévia com a colaboração da polícia. Ao juiz incumbe a tarefa de supervisão da fase investigativa, respaldando as garantias constitucionais e individuais, controlando o órgão ministerial no que diz respeito à verificação da legalidade.

Na Argentina, o Ministério Público esta sendo gradativamente atribuída a tarefa de investigação preliminar, com a extinção dos juizados de instrução, adotando-se, em consonância com os países mais avançados, o sistema acusatório puro.

4 ENTENDIMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Analisar-se-á neste capítulo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a respeito da viabilidade do Ministério Público conduzir investigações criminais, para ao final, firmar o posicionamento mais atual das referidas cortes no que tange a problemática em análise.

A matéria objeto da presente pesquisa já esteve em debate perante o Supremo Tribunal Federal em várias ocasiões, posicionando-se de forma divergente. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a corte já tem um posicionamento mais uniforme a respeito da polêmica.

Adiante, serão colacionados alguns julgados desses tribunais a fim de alcançar os objetivos deste trabalho.

4.1 Supremo Tribunal Federal

Ao contrário do Superior Tribunal de Justiça, no Supremo Tribunal Federal a questão é mais polêmica, mas a maioria dos ministros aceitam a possibilidade de investigação pelo Ministério Público. Recentemente, tomaram decisão definitiva acerca da temática e definiram a tese que será base para diversos processos em tramitação.

No julgamento do Habeas Corpus n° 83157/MT¹³ de 01.07.2003, o relator ministro Marco Aurélio concluiu, entretanto, que a instituição não tem poderes para tomar depoimentos e conduzir as investigações em matéria criminal, somente podendo agir assim nos inquéritos de natureza civil, conforme prever a CF.

Esse não é o entendimento que vem prevalecendo no STF, inclusive, já se proferiu decisão, em 13.12.2011, no Habeas Corpus n° 84965/MG, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, no qual traz importantes observações já elencadas nesta

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 83157/MT. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_83157_MT_1279082815558.pdf?Signature=ofd%20szXocnqzCm7Py5BPSCqslMRQ%3D&Expires=1446221896&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=3a281ea83ad6745edadbf35649c06b60>. Acesso em 15 de jun. 2015.

pesquisa que só reforçam o entendimento jurisprudencial das cortes superiores no que tange a possibilidade do órgão acusatório investigar:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL, AO ARGUMENTO DE ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INVESTIGATÓRIO PROCEDIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE NÃO-CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA.

[...] A celeuma sobre a exclusividade do poder de investigação da polícia judiciária perpassa a dispensabilidade do inquérito policial para ajuizamento da ação penal e o poder de produzir provas conferido às partes. Não se confundem, ademais, eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E esta atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial – simultâneo ou posterior. O próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, dispõe que a apuração das infrações penais e da sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. À guisa de exemplo, são comumente citadas, dentre outras, a atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), as investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (Lei 9.613/98), pela Receita Federal, pelo Bacen, pela CVM, pelo TCU, pelo INSS e, por que não lembrar, *mutatis mutandis*, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado. Convém advertir que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. O pleno conhecimento dos atos de investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14 desta Corte, exige não apenas que a essas investigações se aplique o princípio do amplo conhecimento de provas e investigações, como também se formalize o ato investigativo. Não é razoável se dar menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para as investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal. Disso tudo resulta que o tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. É que esse campo tem-se prestado a abusos. Tudo isso é resultado de um contexto de falta de lei a regulamentar a atuação do Ministério Público. No modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente, devendo a atuação dar-se de forma subsidiária e em hipóteses específicas [...] ¹⁴

Percebe-se no voto do ministro Gilmar Mendes que a apuração das infrações penais e de sua autoria por parte do Ministério Público é uma atividade preparatória condizente com a responsabilidade do poder acusatório e que não viola o sistema

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84965/MG. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21584993/habeas-corporus-hc-84965-mg-stf>>. Acesso em 15 de jun. 2015.

acusatório. Isso porque tal não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, uma vez que a investigação seja ela exercida pelo Ministério Público ou pela polícia, por sua própria natureza, é controlada e vigiada. Em síntese, está sujeita ao controle judicial, simultâneo ou posterior, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Assim, descabe o argumento de que as investigações conduzidas pelos membros do Ministério Público seriam arbitrárias ou menos formais das que as exigidas para as investigações policiais, ou ainda de que o princípio da ampla defesa seja mitigado apenas pelo fato de ser conduzida pelo titular da ação penal.

Lembra o ministro que as investigações não são exclusivas de um órgão, tanto que o art. 4º, parágrafo único, do CPP¹⁵, autoriza a apuração das infrações penais e de sua autoria a outras autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função, a exemplo das investigações pelas comissões parlamentares de inquérito, pela Receita Federal, pelo Tribunal de Contas da União e outros.

Além disso, faz a ressalva que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, porque seria uma agressão aos direitos fundamentais. Reconhece que há falta de legislação mais detalhada para esse tipo de investigação e que estas devem ser subsidiárias e em hipóteses específicas, não pretendo substituir a atividade policial.

As observações de Gilmar Mendes são importantes e estão em total consonância com o direito processual penal moderno estudado no direito comparado. Percebeu-se que a Itália, Portugal, Alemanha e outros países adotam o sistema acusatório assim como no Brasil e as investigações ficam a cargo do Ministério Público que trabalha em conjunto com a polícia, mas via de regra delega a função investigatória a esta, atuando principalmente em casos mais complexos.

Nesses países não há exclusividade da investigação de crimes pela polícia e nem violação ao sistema acusatório ou aos direitos e garantias do investigado pelo fato do órgão ministerial fazer parte dessa fase preliminar.

A ministra Ellen Gracie no Habeas Corpus nº 91661/PE também posicionou-se favorável a possibilidade de investigação pelo órgão ministerial, defendendo

¹⁵ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

inclusive que tal é consectário lógico de suas funções institucionais e reforçando sua tese com base na teoria dos poderes implícitos. Tal teoria vem sendo utilizada com frequência pelas nossas cortes superiores, como se vê no citado julgado:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBTATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA.

1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público.

[...]

5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti.

6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição_Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.

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

9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.¹⁶

O julgamento acima reflete o entendimento majoritário do STF ao entender que órgão Ministerial tem competência para colher elementos para formar sua *opinio delicti* tendo em vista que é o titular da ação penal pública. Conclui-se que essa busca de indícios de autoria e materialidade com a finalidade de justa causa e regular apuração dos fatos não significa retirar atribuições da polícia judiciária. Pelo contrário, tal atividade é apenas o resultado da harmonia das normas constitucionais dos artigos 129 e 144 da Constituição.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91661/PE. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=n%C2%B091661%2FPE>>. Acesso em 15 de jun. 2015.

Além disso, constata-se que não há obrigatoriedade do inquérito policial para que se alcance justa causa para a denúncia, tendo em vista que o *parquet* pode embasá-la por outras peças de informação diferente do inquérito.

Lembra a ministra que um dos princípios constitucionais da interpretação é a teoria dos poderes implícitos, segundo a qual quando se concede uma atividade fim também se concede os meios para alcançá-la. Dessa forma, se a Ministério Público lhe foi dada a atividade fim de promover a ação penal pública logo também lhe foi autorizado colher elementos de prova para tanto. Assim, colher depoimentos, investigar, requisitar são meios implícitos autorizados para o alcance e eficácia dessa importante função do órgão acusador.

Por fim, a ministra justifica a atuação do *parquet* no caso concreto, pois os supostos crimes teriam sido cometidos por policiais. Diante disso, sendo o Ministério Público responsável pelo controle externo da atividade policial é o mais adequado para investigar os fatos tendo em vista que é o fiscal dessa atividade e deve interferir sempre que necessário para o bom andamento dessa atividade a fim de evitar abusos e corporativismo.

O tema também foi analisado no Habeas Corpus nº 87610/SC de relatoria do ministro Celso de Melo, onde o mesmo sustenta que a investigação pelo Ministério Público é legítima e constitucional, de caráter concorrente e subsidiário e não privativa de polícia judiciária. A título ilustrativo, colaciona-se a ementa do referido Habeas Corpus:

HABEAS CORPUS - CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE CONCUSSÃO ATRIBUÍDOS A POLICIAIS CIVIS - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS AGENTES POLICIAIS - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AOS POLICIAIS - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO "PARQUET" - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. **NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO** . - O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter

pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a "informatio delicti". Precedentes . - A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito . - A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o "dominus litis", determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua "opinio delicti", sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes. A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL . - Ainda que inexistir qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "persecutio criminis in iudicio", desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA . - A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais . - Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público . - Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, **que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal.** Doutrina. [...] ¹⁷ (grifo nosso)

O ministro Celso de Melo nesse importante julgado lembra que o inquérito policial além de ser dispensável é destinado ao ministério público que é o *dominus litis* da ação penal pública, sendo que este é apenas um dos diversos instrumentos do Estado para investigação penal. Portanto, o fato de inexistir qualquer investigação pela polícia judiciária não prejudicaria a persecução penal em juízo pelo *parquet*, desde que este junte outros elementos de informação mínimos que o habilitem para a acusação penal, alcançando um lastro probatório mínimo para a denúncia.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87610/SC. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Habeas+Corpus+n%C2%B0+87610%2FSC>>. Acesso em: 15 de jun. 2015.

Conclui-se desse voto que a cláusula de exclusividade prevista no artigo 144, § 1º, inciso IV, da CF¹⁸, não inibe a atividade investigatória criminal pelo Ministério Público, tendo em vista que a mesma não tem esse propósito excludente e sim delimitador das próprias funções entre os diversos organismos policiais.

Além disso, verificou-se que função de polícia judiciária não é sinônimo de função de investigação penal, uma vez que são conceitos distintos e importantes que só reforça o poder investigatório do Ministério Público na seara criminal, porém como atividade subsidiária.

Portanto, o ministro Celso de Melo reconhece a legitimidade da função investigatória por esse órgão fazendo inclusive referência a teoria dos poderes implícitos e ao controle externo da atividade policial, uma vez que o caso em análise trata da suposta prática de crimes cometidos por policiais.

A questão em discussão foi apreciada recentemente (14 de maio de 2015) onde o Plenário do STF negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) nº 593727, posicionando-se definitivamente a respeito da controvérsia. Diante disso, a decisão tomada pela Corte será aplicada nos processos sobrestados nas demais instâncias, sobre o mesmo tema. No julgamento, os ministros chegaram à seguinte conclusão:

[...] o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade sempre presente no Estado democrático de Direito do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 14.05.2015.¹⁹

Portanto, o Supremo Tribunal Federal encerra a polêmica e reconhece a competência para o Ministério Público promover, por autoridade própria

¹⁸ Art. 144, § 1º: A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: [...] IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 593727. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>>. Acesso em 15 de jun. 2015.

investigações de natureza penal. Para tanto, elenca alguns requisitos que devem ser respeitados como: prazo razoável, respeito aos direitos e garantias que assistem qualquer indiciado ou qualquer pessoa sob investigação do Estado, a reserva constitucional de jurisdição e as prerrogativas dos advogados. Destacaram os ministros a possibilidade sempre presente do Permanente controle jurisdicional dos atos, que devem necessariamente ser documentados.

Esse julgado de grande importância só confirma o que já vinham sendo elencado nesta pesquisa: As investigações no âmbito criminal não são exclusivas da polícia judiciária, pois entender de forma contrária seria inviabilizar as investigações autorizadas expressamente pela constituição a outros órgãos. Além disso, as investigações conduzidas pelo Ministério Público jamais seriam totalmente diferente das que hoje realizam o procedimento da polícia judiciária, uma vez que em um estado democrático de direito os atos investigatórios não poderiam, independentemente do órgão que venha a realizá-la, deixar de serem documentados e controlados pelo poder judiciário.

Portanto, longe de querer subtrair ou inviabilizar as funções da polícia judiciária, o Ministério Público é apenas mais um órgão da persecução penal que trabalha conjuntamente com a polícia para o êxito das investigações. De fato, reconhece-se a falta de procedimento específico que determine os contornos dessa atuação. Porém, isso não autoriza a dizer que são arbitrárias, sem controle, parciais, uma afronta aos direitos e garantias fundamentais do investigado ou violação ao sistema acusatório. Afinal, existem os princípios basilares do Estado democrático de direito e procedimentos similares do órgão ministerial e de outros que servem de parâmetro para o Ministério Público.

4.2 Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que a Constituição Federal assegura ao Ministério Público o poder de realizar investigações no âmbito criminal. Nesse sentido a ministra Maria Thereza de Assis Moura, no agravo regimental no agravo de instrumento nº 1132450/DF afirma que “Encontra-se consolidado nesta Corte o entendimento no sentido de que, malgrado

seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder a investigações.”²⁰

Nessa mesma linha, o ministro Marco Aurélio Belizze em Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1316659-MG se posicionou a respeito da decisão do tribunal de Justiça de Minas Gerais que determinou o trancamento de ação penal, tendo em vista que a denúncia foi formulada com elementos provenientes de procedimento investigatório criminal promovido pelo Ministério Público de Minas Gerais:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. ATUAL ORIENTAÇÃO DO STJ E DO STF. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. O Ministério Público, por expressa previsão constitucional, possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo e conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar documentos e informações que entender necessários ao exercício de suas atribuições. Precedentes desta Corte e do STF.

2. A atuação do Ministério Público, no contexto da investigação penal, longe de comprometer ou de reduzir as atribuições de índole funcional das autoridades policiais - a quem sempre caberá a presidência do inquérito policial -, representa, na realidade, o exercício concreto de uma atividade típica de cooperação, que, em última análise, mediante a requisição de elementos informativos e acompanhamento de diligências investigatórias, além de outras medidas de colaboração, promove a convergência de dois importantes órgãos estatais incumbidos, ambos, da persecução penal e da concernente apuração da verdade real.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.²¹

Nessa ementa, o ministro Belizze mostra que o Ministério Público tem autorização constitucional para conduzir diligências investigatórias e que no contexto da investigação penal não tem a intenção de comprometer muito menos de reduzir as atribuições das autoridades policiais. Alias, reporta o que constatou-se no direito comparado, que ambas as instituições são órgãos do Estado e da persecução penal que devem trabalhar em conjunto na busca da verdade real.

No mesmo acórdão o ministro Marco Aurélio Belizze entendeu que o poder de investigar crimes também faz parte do complexo de funções institucionais do Ministério Público, pois tal poder se achar instrumentalmente vocacionado a tomar efetivo o exercício das competências que a Constituição outorgou:

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1132450/DF. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=agravo+regimental+no+agravo+de+instrumento+n%C2%B0+1132450%2FDF>>. Acesso em 20 de jun. 2015.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1316659-MG. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/40161368/stj-03-09-2012-pg-1059>>. Acesso em 20 de jun. 2015.

Entendo, por isso mesmo, que o poder de investigar, em sede penal, também compõe o complexo de funções institucionais do Ministério Público, pois esse poder se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Instituição, das competências que lhe foram outorgadas pelo próprio texto constitucional. É por isso que, a meu ver, reveste-se de integral legitimidade a instauração, pelo próprio Ministério Público, de investigação penal, atribuição que lhe permite adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais, bem assim ao pleno exercício das competências que lhe foram expressamente outorgadas pela Constituição Federal.²²

A ministra Laurita Vaz, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 15.351 – RS posiciona-se a respeito da temática:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ARGÜIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PUBLICO DE PRIMEIRO GRAU. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO FEITO PARA A APRECIAÇÃO E JULGAMENTO.

1. A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial, titular exclusivo da ação penal pública, proceder a coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria.

2. A competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Inteligência do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

[...] ²³

Nota-se do Julgado que a legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias tem base constitucional e infraconstitucional regulada pela lei complementar 75/93. A ministra afirma que é consectário lógico da própria função do órgão ministerial, como titular exclusivo da ação penal pública, proceder à colheita de elementos de convicção com o fim de elucidar a materialidade do crime e indícios de autoria.

A ministra lembra que a competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas, pois assim é a interpretação da inteligência do artigo 4º, parágrafo único, do código de processo penal, o qual funciona como uma

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1316659-MG. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/40161368/stj-03-09-2012-pg-1059>>. Acesso em 20 de jun. 2015.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 15.351 – RS. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Recurso+Ordin%C3%A1rio+em+Habeas+Corpus+n%C2%BA+15.351+%E2%80%93+RS+>>>. Acesso em 20 de jun. 2015

cláusula de abertura para que outras autoridades, a quem a lei seja acometida a mesma função, possam apurar infrações penais e sua autoria.

Neste mesmo sentido foi o julgamento do Habeas Corpus nº 60.976 - ES, em 04.10.2011, cujo relator foi o ministro Og Fernandes que entendeu como válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público com fulcro no art. 129, VI e VIII da Constituição Federal, art. 8º, II e IV da Lei Complementar nº 75/93 e art. 26 da Lei 8.625/93:

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. PRECLUSÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROCEDER INVESTIGAÇÕES. POSSIBILIDADE.

[...]

2. Esta Corte tem proclamado que, a teor do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal, e nos arts. 8º da Lei Complementar nº 75/93 e 26 da Lei nº 8.625/93, o Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode proceder investigações e efetuar diligências com o fim de colher elementos de prova para o desencadeamento da pretensão punitiva estatal, sendo-lhe vedado tão-somente realizar e presidir o inquérito policial.

3. Na espécie, a atuação direta do Ministério Público na fase de investigação se revelou indispensável, por se tratar de infração penal cometida no âmbito da própria polícia civil. A partir da notícia levada a efeito pelas vítimas, cumpria ao Parquet, no exercício de sua missão constitucional de titular da ação penal pública, apurar os fatos, de forma a assegurar, de maneira eficaz, o êxito das investigações.

4. Ordem denegada²⁴

Esse julgado deixa claro o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da possibilidade do Ministério Público proceder a investigações no âmbito penal com o fim de colher elementos para propositura de sua denúncia, fazendo apenas a ressalva de que é vedado apenas presidir inquérito policial. Logo, verifica-se que presidir inquérito policial e realizar investigações criminais são duas coisas diferentes.

O ministro afirma que a atuação do *parquet* na investigação foi indispensável no caso concreto por se tratar de infração penal cometido no âmbito da própria polícia civil. Enfim, como o Ministério Público é responsável pelo controle externo da atividade policial e para assegurar de maneira eficaz o êxito das investigações, as conduziu cumprindo sua missão constitucional de titular da ação penal pública e de fiscal da lei.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 60.976 – ES. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21061103/habeas-corpus-hc-60976-es-2006-0127763-1-stj/inteiro-teor-21061104>>. Acesso em 20 de jun. 2015.

Corroborando o entendimento pela possibilidade do *parquet* investigar, o ministro Félix Fischer da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 10974/SP, em 26.02.2002, afirma que não se pode negar competência para a prática de fatos investigatórios:

Não obstante o disposto no artigo 144, § 4º, da CF, o Parquet não é absolutamente proibido de praticar atos investigatórios. Não faria sentido, sendo essa instituição responsável, exclusivamente, pela ação penal pública – artigo 129, I da CF -que não pudesse praticar qualquer ato tendente à elucidação dos fatos. Se para o oferecimento da denúncia se exige um embasamento concreto quanto à materialidade e autoria do delito, isso significa que a atividade do órgão acusador depende diariamente de uma reconstituição bem feita do quadro fático. Sendo assim, não se pode negar sua competência para a prática de fatos investigatórios, embora não lhe seja permitido instaurar, formalmente, inquérito policial, pois esta é atividade atribuída à polícia judiciária. Não por acaso, a Súmula, 234/STJ dispõe que “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.²⁵

Verifica-se da leitura deste voto que não faz sentido o titular exclusivo da ação penal pública não poder praticar atos tendentes à elucidação dos fatos, ou seja, em outras palavras investigar. De fato, não é competente o *parquet* para presidir inquérito policial, pois é competência da polícia judiciária. Porém, isso não significa que não possa investigar para colher indícios de autoria e materialidade para que possa embasar a sua denúncia.

Consta-se também que é entendimento consolidado e sumulado no STJ que a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia. Portanto, não faz sentido o argumento do simples fato de ser membro do Ministério Público durante a investigação que o agente será parcial tendente à acusação. Até por que, como já foi dito nesse trabalho, se fosse parcial tanto poderia ser para um lado negativo de acusação quanto para um lado positivo de absolvição.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 10974/SP. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RHC_10974_SP_26.02.2002.pdf?Signature=QXRK_OIGSpM0232km5A7je08WwB0%3D&Expires=1446219977&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACA_XCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=f60fe36b502e0ea905622674b5431ec8>. Acesso em 20 de jun. de 2015.

5 CONCLUSÃO

No decorrer da análise das disposições constitucionais, infraconstitucionais e das jurisprudências elencadas ao longo do presente estudo, sem a pretensão de exaurir o assunto abordado, resultou nas conclusões a seguir delineadas.

Constatou-se que a lei não confere exclusividade à polícia judiciária a investigação para a apuração das infrações penais e sua autoria, de forma que o Ministério Público também é legitimado para exercer essa competência.

Verificou-se que um dos principais argumentos para subsidiar um despropositado monopólio da atividade investigatória de natureza penal pela polícia judiciária encontra-se na cláusula de exclusividade prevista no artigo 144, § 1º, inciso IV da Constituição Federal de 1988. Demonstrou-se, no entanto, que a intenção do legislador foi de delimitar o campo de atuação das polícias dos estados membros e da União Federal.

Percebeu-se que a investigação pelo Ministério Público não tem a intenção de suprimir e nem substituir a atividade investigativa da polícia judiciária, mas sim atribuir, em determinados casos, essa atividade ao Ministério Público para que se garanta imparcialidade e êxito na persecução penal, a exemplo da suposta prática de crimes cometidos por policiais. Esse é o entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Demonstrou-se que a investigação de natureza penal pelo Ministério Público não invade a competência da polícia e nem exorbita o âmbito das funções institucionais do *parquet*, tendo em vista a autorização, implícita e explícita, no acervo ilustrado no trabalho através da Lei 75/93, da lei 8625/93, do artigo 4º do Código de Processo penal, artigo 129 da Constituição Federal, das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8069/90). Portanto, ficou reconhecida legalmente essa atividade.

Além disso, visualizou-se da análise jurisprudencial que o Brasil adota a teoria dos poderes implícitos, segundo a qual ao conceder uma atividade fim a um órgão também se concede os meios para alcançá-la. Portanto, sendo o Ministério Público titular exclusivo da ação penal pública, seu "*dominus litis*", a investigação criminal para busca de indícios de autoria e materialidade é um meio concedido implicitamente para o alcance da atividade fim de promover a ação penal pública.

Provou-se que a investigação pelo *parquet* não é uma violação ao sistema acusatório, uma vez que a atuação investigativa, independentemente do órgão que venha a realizá-la, terá seus atos documentados e controlados pelo poder judiciário caso venha a violar os direitos e garantidas de qualquer investigado. Logo, não existe um superpoder no sistema acusatório pelo simples argumento de proceder a investigações.

Ao longo da sabatina científica, confirmou-se que não há suspeição ou impedimento de membro do Ministério Público para oferecer denúncia pelo fato de ter participado das investigações. Tal, inclusive, é entendimento consolidado na Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça. Além disso, conclui-se que não persiste o argumento de que o membro do Ministério Público na investigação criminal colheria apenas elementos em prejuízo do investigado. Porquanto, se parcial fosse seria tanto para colher provas para acusação quanto para a absolvição.

Observou-se do estudo do direito comparado que vários países que também adotam o sistema acusatório entregam a condução das investigações ao Ministério Público que tem a polícia como sua auxiliar, atuando ambas as instituições de forma cooperada. Em outros, o Ministério Público delega essa atividade investigativa para a polícia, atuando apenas em casos mais complexos como os crimes que envolvem policiais, crimes financeiros, terrorismo, organização criminosa, etc. Além disso, percebeu-se a adoção e convivência harmônica do sistema acusatório com as investigações pelo Ministério Público.

Atestou-se que a função de polícia judiciária não é sinônima de função de investigação penal, uma vez que são conceitos distintos e importantes que só reforçam o poder investigatório do Ministério Público na seara criminal, porém como atividade subsidiária.

Ademais, a própria Constituição Federal no seu artigo 129, inciso IX autoriza o Ministério Público a exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade. Pôde-se inferir que a investigação de natureza penal como atividade preparatória para a coleta da justa causa, elemento imprescindível ao início da ação penal, é uma função compatível com as finalidades do Ministério Público, titular exclusivo da ação penal.

Percebeu-se que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é consolidado o entendimento de que é consectário lógico do complexo de funções institucionais do Ministério Público a possibilidade do mesmo investigar. No Supremo Tribunal

Federal, a questão é mais polêmica o que motivou a análise divergente de vários habeas corpus com pedido de trancamento da ação penal por essa corte. Porém, prevaleceu a vertente pela possibilidade de investigação conduzida por membro do Ministério Público.

Nesse sentido, posicionaram-se recentemente os Ministros do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário (RE) nº 593727, onde foi reconhecida a competência para o Ministério Público promover, por autoridade própria investigações de natureza penal. Entretanto, estabeleceu-se alguns requisitos que devem ser respeitados como: prazo razoável, respeito aos direitos e garantias que assistem qualquer indiciado ou qualquer pessoa sob investigação do Estado, a reserva constitucional de jurisdição e as prerrogativas dos advogados. Destacaram os ministros a possibilidade sempre presente do permanente controle jurisdicional dos atos, que devem necessariamente ser documentados.

Ante ao exposto, os objetivos inicialmente propostos foram alcançados e, por fim, restou-se confirmada a possibilidade de realização de investigação criminal pelo Ministério Público na fase pré-processual. Assim, conclui-se que tal constatação tem base constitucional e infraconstitucional e não viola ao sistema acusatório. Portanto, não há ilegalidade e nem desrespeitos as garantias individuais do cidadão investigado quando o órgão ministerial conduz as investigações.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. **Investigação Pelo Ministério Público**. Argumentos Contrários e a Favor. A Síntese Possível e Necessária. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf>. Acesso em 01 de jun. 2015.

BECCARIA, Cesare Bonesana. (tradução: Cretella Jr. e Agnes Cretella). **Dos delitos e das Penas**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A Inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/5503_Miolo%20-%20Revista%20Criminal%20vol%2015.pdf>. Acesso em: 01 de jun.2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de mai. 2015.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 de mai. 2015.

_____. **Lei complementar nº 75, de 20 de maio e 1993**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em : 20 de mai.2015.

_____. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em 20 mai.2015.

_____. **Lei nº 8.069, de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 20 de mai.2015.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em 20 de mai. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 234.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 20 de jun.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de instrumento nº 1132450/DF.** Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe: 24/08/2011, Sexta Turma. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=agravo+regimental+no+agravo+de+instrumento+n%C2%B0+1132450%2FDF>>. Acesso em: 20 jun.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 15.351/RS.** Rel.: Min. Laurita Vaz. D.J: 18/10/2004, Quinta Turma. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Recurso+Ordin%C3%A1rio+em+Habeas+Corpus+n%C2%BA+15.351+%E2%80%93+RS+>>>. Acesso em: 20 de jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 60.976/ES.** Rel.: Min. Og Fernandes. DJ: 17/10/2011, Sexta Turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21061103/habeas-corpus-hc-60976-es-2006-0127763-1-stj/inteiro-teor-21061104>>. Acesso em: 20 de jun.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 10974/SP.** Rel.: Min. FELIX FISCHER. D.J: 18.03.2002 p. 273. Quinta Turma. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RHC_10974_SP_26.02.2002.pdf?Signature=QXRKOIGSpM0232km5A7je08WwB0%3D&Expires=1446219977&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=f60fe36b502e0ea905622674b5431ec8>. Acesso em: 20 de jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1316659-MG.** Rel: Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/40161368/stj-03-09-2012-pg-1059>>. Acesso em: 20 de jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84965/MG.** Rel.: Min. Gilmar Mendes. D.J: 10-04-2012, Segunda Turma. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21584993/habeas-corpus-hc-84965-mg-stf>>. Acesso em: 15 de jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 91661/PE**. Rel.: Min. Ellen Gracie. D.J: 02-04-2009, Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=n%C2%B0+91661%2FPE>> Acesso em: 15 de jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 83157/ MT** , Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 01/07/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 05-09-2003 PP-00031 EMENT VOL-02122-03 PP-00472). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14744491/habeas-corpus-hc-83157-mt>>. Acesso em 15 de jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 87610/SC**. Rel.: Min. Celso de Mello. D.J: 03-12-2009, Segunda Turma. Disponível em: <[http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Habeas+Corpus+n%C2%B0+87610%2FSC+](http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Habeas+Corpus+n%C2%B0+87610%2FSC+>)>. Acesso em: 15 de jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 593727**. Rel.: Min. Cezar Peluso. DJ Nr. 97 do dia 25/05/2015, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>>. Acesso em: 15 de jun. 2015.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. **O Ministério Público no Brasil e na Argentina**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 218, 9 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4800>>. Acesso em: 09 de jun. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17ª Edição Revista e Atualizada. Ed. Saraiva. São Paulo, 2012.

COSTA, Marcos da. **Desmistificando a PEC-37**. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2013/193>>. Acesso em: 01 de jun.2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A Verdade Sobre a PEC 37 – a PEC da Legalidade**. Disponível em: <http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/5503_Miolo%20-%20Revista%20Criminal%20vol%2015.pdf>. Acesso em: 01 de jun.2015.

FRAGOSO, José Carlos. **São ilegais os “Procedimentos Investigatórios” Realizados Pelo Ministério Público Federal.** Disponível em: <http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/5503_Miolo%20-%20Revista%20Criminal%20vol%2015.pdf>. Acesso em: 01 de jun.2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de direito processo penal.** 9ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JANNONE, Ângelo. **Breves indicações sobre o procedimento penal italiano.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 914, 3 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7774>>. Acesso em: 06 de jun. 2015.

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

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal.** 4. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** vol.I. Niterói, RJ: Impetus: 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11 ed. São Paulo: Saraiva 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal.** Vol.I. Campinas: Bookesller, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça.** 2ed. Amp e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

MELO, André Luís Alves de. **O Ministério Público no mundo.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI33277,91041+Ministerio+Publico+no+mundo>>. Acesso em: 08 de jun. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal. 10ed. São Paulo:** Editora Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo penal Comentado (2009)-
Guilherme de Souza Nucci-Editor RT. 9º Edição-2009.

_____. **A Investigação Criminal e a Atuação do Ministério Público.** Disponível em: http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/5503_Miolo%20-%20Revista%20Criminal%20vol%2015.pdf. Acesso em: 01 de jun. 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. **Curso de Processo Penal.** 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PORTUGAL . **Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976.** Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 03 de jun.2015.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica.** 4ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SANGUINÉ, Odone. **A investigação criminal pelo Ministério Público no direito comparado e o retrocesso do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 37.** Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/13-A-investigacao-criminal-pelo-Ministerio-Publico-no-direito-comparado-e-o-retrocesso-do-Projeto-de-Emenda-Constitucional-%28PEC%29-n.-37>>. Acesso em: 07 de jun.2015.

SILVA, José Afonso da Silva. **Em Face Da Constituição Federal De 1988, O Ministério Público Pode Realizar E/Ou Presidir Investigação Criminal.** Diretamente. Disponível em: http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/5503_Miolo%20-%20Revista%20Criminal%20vol%2015.pdf>. Acesso em: 01 de jun.2015.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público.** 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ed. Editora: Juspodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V1.32 ed.Amp e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.