

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
FACULDADE DE DIREITO

MINISTÉRIO PÚBLICO E A REALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL EM PROCEDIMENTO PRÓPRIO

GABRIEL DE SEIXAS VALENÇA OLIVEIRA

RIO DE JANEIRO

2008

GABRIEL DE SEIXAS VALENÇA OLIVEIRA

MINISTÉRIO PÚBLICO E A REALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL EM PROCEDIMENTO PRÓPRIO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora

RIO DE JANEIRO

2008

Oliveira, Gabriel de Seixas Valença.

Ministério Público e a realização da investigação criminal em procedimento próprio / Gabriel de Seixas Valença Oliveira. – 2008.

93 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora.

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 89-93.

1. Direito Processual Penal - Monografias. 2. Ministério Público e Investigação criminal. I. Oliveira, Gabriel de Seixas Valença. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Sociais. Faculdade de Direito. III. Ministério Público e a realização da investigação criminal em procedimento próprio.

CDD 341.43

CDU 343.1

GABRIEL DE SEIXAS VALENÇA OLIVEIRA

MINISTÉRIO PÚBLICO E A REALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EM
PROCEDIMENTO PRÓPRIO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora (UFRJ) – Orientador
Presidente da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Nilo, meu atencioso orientador, pelo grande incentivo.

À minha querida mãe, pelo auxílio material e psicológico durante o desenvolvimento do trabalho e, de modo geral, pelo exemplo de vida e força, pelo apoio e amor indispensáveis, molas propulsoras de meu desenvolvimento como profissional e ser humano.

A meu pai, pelo estímulo e apoio financeiro.

À minha cúmplice e querida namorada, pela tranquilidade e positividade que me passa.

A meus familiares e amigos, que souberam compreender os momentos de ausência não só nessa fase final, mas durante toda a graduação.

RESUMO

OLIVEIRA, G. de S. V. *Ministério Público e a realização da investigação criminal em procedimento próprio*. 2008. 93 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O Ministério Público, com o tratamento que lhe foi dado pela Constituição de 1988, ocupa posição primordial na estrutura estatal e, especialmente, na esfera penal, em que é titular privativo da ação penal pública, pela eleição do sistema acusatório de processo. A alteração de paradigmas no trato constitucional da Instituição levou a notório ganho de importância, sobretudo no combate à criminalidade. Malgrado contemplado com funções institucionais de alta relevância, a princípio a investigação criminal não lhe foi deferida. Esta continuou sendo, de ordinário, realizada pela Polícia Judiciária, por meio do tradicional modelo do “inquérito policial”. Ocorre que, nos últimos anos, membros do Ministério Público passaram a se arvorar na instauração e condução de procedimentos seus para a apuração de infrações penais, com a justificativa da eficiência da persecução criminal, em aparente invasão da atribuição constitucional conferida às polícias civis e à Polícia Federal. Nesse passo, o trabalho objetivou perquirir a legitimidade ou não da realização da investigação criminal pelo Ministério Público em procedimento próprio, em face da Constituição e da legislação complementar e ordinária. Considerou-se o posicionamento jurisprudencial e a argumentação doutrinária e, como premissas metodológicas, foram apresentados os sistemas de investigação preliminar existentes no Direito Comparado e o estudo das diretrizes constitucionais básicas da Instituição no Brasil.

Palavras-Chave: Ministério Público; Investigação criminal.

RÉSUMÉ

OLIVEIRA, G. de S. V. *Ministério Público e a realização da investigação criminal em procedimento próprio*. 2008. 93 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Le Ministère Public, avec le traitement donné par la Constitution brésilienne de 1988, occupe une position primaire dans la structure de l'État et, en particulier, dans la sphère pénale, où est le titulaire privative de l'action pénale public, par l'élection du système accusatoire de processus. Le changement de paradigmes du tract constitutionnelle de la Institution a conduit au frappant gain d'importance, particulièrement dans la lutte contre la criminalité. Malgré a reçu fonctions institutionnel de haute pertinence, au principe, l'enquête criminelle n'était pas affectée. Ce restait, normalement, réalisée par la Police Judiciaire, via le modèle traditionnel de l'“enquête policière ”. Qui survient dans ces dernières années, les membres du Ministère Public ont si voler dans l'établissement et la conduite de ses procédures d'enquête des infractions criminelles, avec la justification de l'efficacité des poursuites pénales, en apparente invasion de l'affectation constitutionnelle accordée à la police civile et à la Police Fédérale. Ainsi, ce travail a le but de perquirir la légitimité ou non de l'enquête criminelle lieu par le Procureur Public, en face de la Constitution et de la législation ordinaire et complémentaire. Il a été considérés le positionnement de la jurisprudence et les argument doctrinaux, et comme locaux méthodologique, ont été soumis les systèmes d'enquête préliminaire existants dans le Droit Comparé et l'étude des lignes directrices de l'Institution au Brésil.

Mots-clé: Ministère Public; Investigation criminelle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1.1 O Processo Penal da Constituição de 1988 e o papel do Ministério Público na esfera penal	9
1.2 Tema ainda relevante – proposta de sistematização dos argumentos	12
2 O MINISTÉRIO PÚBLICO	15
2.1 Notícia histórica: as origens do Ministério Público	15
2.2 Brasil: perfil institucional	18
2.3 Funções institucionais penais do Ministério Público: previsões constitucionais, legislação complementar e ordinária	25
3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	31
3.1 O Código de Processo Penal de 1941 e a necessária conformação também da fase pré-processual à Constituição de 1988	33
3.2 Sistemas de investigação preliminar: a condução das investigações e o relacionamento Polícia-Ministério Público no Direito Comparado	35
3.3 O modelo brasileiro do “inquérito policial”	41
4 (I)LEGITIMIDADE DA REALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROCEDIMENTO PRÓPRIO	45
4.1 O comportamento jurisprudencial frente à questão	46
4.2 Investigação criminal realizada pelo Ministério Público em procedimento próprio - antagonismo doutrinário acerca da “investigação direta”	56
4.2.1 <u>Dos argumentos de legitimidade</u>	57
4.2.2 <u>A contradita</u>	70
5 CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	89

1 INTRODUÇÃO

O Processo Penal passa por mudanças estruturais. Hodiernamente, busca-se a modificação do paradigma inquisitório do diploma legislativo que veicula as regras básicas da atuação dos diversos sujeitos processuais na esfera penal, o Código de Processo Penal – CPP – de 1941.

A recente reforma procedida no texto do diploma processual penal¹ encampou algumas construções jurisprudenciais e certas construções doutrinárias formuladas já sob a égide da Constituição República de 1988, doravante denominada CRFB/88, que, dotada de força normativa², instituiu entre nós um verdadeiro Estado Democrático de Direito, com a previsão de direitos e garantias fundamentais logo em sua parte inaugural, no rol do artigo 5º.

Pendem de aprovação no Congresso Nacional, inúmeros outros projetos de lei que visam alterar o Código de Processo Penal, inclusive no que toca à investigação criminal³. A potencialidade geradora de polêmica do assunto impede o trâmite mais célere nas Casas Legislativas.

Existem inúmeros interesses corporativos, argumentos jurídicos e de conveniência que se contrapõem quanto ao modelo de investigação do inquérito policial adotado no Brasil, não sendo poucas as manifestações que, no intuito de conferir efetividade à persecução criminal, propõem alternativas à forma como atualmente é conduzida a investigação criminal no país, havendo manifestações favoráveis à adoção dos chamados “juizados de instrução”, não obstante parcela considerável da doutrina vislumbrar nesta proposta um evidente retrocesso.

São tantas as vozes dissonantes que qualquer deliberação a respeito do tema pelo Poder Legislativo gerará críticas variadas por parte da comunidade jurídica. Tarefa árdua também terá a recentemente formada comissão para a formulação de um Anteprojeto de Código de Processo Penal.⁴

¹ Lei 11.689, de 9 de junho de 2008; Lei 11.690, de 9 de junho de 2008; e Lei 11.719, de 20 de junho de 2008.

² v. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Die Normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

³ Exemplificativamente: Projeto de Lei 4.209/2001: “Altera dispositivos do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências.”

⁴ “Comissão começa a delinear novo CPP”. Notícia veiculada no sítio do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 jul. 2008.

1.1 O Processo Penal da Constituição de 1988 e o papel do Ministério Público na esfera penal.

Dentre as profundas modificações estruturais que trouxe, a CRFB/88 tratou com especial particularidade o Ministério Público. A instituição, antes inserida no seio do Poder Executivo, foi disciplinada em capítulo diverso dentro do Título IV, referente à Organização dos Poderes. Assim, com a qualificação de Função Essencial à Justiça, a Constituição proclamou em seu artigo 127, que, como instituição permanente, ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tal tratamento especial se deu, especialmente, por conta de iniciativa proveniente da própria Instituição⁵, que enviou à Assembléia Constituinte proposta quase integralmente aceita e, hoje, constante do texto constitucional, acerca de seus contornos.

O desenho institucional, de fato, contribuiu para o exponencial aumento da importância da qual se revestiu o Ministério Público no Brasil, nos últimos vinte anos (de vigência da CRFB/88, completos aos 05 de outubro do corrente ano), sobretudo em sua atuação na esfera criminal, em vista da carência da sociedade brasileira de ações efetivas que atingissem não apenas as classes menos abastadas e os crimes mais corriqueiros, mas também a parcela da sociedade detentora de poder econômico, em outros tempos imune à ação repressiva estatal.

Com efeito, adquiriu o Ministério Público, a confiança dos cidadãos e o respeito dos variados segmentos da sociedade brasileira.

Divorciada topograficamente da estrutura do Poder Executivo e não mais, atrelada de forma sistêmica aos demais poderes tradicionais de Estado, a Instituição, embora autônoma (CRFB/88, §2º, artigo 129), naturalmente, tem sua atuação pautada no delineamento dado pela Constituição e restrita aos limites das leis regulamentadoras de suas atribuições.

A toda prova, o Estado, em qualquer dimensão que seja visto, notadamente nas funções tipicamente administrativas, em que se insere a apuração de infrações penais, rege-se, de forma indeclinável, pelos princípios setoriais da Administração Pública previstos no artigo 37 da CRFB/88. Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência são as linhas mestras da conduta de qualquer agente do Estado.

⁵ v. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5ª ed. rev. ampl. e atual., à luz da reforma do Judiciário (EC 45/2004). São Paulo: Saraiva. 2005. *passim*.

O princípio da legalidade, no cabecel do rol *supra*, no que pertine ao particular, legitima seus atos, desde que não defesos, e, quanto ao Estado, torna firme as condutas afinadas com o que é previsto em lei como atribuição ou competência do órgão ou agente do qual emanou o ato. Semelhante assertiva, embora incontestada, mostra-se cotidianamente vulnerada, por vezes dolosamente, outras inconscientemente, por decisões tomadas com base em premissas erradas.

O respeito às prescrições constitucionais e legais, no campo processual, tem dimensão ainda mais restrita, eis que, como norte das possíveis ações, faculdades e direitos, apresenta-se o conclamado princípio do devido processo legal (*due process of law*).

De certo, a CRFB/88 instituiu, por meio de seu artigo 129, inciso I, o princípio acusatório, ao entregar a titularidade da ação penal pública de forma exclusiva para o Ministério Público, eliminando os antigos procedimentos de ofício.⁶

Justo a isto, os direitos e as garantias oriundos do veio axiológico do Estado Democrático de Direito, sejam aqueles previstos no art. 5º, sejam os demais, espalhados pela Lei Maior, formaram um “escudo protetor” para o indivíduo sobre o qual pretendesse o Ministério Público (sem prejuízo dos processos formados pelo exercício do direito de ação pelo particular, nos casos em que for sua a iniciativa acusatória) formular sua imputação.

Nesses meandros, tem lugar a doutrina do garantismo penal⁷, impedindo os excessos e conformando a legislação infraconstitucional, anterior e posterior, à CRFB/88.

A doutrina é unívoca em relação à adoção pelo Constituinte de um modelo de processo penal acusatório⁸, onde há a salutar distribuição das funções de acusar, defender e julgar a três sujeitos diferentes, orientado a sanar as patentes injustiças cometidas pela ausência de imparcialidade do juiz, característica do modelo inquisitorial adotado à unanimidade em governos ditatoriais, como o que aqui instituído outrora.

Ocorre que, historicamente, vige em nosso processo penal, uma sistemática de investigação criminal que não foi modificada com o advento da Constituição Cidadã, sendo, pois, procedida, em regra, por meio de sua mais usual espécie, o inquérito policial.

Dessa forma, a *persecutio criminis* no Brasil força a convivência da fase preliminar de investigação criminal, inquisitória (em regra, o inquérito policial), com a fase da *persecutio*

⁶ A Lei 11.719/08, que alterou os procedimentos do Código de Processo Penal, revogou (artigo 3º) os chamados procedimentos judicialiformes, isto é, as disposições do antigo procedimento sumário que davam a iniciativa do processo das contravenções penais à autoridade policial e ao juiz.

⁷ v. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁸ Ver, por todos, a conhecida obra: PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

criminis in iudicio, exercida em contraditório, corolário do devido processo legal e também afirmado positivamente no artigo 5º da CRFB/88, em seu inciso LV⁹.

O artigo 144, §1º, IV, da CRFB dispõe, *prima facie*, a exclusividade da Polícia Federal para o exercício da atividade de polícia judiciária da União, incumbindo às polícias civis dos Estados, “ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares” - §4º do artigo 144.

O Código de Processo Penal - Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941- apesar de anterior à Constituição, dispõe, no *caput* de seu artigo 4º, que as atividades da polícia judiciária, exercidas pelas autoridades policiais no território das respectivas circunscrições¹⁰, têm “por fim a apuração das infrações e da sua autoria”.

Ao Ministério Público, no âmbito penal, reservou a Constituição, no rol de suas funções institucionais, constante do artigo 129 da Carta Política, além da titularidade privativa da ação penal pública (inciso I), o controle externo da atividade policial (inciso VII) e a requisição de diligências investigatórias e da instauração de inquéritos policiais (inciso VIII), a serem exercidas na fase preliminar da persecução penal.

Consabidamente, a realidade social opera verdadeiras mudanças na interpretação e na aplicação do Direito, independentemente da alteração de paradigmas legais para tanto.

Nesse prisma, surgem grandes questionamentos acerca das atuações de membros do Ministério Público, que em dadas ocasiões, na busca de subsídios para o oferecimento de denúncia, passaram a perquirir tais elementos informativos diretamente, em procedimentos próprios, instaurando e levando a cabo a investigação criminal sem o intermédio da Polícia Judiciária.

Muitos e acalorados discursos se apresentam, tanto em favor da legitimidade constitucional e legal da investigação direta pelo órgão ministerial, quanto em contraposição, criticando o afã investigatório dos membros da Instituição.

Aferir a existência ou não de legitimidade para realização da investigação criminal direta é o que se pretende, sob o prisma estritamente jurídico.

⁹ Nesse ponto, vale trazer interessante observação de Rogério Lauria Tucci, para quem a expressão “processo judicial ou administrativo” importa na necessidade da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa mesmo nos procedimentos de investigação preliminar. TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 81.

¹⁰ Anteriormente o texto legal falava em “jurisdições”, o que levou à posterior correção pela Lei nº 9.043/95, de forma a adaptar o dispositivo à melhor técnica. O termo jurisdição “é usado precisamente para designar as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça.” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*: edição universitária. Rio de Janeiro: Forense. 1991. v III e IV. p. 27.).

Entretanto, considerando a liberdade de conformação do Poder Legislativo - dentro do que lhe for dado alterar ou acrescentar nos textos constitucional e legal – nos valeremos de algumas considerações atinentes à (in)viabilidade e à (in)conveniência da colheita de elementos de convicção feita pelo Ministério Público para a formação da justa causa necessária ao exercício do direito de ação.

No desenvolvimento do presente trabalho monográfico, com base no modelo de processo penal e no sistema de investigação preliminar vigentes no Brasil, sopesando a importância do Ministério Público como garante da ordem jurídica e do regime democrático, e seu relevante papel no sistema repressivo, examinaremos as funções institucionais ministeriais, outorgadas constitucionalmente, de molde a estabelecer balizas concretas de sua atuação na fase pré-processual da *persecutio criminis*.

Assim, poderemos, ao final, concluir pela legitimidade ou ilegitimidade (constitucional e legal) da realização de investigação criminal em procedimento próprio, dando nossa solução ao dilema.

1.2 Tema ainda relevante - proposta de sistematização dos argumentos.

Um sem-número de obras e artigos jurídicos dissertam acerca do assunto, em argumentações que, basicamente, se resumem a interpretações divergentes dos dispositivos constitucionais afetos ao tema e defesas apaixonadas de cunho mais político e pessoal que jurídico¹¹, concluindo ora em um sentido, ora no outro.

¹¹ Não se quer aqui sustentar que o intérprete há de ser dotado de total isenção, apenas atentamos para o fato de que existe grande quantidade de promotores de justiça e procuradores da República que defendem a posição que, de certo modo, reforça a Instituição da qual são membros, bem assim, o contrário ocorre em relação aos delegados de polícia e advogados militantes na área criminal, que defendem a posição contrária aos denominados “poderes investigatórios do Ministério Público”. Saliente-se que inexiste neutralidade em qualquer ser humano que se coloque na posição de intérprete, eis que com ele carrega todas as suas pré-concepções. Assim, ensina Luís Roberto Barroso, com a clareza que lhe é peculiar: “*A neutralidade, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (auto-crítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (auto-conhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas.*” (BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo.” *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 6, set. 2001. p. 6). A respeito da neutralidade impossível do intérprete, ver ainda, do mesmo autor: *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

No meio dessa confusão metodológica, como de costume, a jurisprudência dos tribunais pátrios não alcança um lugar comum, estando a uniformização do entendimento longe de ser alcançada. Basta ver que, atualmente, as duas cortes de maior importância no Brasil, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, têm, *grosso modo*, posições dissonantes¹².

Fato é que a Excelsa Corte, a quem a CRFB/88 incumbiu a função de guardá-la, teve em suas mãos caso paradigmático, nos autos do Inquérito nº 1.968, que versava sobre ilícitos penais praticados, em tese, pelo ex-Deputado Federal Remy Abreu Trinta e outros, em detrimento do Sistema Único de Saúde, no qual se discutia a questão da investigação criminal procedida diretamente pelo Ministério Público.

A perda superveniente do foro por prerrogativa de função, levou o Ministro Marco Aurélio, à época relator, a proferir, em 15.02.2007, o seguinte despacho:

COM A EXTINÇÃO DO MANDATO DE DEPUTADO FEDERAL DO INDICIADO REMY ABREU TRINTA, CESSOU A COMPETÊNCIA DO SUPREMO PARA DIRIGIR O INQUÉRITO. DECLINO DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL NO ESTADO DO MARANHÃO. REMETAM CÓPIA DESTA DECISÃO AO MINISTRO CEZAR PELUSO E À PRESIDENTE DA CORTE, MINISTRA ELLEN GRACIE, OBJETIVANDO A RETIRADA DO PROCESSO DA BANCADA DO PLENO, NO QUE INICIADO O JULGAMENTO. PUBLIQUEM.¹³

Em que pese a oportunidade perdida pelo intérprete por excelência da Constituição, de manifestar o seu sentir a respeito da questão de fundo em caso de grande repercussão, vale a informação sobre a situação em que se encontrava a votação.

Em linhas gerais, o julgamento acerca do recebimento da denúncia ofertada pelo Procurador-Geral da República, encontrava-se na situação de dois votos pela rejeição (Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim) a três pelo recebimento (Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Carlos Britto), representando, respectivamente, inadmissibilidade e admissibilidade do “poder investigatório do Ministério Público”.¹⁴

¹² Fazemos aqui remissão ao item 4.1.3, no qual fazemos breve exposição dos precedentes e tendências jurisprudenciais no assunto.

¹³ (*sic*) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 06 out. 2008.

¹⁴ Cabe aqui substancial observação em torno do agir ministerial. A realização de diligências investigatórias por membros do Ministério Público é questão de ter ou não atribuição constitucional e/ou legal, não devendo ser encarada como um “poder” ou mesmo um “direito”, eis que a atuação do órgão ministerial perfaz, em verdade, sempre um dever, conforme se vê na seguinte lição de Francesco Carnelutti: “*Puesto que, al igual que el juez el Ministerio Público no tiene en el proceso un derecho que ejercitar, sino un deber que cumplir*”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Processal Civil*, tradução de Niceto Zamora y Castillo y Sentís Melendo, vol. II, p. 51-52, *apud* CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e*

De se ver o difícil mister interpretativo para os que ousam a se debruçar sobre o tema, independentemente da posição que se eleja. Uma sistematização dos argumentos se mostra assaz pertinente, eis que solução ainda não se encontrou para o dilema.

Muito embora se trate de questão afeta à fundamental garantia do cidadão ao devido processo legal, consagrado literalmente no inciso LIV, do artigo 5º do texto constitucional, ainda existem decisões em ambos os sentidos sendo proferidas por tribunais de todo o Brasil.

Faz-se mister a adoção de uma posição uniforme, com vistas a não serem vulnerados outros importantes princípios como o mais elementar de todos, o da isonomia (art. 5º, *caput*), sem falar na, tantas vezes reclamada, segurança das relações jurídicas, aplicável à relação Estado/particular, inclusive no que concerne à investigação criminal.

O investigado pode não conhecer o fato de que corre a investigação em seu desfavor, no resguardo da efetiva realização de determinadas diligências¹⁵, porém, o que não se admite é o desconhecimento a respeito da autoridade à qual incumbe tal atividade.

Com efeito, apoiado em tais premissas, vem a lume esta exposição na tentativa de contribuir para o debate jurídico em relação ao tema, em voga de há muito, porém ainda carente de abordagens sistematizadas dos argumentos contrapostos em doutrina e utilizados por nossos juízes e tribunais, de forma menos parcial.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 Notícia histórica: as origens do Ministério Público.

Penal: promotor natural: atribuição e conflito. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.10.

¹⁵ A questão do sigilo das investigações é muito combatida, no entanto é amplamente reconhecida nos casos, por exemplo, de interceptações telefônicas, em que o exercício do contraditório é postergado, diferido, em relação aos elementos informativos que, posteriormente, ingressem no processo como elementos de prova, destinados a formar a convicção do juiz. A respeito da restrição do acesso aos autos do inquérito policial, Eugênio Pacelli de Oliveira faz ressalva nesse sentido: “*Impende, porém, salientar que, embora o exercício da advocacia seja mesmo indispensável à defesa dos interesses de quem se achar submetido à persecução penal (aqui, na fase pré-processual), podendo o advogado, como regra ter acesso aos autos do inquérito policial, o fato é que, se a investigação assim o exigir, será perfeitamente aceitável a restrição ao aludido acesso, quando for a hipótese de realização (representação à autoridade judicial) de provas de natureza cautelar e, por isso, urgentes[...]*” (*Curso de Processo Penal*. 10ªed. Atualizada com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 47).

A doutrina aponta algumas figuras da Antigüidade como antecessoras remotas do Ministério Público.

Os *éforos* de Esparta e os *tesmótetas* gregos são exemplos de funcionários das cidades (hoje chamaríamos Estados), que tinham como incumbência algumas funções que se inserem nas atribuições atuais do Ministério Público.

Cada *éforo*, em Esparta, realizava alguns dos atos hoje atribuídos ao Ministério Público. Embora fossem juízes, exerciam o *jus accusationis*, sendo também responsáveis por “contrabalançar o poder real e o poder senatorial”.¹⁶

O *tesmóteta* era, na verdade, guardião da lei. Quando era necessária uma ação por ato que atingisse o interesse público, ele apresentava o caso a um tribunal ou ao Senado, porém quem movia a ação penal era um cidadão designado pelo órgão por ele provocado.

Existiram também, em Roma, agentes da *Civitas* que exerciam determinadas funções que cada também se enquadrariam no espectro da Instituição de nossos tempos, tais como: os *irenarcas*, misto de polícia judiciária e denunciadores de crimes; os *curiosos*, a princípio, agentes de correio, que depois passaram a investigar crimes por onde passavam; os *estacionários*, o mesmo que os *curiosos*, no entanto serviam em caráter fixo; e os *procuratores Caesaris* e *advocatus fisci* (advogados do Imperador em questões fiscais).¹⁷

Contudo, nenhum deles tinha em suas mãos todos os atuais poderes (deveres), exercendo apenas cada qual, uma parcela destes. Quanto à ação penal, não a conduziam até o seu fim, “No máximo a incoavam, ajuizavam, mercê da acusação”.¹⁸ Assim como na Grécia, em Roma, até o século III, a ação penal era intentada por qualquer cidadão do povo, quando então o Senado passou a recomendar aos cônsules (*caveant consules*) que tomassem a iniciativa da persecução.

O *vindex religionis* do Direito canônico, exercia uma atividade de fiscalização no curso dos processos e na Idade Média, com certos traços característicos da Instituição, os *saions* germânicos, os *bailos* e *senescals* (procuradores dos senhores feudais), os *missi dominici* de Carlos Magno, os *gastaldi*, do Direito longobardo, o *Gemeiner Anklager*, na Alemanha, entre outros, são também citados como remotos antecedentes do Ministério Público.¹⁹

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 2. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 350.

¹⁷ TORNAGUI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed., de acordo com a CF/88. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 478-479 ; e LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério público e persecução criminal*. 4ª ed. rev., atual. e acrescida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.1.

¹⁸ TORNAGHI, Hélio. Op. cit. p. 479.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 350.

Diversos autores fazem menção a um corpo de funcionários com atribuições que se assemelhavam às do Ministério Público contemporâneo, que existiu no Egito de 4.000 a.C.. Os *magiaí* eram considerados “a língua e os olhos do rei”. Suas atribuições: castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos; acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguir o malvado e o mentiroso; ser o marido da viúva e o pai do órfão; fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; tomar parte nas instruções para descobrir a verdade.²⁰

De fato, tais agentes, apresentam todos, semelhanças, porém, a primeira vez na história em que apareceu algo com as características institucionais do que se entende hoje por Ministério Público, foi na França, como se inclinam a admitir muitos autores, com os *procurateurs du roi*, que já existiam como procuradores ou advogados do rei – *les gens du roi* – porém, a *Ordonnance* de 25/03/1302 de Filipe IV, o Belo (e outras posteriores, de 28/12/1335, de 20/07/1367 e de 22/11/1371), os tornou funcionários permanentes, com funções reguladas em lei e obrigação de prometer o reto desempenho do cargo, da mesma forma que os membros do judiciário francês.

Na esteira de um processo penal inquisitório, foi confiada a função de acusador público a esses representantes do rei, que adquiriram independência em relação aos juízes (*magistrature debout*), constituindo-se, pois, “em verdadeira magistratura diversa da dos julgadores”²¹ pelo fato de se dirigirem a estes do assoalho (*parquet*), enquanto permaneciam os juízes em suas cadeiras que repousavam sobre um estrado.

Explica Hélio Tornaghi, que a princípio não tinham o monopólio da ação penal, pois os juízes, tal como ocorria no Brasil antes da Constituição de 1988, podiam sempre proceder de ofício, com base na máxima: *tout juge est procureur du roi*.²²

A Assembléia Nacional Constituinte, formada durante a Revolução de 1789, decidiu que a ação penal caberia a um representante do povo, eleito, e não a um procurador do rei, passando este, na qualidade de agente delegado (*commissaire du roi*), a ser ouvido em todos os processos e a fiscalizar a execução das sentenças, apenas.

Assim, a Constituição de 1791, afirma categoricamente Hélio Tornaghi, “fragmentou, pulverizou a iniciativa da ação penal e colocou na sombra o Ministério Público”.²³

²⁰ LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit.; RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 123; e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 218.

²¹ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 124.

²² TORNAGHI, Hélio. Op. cit. p. 480.

²³ Loc. cit.

Por fim, foi reorganizado o *Parquet*, como ainda é chamada a Instituição, pelo *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 e pela Lei de 20 de abril de 1810, sendo levado o modelo para o resto da Europa Continental e para o mundo por intermédio das invasões napoleônicas.

Conta Fernando da Costa Tourinho Filho, que a expressão *Ministère Public* foi empregada pela primeira vez pela lei francesa de 27 de janeiro de 1801.²⁴

No Brasil, o primeiro texto legislativo (formalmente nacional) a se referir ao Ministério Público, mais especificamente ao Promotor de Justiça, é datado de 1609 e dispunha sobre a composição do Tribunal da Relação da Bahia.²⁵

Durante o período colonial, orientado pelo direito lusitano, o Brasil não conhecia um Ministério Público institucionalizado, no entanto, as Ordenações Manuelinas (1521) e Filipinas (1603) já faziam alusão aos promotores de justiça (ou, nas Filipinas, promotores de justiça da Casa de Suplicação), quando então surgiu no Brasil a função de fiscalização da lei e reservou-se a eles a acusação criminal.²⁶

O Código de Processo Criminal do Império, de 1832, elencou as atribuições do Ministério Público, sendo, posteriormente, adunada, pela reforma de 1841, a qualidade de “bacharéu idôneo”²⁷ aos que pretendessem ocupar seus cargos.

Teve contornos de Instituição com o Decreto 848 de 1890, do Ministro Campos Salles, que criou e regulamentou a Justiça Federal, dispondo em um capítulo sobre a estrutura e as atribuições do Ministério Público no âmbito federal.²⁸

Em constituições, a primeira aparição, que veio a concretizar essa institucionalização do *Parquet* em terras brasileiras, se deu na de 1934, Capítulo VI, “Dos órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”.

De um modo geral, a codificação de nosso direito, iniciada na primeira metade do século XX (Código Civil de 1916, Código de Processo Civil de 1939, Código Penal de 1940 e Código de Processo Penal de 1941), foi consolidando atribuições e moldando a atuação do Ministério Público nas esferas civil e penal, que ganhou maior importância com o texto constitucional de 1946, com a LC 40/81 e, finalmente, com a Constituição Cidadã de 1988 e as leis orgânicas atuais.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 350. Junto a isto, analisando a etimologia da expressão Ministério Público, o autor nos fornece o seu significado: o “*ofício do servidor*”.

²⁵ RANGEL, Paulo. Op. cit. 125.

²⁶ Loc. cit.

²⁷ (*sic*)LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit. 10.

²⁸ Cf. *Histórico do Ministério Público no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mpu.gov.br>>. Acesso em: 15 out. de 2008.

Feito esse breve esforço histórico, analisemos o perfil institucional delineado pela CRFB/88 e demais diplomas legislativos.

2.2 Brasil: Perfil institucional.

O Ministério Público no Brasil, conforme o que já salientado, dadas suas finalidades constitucionais, impregnadas do veio axiológico do Estado Democrático de Direito, exerce funções da mais alta relevância, tanto no âmbito criminal, quanto em sua atuação na esfera cível, seja como órgão agente (parte), seja como órgão interveniente (*custos legis*).

Como órgão do Estado, apresenta estrutura peculiar, formando-se pelo Ministério Público da União, com suas ramificações (Federal, do Trabalho, Militar, do Distrito Federal e Territórios – inciso I, artigo 128, CRFB/88)²⁹, e os Ministérios Públicos dos Estados (inciso II, artigo 128, CRFB/88). Organizam-se conforme as disposições da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar – LC – 75/1993) e da Lei Orgânica Nacional (Lei 8.625/1993).³⁰

Releva notar que cada Estado-membro (da Federação) edita ainda, sua própria lei complementar de organização, com base nas normas gerais da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

A respeito de sua natureza jurídica, muito se questionou o lugar da estrutura estatal em que se enquadraria o Ministério Público, prevalecendo o entendimento de que se tratava de órgão pertencente ao Poder Executivo.

Houve (e ainda há) em doutrina, quem o desvinculasse da estrutura de qualquer dos Poderes de Estado. Tratada a instituição em capítulo à parte, relativo às Funções Essenciais à Justiça (Capítulo IV, Seção I, do Título IV), alguns lhe davam a qualificação de um “quarto poder”, ilação esta que remontava a Constituição de 1946, na qual teria sido tratado, de igual forma, em título autônomo.

²⁹ Convém salientar que oficiam perante a Justiça Eleitoral membros do Ministério Público Federal (artigo 72 da LC 75/1993), sendo o Procurador-Geral Eleitoral o Procurador-Geral da República (artigo 73 da LC 75/1993), e, em alguns casos, os Promotores de Justiça dos Ministérios Públicos dos Estados também oficiam na justiça especial (artigos 32, III, e 73, da Lei 8.625/1993).

³⁰ Há quem diga que, numa interpretação sistemática da Constituição, a espécie normativa correta para veicular a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público seria lei complementar, assim como era antes da CRFB/88 (LC 40/1981), uma vez que as limitações originárias à auto-organização dos Estados só podem ser impostas pela Constituição ou por lei complementar federal (Cf. LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit. p. 17).

Todavia, predominou o entendimento de que suas atribuições não revelam função estatal ontologicamente diversa das dos três Poderes existentes, para que se o tenha como um outro, sendo estas – suas atribuições -, a rigor, mesmo após a sua ampliação procedida pela CRFB/88, de natureza executiva.³¹

A Constituição de 1967, em seu texto original, incluía o Ministério Público no Poder Judiciário. O enquadramento se modificou com Emenda nº 1 de 1969, que passou a tratá-lo entre os órgãos do Poder Executivo.

Com o advento da CRFB/88, embora tenha se instalado, entre os doutos, alguma controvérsia em face do tratamento especial dispensado, prevaleceu, assim, por majoritário, o entendimento da manutenção do Ministério Público como órgão do Executivo³², porém autônomo funcional, administrativa (artigo 127, §2º) e, com limitações, financeiramente (§§3º *usque* 6º, do artigo 127).

Qualifica-se, pois, como “uma Instituição intrinsecamente executiva, funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria dos agentes políticos”.³³

Destina-se à preservação dos valores fundamentais do Estado, previstos na parte final do *caput* do artigo 127 do texto constitucional - defesa da ordem jurídica, do regime democrático³⁴ e dos interesses sociais e individuais indisponíveis -, de modo que funciona perante os diversos órgãos do Poder Judiciário, deduzindo a pretensão acusatória, quando no exercício da ação penal pública de que é titular privativo (art. 129, I), postulando e intervindo

³¹ Vale lembrar, que a doutrina do Direito Administrativo trabalha com a idéia de precipuidade (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 56-57), para localização determinado órgão em um dos tradicionais poderes, na divisão tripartida de Montesquieu. Em todos eles são exercidas funções típicas e atípicas, de modo que as de natureza administrativa são tipicamente do Poder Executivo, a legiferante, afeta ao Legislativo, e a jurisdicional, ao Poder Judiciário. Verificando-se a preponderância de atribuições de uma natureza, classifica-se o órgão como pertencente do Poder da República respectivo (Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 2-3).

³² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: promotor natural: atribuição e conflito*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.5., sem questionar, afirma o Ministério público como órgão representativo do Poder Executivo. Contrariamente, o Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Marcellus Polastri Lima, mantém firme seu entendimento: “*Se por um lado seria exagero reconhecer-se o Ministério Público como quarto poder, por outro lado está clara a intenção do legislador constituinte em retirar o Ministério Público do âmbito dos tradicionais poderes do Estado, deixando-o com uma função fiscalizadora sobre as atividades governamentais. Frise-se que o fato da Instituição ser disciplinada no título referente à organização dos poderes autoriza a interpretação de independência em relação aos poderes estatais.*” (LIMA, Marcellus Polastri Op. cit. p.12).

³³ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª ed., de acordo com a Emenda Constitucional 56, de 19.12.2007. São Paulo: Malheiros. 2008. p.594.

³⁴ Saliente-se o que observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho quanto à defesa do regime democrático, no sentido desta finalidade se inserir na defesa da ordem jurídica, posto que democrática, como deflui do art. 1º e parágrafo único da Constituição. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1998*. v. 3. São Paulo:Saraiva, 1994. p. 40, *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 352..

na defesa de determinados interesses sociais e individuais indisponíveis³⁵, no juízo cível, sem prejuízo do cumprimento dos demais deveres institucionais previstos constitucionalmente e nas leis orgânicas respectivas (artigo 128, §5º, CRFB/88).

A atuação do membro do Ministério Público sempre se pauta em tais incumbências constitucionais, devendo guiar-se por essas diretrizes ainda que atue em posição antagônica ao particular como sujeito do processo, o que nos leva a situação paradoxal, ou, ao menos, de difícil compreensão, por se considerar o órgão ministerial, quando órgão agente, como “parte imparcial”.

No sentido do texto, encontrou-se a seguinte manifestação:

[...] o membro do Ministério Público, mesmo enquanto *parte*, deve ter como pressuposto de sua atuação a mesma equidade que se espera do juiz (e não o simples interesse individual ou de grupo, como se tem por legítimo ao advogado).

[...]

Com efeito, a *imparcialidade* do juiz significa *equidistância das partes*, e diz respeito ao “mundo processual”. Já o Ministério Público, mesmo atuando na qualidade de *custos legis*, não se situa num ponto ideal equidistante dos sujeitos processuais, pois seria ingênuo entender que a função do *custos legis* é defender uma norma abstrata, indiferente das partes em conflito; ao contrário, ele defende a norma, mas enquanto esta é vocacionada a assegurar *determinado interesse*, ainda que não coincida com o interesse de nenhuma das partes litigantes. Sua posição é, portanto, de *distanciamento* das partes, mas não de equidistância entre elas.

[...] Pode-se, assim, dizer que a *imparcialidade* do juiz é uma *imparcialidade processual e formal*, porque diz respeito à sua posição no processo, e é indiferente aos interesses em litígio; enquanto que a *imparcialidade* do membro do Ministério Público é uma *imparcialidade pré-processual e material*, porque dele é exigida antes de entrar na cena processual e diz respeito à sua *decisão* acerca do interesse (= bem jurídico) a ser defendido.³⁶

De todo modo, é como afirma José Afonso da Silva:

³⁵ A atuação da instituição na curadoria de certas instituições (fundações, família, etc), bens e valores fundamentais (meio-ambiente, patrimônio histórico, artístico, etc), e pessoas (consumidores, ausentes, incapazes, etc) é sobrelevada como forma de realização da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse sentido: “*O Estado contemporâneo assume por missão garantir ao homem, como categoria universal e eterna, a preservação de sua condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna – e um dos organismos de que dispõe para realizar essa função é o Ministério Público, tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que hoje desponta como agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos ou difusos.*” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 217-218).

³⁶ TEIXEIRA, Francisco Dias. “Princípios constitucionais do Ministério Público”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 291-315, jul./ago. 2004. p. 294-295. (grifos do autor)

No essencial sua função primordial permanece sendo velar e fazer velar pela observância da lei. Assim é mesmo quando a Constituição lhe incumba a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; devem prevalecer sempre os fins da Instituição: assegurar a observância do direito objetivo e a defesa do interesse público [primário – interesse do bem geral].³⁷

A CRFB/88, visando assegurar o cumprimento do desiderato de que incumbiu a Instituição, preordena, no inciso II do §5º do artigo 128, em favor de seus membros, determinadas vedações, que, na realidade, funcionam como garantias de imparcialidade. À guisa de exemplo, são vedados o exercício da Advocacia³⁸ e a participação em sociedade comercial.

Assim é que aos Estados e à União, na oportunidade da edição das respectivas leis complementares para regulamentar as atribuições e estabelecer a forma de organização, bem como estipular normas atinentes ao estatuto dos Ministérios Públicos, era necessário observar estas vedações (garantias de imparcialidade) e as garantias previstas no inciso I do aludido dispositivo (garantias de independência), quais sejam: vitaliciedade³⁹, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, tal qual os magistrados, detentores das mesmas prerrogativas e semelhantes vedações.

Afasta-se, de certa forma, da atuação dos membros do Ministério Público, a ingerência não só do Chefe do Executivo, em vista da autonomia funcional, administrativa e financeira, mas também dos próprios órgãos superiores, que visassem promover algum tipo de influência por meio de sanções de natureza política.

Ocorre que, na atual Constituição, apesar de consistentes avanços em termos de assegurar a independência e imparcialidade, que otimizaram as ações de promotores e procuradores, permaneceu nas mãos do Presidente da República a escolha (nomeação) do Procurador-Geral da República, Chefe do Ministério Público da União, precedida da

³⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 595.

³⁸ Quanto à vedação ao exercício da Advocacia, CINTRA, GRINOVER, e DINAMARCO comentam: “A sábia proibição de exercer a advocacia vem da legislação paulista. A experiência, que sobreviveu em vários Estados, mostrou que o promotor-advogado falha na devida dedicação à sua nobre função pública e comumente dá preponderância aos interesses da banca, além de perder a indispensável imparcialidade. Aqueles que claudesantemente continuarem advogando incorrem em grave falta funcional.” E completam: “Infelizmente, por casuismo a notórios interesses espúrios, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias permitiu aos promotores que já o eram quando da promulgação da Carta de 1988 optar pelo regime precedente, quanto às vedações. [...] O Ministério Público não será uma Instituição realmente independente e dotada de toda a desejável postura altaneira, enquanto tais ligações não tiverem fim” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 223).

³⁹ A vitaliciedade difere da estabilidade e, neste aspecto, é mais ampla, eis que condiciona a perda do cargo à existência de sentença judicial transitada em julgado que imponha tal sanção, conferindo ao seu ocupante maior garantia do que a mera estabilidade, desconstituída mediante a realização de processo administrativo disciplinar (artigo 38, I, da Lei 8.625/93). V. também, CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 554.

aprovação pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal (§1º, artigo 128, CRFB/88), bem como nos Estados, Distrito Federal e Territórios, conferiu-se a atribuição aos Chefes do Poder Executivo, após a formação de listas tríplexes pelos Ministérios Públicos de cada ente político (§3º, artigo 128, CRFB/88).

A manutenção dessa forma de investidura dos Procuradores-Gerais pela escolha do Chefe do Executivo, mesmo que criticada por mitigar o grau de alheamento em relação aos Poderes da República, não feriu de morte o caráter autônomo da Instituição, já que, junto a isto, a CRFB/88 procedeu à criação, no caso da União, dentro da disciplina dos *checks and balances* (freios e contrapesos), da aprovação prévia pelo Senado e, no caso dos Estados, já num procedimento *interna corporis*, da eleição para a formação de lista tríplex.

No que concerne às destituições antes de findo o prazo fixado constitucionalmente para a ocupação dos cargos⁴⁰, também fez por bem o legislador constituinte condicioná-las à autorização das Casas Legislativas (Senado Federal e Assembléias Legislativas – artigos 128, §§2º e 4º, CRFB/88), até porque restariam sem efeito as previsões para a nomeação, caso a destituição ocorresse ao bel-prazer do Presidente da República e dos Governadores dos Estados.

A questão de garantir a independência diz respeito a um dos princípios institucionais do Ministério Público brasileiro, que se rege pelos postulados da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional (§1º, artigo 127, CRFB/88), esta última assegurada pelas prerrogativas mencionadas acima.

Por unidade entende-se unidade institucional; abrange os Ministérios Públicos enumerados nos incisos e alíneas do artigo 128, constituindo uma instituição única, em seus lineamentos básicos, que atua quer no plano federal, junto à justiça comum ou especial, quer no plano dos Estados, Distrito Federal e Territórios, é dizer, de caráter nacional.

Além disso, o Subprocurador-Geral da República, Francisco Dias Teixeira, em apurada exposição acerca destes três princípios constitucionais⁴¹, se refere à unidade institucional no sentido de “unidade de ação” entre os vários órgãos, de modo a se constituir “uma identidade institucional”, atentando para o contraponto feito em relação ao princípio da

⁴⁰ Os dispositivos constitucionais utilizam a palavra “mandato” ao se referirem ao tempo de permanência no cargo pelos escolhidos Procuradores-Gerais, dois anos. Aqui, impende observar que a eleição funciona como mero elemento do ato complexo de investidura, não havendo que se falar em relação representante/representado entre o nomeado e os demais membros, não existindo, na espécie, um regime de mandato propriamente (SILVA, José. Op. cit. p. 598).

⁴¹ TEIXEIRA, Francisco Dias. Op. cit.

independência funcional, pelo qual todos (os membros) se atribuem o “direito a uma atuação independente”.

Unidade, sob esse prisma, segundo o eminente membro do Ministério Público Federal e articulista, remete a uma meta: a atuação coesa dos órgãos ministeriais, independentemente de serem oriundos da estrutura da União ou dos Estados.

A indivisibilidade diz com a possibilidade de um membro substituir a outro sem que se desnature a Instituição, devido à participação do órgão ministerial inicialmente com atribuição e, posteriormente, de seu substituto legal.

Pertinente a transcrição das claras palavras de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sobre o princípio ora versado:

Este princípio é uma decorrência natural do princípio da unidade e nele poderia estar compreendido. Significa que a instituição, o organismo, não pode ser dividido. Quando um membro da instituição substitui o outro, é o próprio Ministério Público que continua a atuar. Um pode ser substituído pelo outro, sem qualquer vinculação de opinião [independência funcional] e, sem que tal fato cause a cindibilidade da instituição.

E, quanto à substituição, aduz o ilustre autor:

É preciso deixar novamente bastante claro que uma coisa é a possibilidade *in genere* de substituição de um membro por outro, todos, obviamente componentes do mesmo organismo; outra, bem diversa, diz respeito à legalidade dos atos praticados pelo substituto. As hipóteses de substituição não se dão arbitrariamente e só podem ser ditadas na forma e pela autoridade prevista em lei, observando-se, por outro lado, os limites de atribuição conferidos ao membro substituído.⁴²

Lembrando que, apesar de não ser reconhecido como princípio que emerge expressa ou implicitamente do texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁴³, o princípio do promotor natural, defendido por grande parcela da doutrina⁴⁴, não se mostra violado, eis que pré-existentes as regras de substituição ao evento processual ou pré-processual em que ocorre.

Por fim, a independência funcional, que não se confunde com o conceito de autonomia funcional, condizente ao relacionamento orgânico-institucional com os poderes de Estado, notadamente o Executivo; é o princípio de maior relevo dentre os arrolados no §1º do artigo

⁴² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. cit. p.44-45.

⁴³ *Exempli gratia*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Processual Penal. *Habeas corpus*. Princípio do promotor natural. Inexistência (precedentes). Ação penal originária no STJ. Inquérito judicial do TRF.

Denegação. HC 90.277/DF, Segunda Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. DF, 17 de junho de 2008. DJ, 01/08/2008.

⁴⁴ Pelo pioneirismo e quantidade de trabalhos afetos aos assuntos do Ministério Público: v. MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. V. também, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. cit. p.50-61.

127 da Constituição, e se traduz na liberdade de convencimento e manifestação dentro dos ditames legais, por parte dos promotores e procuradores, que, no cumprimento de seus misteres, não estão adstritos, em qualquer hipótese, à orientação de quem quer que seja, ainda naquelas em que se repute conveniente a atuação uniforme.

E aí se mostram os conflitos práticos do agir ministerial, havendo que se coadunar a unidade/indivisibilidade com a independência funcional. Contudo, as situações e formas de resolução desses conflitos não serão aqui abordadas, já que desbordariam o tema proposto.⁴⁵

Oportuno destacar que, até a Constituição de 1967 (artigo 126) o Ministério Público era encarregado da representação judicial dos interesses do Estado, arraigado que era em suas origens de *les gens du roi*, muito embora em completo descompasso com seus objetivos, o que contribuía para o enfraquecimento da independência dos membros da Instituição⁴⁶.

A Carta vigente não trouxe semelhante incumbência, e ainda:

Com o sadio veto constitucional à representação e consultoria a órgãos governamentais (art. 129, inc. IX) e conseqüente instituição da Advocacia-Geral da União (arts. 131-132), o Ministério Público da União fica afinal afastado daquelas funções espúrias, que antes o comprometiam.⁴⁷

Completando o perfil estrutural, ainda que de forma elementar, da Instituição, abram-se parênteses para duas breves notas, conquanto não muito relevantes para a análise que se pretende fazer da investigação criminal.

A primeira: existem membros do Ministério Público que funcionam junto aos Tribunais de Contas da União (e dos Estados, por simetria), com espeque nos artigos 130 e 73, §2º, I, da CRFB/88, que se caracteriza como de natureza especial, por oficiar junto a órgão não jurisdicional.

Por derradeiro, o Conselho Nacional do Ministério Público, instituído pela Emenda Constitucional 45/2004, é o órgão de controle (interno), assemelhado ao Conselho Nacional de Justiça criado para a magistratura, que se fez necessário pelas elevadas funções que adquiriu o Ministério Público com a Constituição Cidadã, para prevenir ou reprimir os abusos

⁴⁵ Fazemos remissão ao artigo citado nas notas 36 e 41.

⁴⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 218.

⁴⁷ Ibid. p. 224.

cometidos, até mesmo no que toca ao exercício de atividades investigatórias⁴⁸, se entendidas como abusivas, ilegais ou inconstitucionais.

É o que se verá adiante. Passemos, então, à análise das funções institucionais penais do Ministério Público, já restringindo a abordagem ao campo criminal.

2.3 Funções institucionais penais do Ministério Público: previsões constitucionais, legislação complementar e ordinária.

É de sabença geral, que o Ministério Público teve, com a CRFB/88, tratamento constitucional dos mais elogiados no constitucionalismo internacional, sendo reconhecido e, por muitos, tido como referência, o modelo altamente democrático por nós instituído, maximizando a importância de sua atuação por meio das funções institucionais que ao *Parquet* foram reservadas.

O rompimento com o sistema advindo dos regimes autoritários que se instalaram sucessivamente no país e as relevantes conquistas no campo dos direitos fundamentais, devidamente assegurados pelas garantias respectivas, deram origem a uma instituição que, ainda hoje, tenta se desvencilhar da idéia do “acusador implacável” na esfera penal, ferramenta do governo ditatorial anterior.

Nesse prisma, ressurge um Ministério Público consciente de seus objetivos e destinação constitucional, que, na esfera penal, exerce o direito de ação penal pública de que passou a ser titular privativo, visando legitimar, por meio do processo devido e justo, a imposição da sanção - pena - que deve recair sobre o que descumpre o mandamento proibitivo contido na lei penal, concretizando o que se convencionou chamar de *jus puniendi* estatal.⁴⁹

⁴⁸ “[...] especialmente na utilização dos inquéritos civis e ações civis públicas como, também, nos processos administrativos, de que se vem servindo como meio de investigação criminal direta, sem amparo constitucional.” É como se pronuncia, José Afonso da Silva, ao fazer seu comentário sobre o Conselho Nacional do Ministério Público (SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 608).

⁴⁹ “Conforme acentua Fenech, quando ocorre uma infração penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, como representante da comunidade perturbada pela inobservância da norma jurídica e, assim, corresponde ao próprio Estado, por meio de seus órgãos, tomar a iniciativa motu próprio, para garantir, com sua atividade, a observância da lei.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. 17ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 11-12). Leciona Fernando da Costa Tourinho Filho: “A verdadeira parte é o Estado, que tem interesse em reprimir as infrações. Mas, apesar de titular do *jus puniendi*, não pode o Estado intervir diretamente no Processo Penal como parte, e por isso, precisa [...] de funcionários que intervengam em exercício de la función pública que les está encomendada” (M. Fenech, *Derecho*, cit., v. 1, p. 178). Esses funcionários são os agentes do Ministério Público.” Acerca da natureza da intervenção do Ministério Público no processo penal, aduz o ilustre processualista: “Assim, alheio ao conflito determinante do processo, aparece o

O Ministério Público é, pois, o *dominus litis* na ação penal pública. É o dono da ação. Não no sentido de dela dispor, eis que vige em nosso ordenamento o princípio da obrigatoriedade da ação de iniciativa pública, mas no sentido de ser o único a poder manejá-la.

Consigne-se, por relevante, a hipótese de inércia do membro do *Parquet*, na qual a pretensão acusatória pode ser deduzida em juízo pelo particular (ofendido ou no caso de morte deste, as pessoas enumeradas no artigo 31 do CPP), extraordinariamente legitimado para promover a ação penal. O inciso LIX, do artigo 5º, da CRFB/88 dá respaldo a essa iniciativa.⁵⁰ Nesses casos, ainda assim o Ministério Público intervém no feito como litisconsorte necessário⁵¹.

Além da tradicional função persecutória de promoção da ação penal pública; da atuação como parte adjunta (ou interveniente adesivo obrigatório – artigo 564, III, d, *in fine*, CPP) na ação penal privada subsidiária da pública (artigo 29, CPP), que pode tomar o lugar do particular e se tornar parte principal; da atividade fiscalizadora em qualquer processo (artigo 257, II, CPP), até mesmo na ação penal de iniciativa privada, em que atua também como fiscal do princípio da indivisibilidade (artigos 45, 46, §2º, e 48, CPP); e dos casos de substituição processual (e. g., artigos 68 e 142, CPP), a CRFB/88, trouxe suas principais funções, contidas nos incisos do artigo 129, sendo duas delas especificamente relacionadas à investigação criminal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

[...]

Ministério Público como parte instrumental”, o que não exclui, porém, a imparcialidade do órgão ministerial. Conclui o emérito Professor: “*Não tendo o Estado maior interesse na acusação que na defesa, devendo o Ministério Público observar os deveres de lealdade e objetividade em relação com a verdade e a Justiça, sua atuação deve desenvolver-se com a máxima equanimidade.*” Também são apresentados por Tourinho Filho os pensamentos de Otto Mayer, para quem a justiça criminal é uma justiça de parte única, o acusado; de Carnelutti, que realça a função de parte instrumental do Ministério Público, admitindo também a “*fórmula paradójica*” parte imparcial; e de Alcalá-Zamora, que considera o Ministério Público uma magistratura *lato sensu* (organicamente), encontrando-se, no entanto, mais próximo das partes em sua atividade (processualmente) que ao juiz. Seria, pois, para o ex-Professor da Universidade de Valencia, parte *sui generis*, desinteressada, devendo atuar com objetividade e imparcialidade (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., 2007. p. 361-363).

⁵⁰ “*será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;*” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 set. 2008.

⁵¹ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, explica que se forma aí um litisconsórcio necessário unitário, na forma dos artigos 29 e 564, III, d, do CPP, aduzindo que a teoria do litisconsórcio, no processo penal, apesar de inexplorada, pode ser aplicada, adotando-se a mesma sistemática do Direito Processual Civil (Op. cit. p. 21).

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;⁵²

O artigo 129 estipula as atividades a serem desenvolvidas pelo Ministério Público, que, no campo criminal, definem a posição do mesmo durante a persecução.

Da leitura de seus incisos se depreende que, praticada determinada conduta, que, em tese, se amolda ao que abstratamente previsto pelo legislador na norma incriminadora, o órgão ministerial, deve, numa ordem lógica e numa visão sistemática, requisitar a instauração do competente inquérito policial e a realização de diligências investigatórias, sempre indicando os fundamentos de suas manifestações (inciso VIII).⁵³

Note-se que requisitar difere de solicitar, sendo mais que um pedido, isto é, uma ordem. Nada mais certo. Suas incumbências são encargos, deveres, de modo que a apuração da infração deve ser atendida pela autoridade que recebe essa requisição, que é, certamente, a autoridade policial, para que não se frustre o cumprimento de sua principal função institucional penal, a promoção da ação penal pública.

Assim, os elementos coligidos nos autos do inquérito policial podem ser utilizados para o cumprimento desse ofício, que demanda uma especial condição (por alguns entendida como integrante do interesse de agir), a justa causa, proveniente de construções doutrinárias e agora prevista expressamente no diploma processual penal brasileiro como um dos fundamentos para a rejeição da denúncia (artigo 395, III, introduzido pela Lei 11.719/08), para que não se deduza a pretensão acusatória de maneira infundada ou temerária.

A LC 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e a Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional) regulamentando o dispositivo constitucional (artigo 7º, II e artigo 26, IV, respectivamente), destacam que podem os promotores e procuradores acompanhar as diligências investigatórias que requisitarem. A LC 75/1993 prevê também a responsabilização daquele que der causa a falta injustificada ou retardamento indevido no cumprimento das requisições (§3º do artigo 7º).

⁵² BRASIL. Constituição (1988). (grifo nosso) Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 set. 2008.

⁵³ Aliás, o Código de Processo Penal – CPP já continha dispositivo acerca da requisição de instauração de inquérito pelo Ministério Público, no artigo 5º, II, ao lado da requisição feita pela autoridade judiciária. Quanto a esta, grande parte da doutrina entende não ter sido recepcionada pela Constituição, por contrariedade ao princípio acusatório. Cf. PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis. 4ª ed. rev., ampl. e atual. com Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário”. Niterói, RJ: Impetus, 2006. p. 143.

Em momento posterior, no curso das investigações procedidas pela Polícia Judiciária, tem lugar a derradeira atribuição ministerial, o controle externo da atividade policial (inciso VII, artigo 129, CRFB/88), exercido na forma das leis complementares da União e dos Estados, que regulamentam o instituto, a pretexto de observarem o comando do §5º do artigo 128 da CRFB/88.

O controle externo da atividade policial apenas passou a ser função essencial inserta no texto constitucional, vez que sempre fora de atribuição do Ministério Público. Não obstante, ficou relegada à liberdade conformativa do legislador infraconstitucional a forma de exercício, seus critérios e limites a serem observados.

A LC 75/93, atinente ao Ministério Público da União, tem capítulo próprio (III) destinado ao controle externo, dispondo em seu artigo 9º sobre as medidas judiciais e extrajudiciais de que pode se valer o Procurador da República (e o Promotor da Justiça Militar, no caso de inquérito policial militar), no acompanhamento do desenrolar das atividades policiais, tendo livre acesso em estabelecimentos policiais e prisionais (I), aos documentos relativos à atividade-fim policial (II), podendo (devendo) representar às autoridades competentes para sanar omissão, prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder (III), requisitar a instauração de inquérito por ato ou omissão policial que se subsuma a algum tipo penal (IV) e promover a ação penal por eventual crime de abuso de autoridade (V).

Instituiu-se também, por imposição da LC 75/93, a obrigatoriedade da comunicação imediata de prisão em flagrante também ao órgão ministerial e não somente ao juiz (artigo 10), para o controle de legalidade, naturalmente exercido pelo fiscal, por excelência, do cumprimento dos mandamentos legais.

Impende ressaltar que o artigo 47 do Código de Processo Penal faculta a requisição direta de maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, feita pelo *Parquet* a autoridades ou funcionários que possam ou devam fornecê-los, se existir necessidade.

Entretanto, não se trata de institucionalização ou permissivo legal expresso para a realização de investigação criminal direta pelo Ministério Público, tratam-se de elementos informativos fornecidos por órgãos da Administração Pública que podem auxiliar na formação da *opinio delicti*, ou seja, para que complemente o conjunto indiciário auferido na investigação criminal, de ordinário, procedida pela Polícia Judiciária, ou mesmo, das peças de informação recebidas de outras autoridades administrativas, de forma a conferir maior grau de certeza para a promoção do arquivamento ou oferecimento de denúncia.

A requisição de Folha de Antecedentes Criminais é exemplo clássico.

As demais funções institucionais arroladas no artigo 129 da CRFB/88, não dizem respeito propriamente à persecução penal, mas a menção a elas se mostra conveniente, mesmo porque a grande controvérsia deste trabalho gira em torno de algumas, pelo que merece transcrição o trecho ainda não explorado do dispositivo constitucional.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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

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

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

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, 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.⁵⁴

Resta observar então, quanto a estas, no que importa ao presente trabalho monográfico, que o Ministério Público, para a promoção da ação civil pública detém atribuição para a realização do inquérito civil; e detém o poder requisitório de informações e documentos, bem assim a possibilidade de expedir notificações em “procedimentos administrativos de sua competência”, o que delimita o campo de incidência desta função ao alcance desta expressão.

Há quem entenda que nesse inciso se identifica o permissivo constitucional para a realização de um procedimento investigatório criminal próprio do Ministério Público.

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). (grifo nosso). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 set. 2008.

Outros, em contraste, afirmam que a expressão acima destacada limita a realização de tais diligências investigatórias aos procedimentos instaurados pelo Ministério Público e por ele presidido, notadamente o inquérito civil.

De remate, ressalte-se que o último inciso, no qual inscreve-se uma cláusula de abertura, torna a divergência ainda mais aguda, se observarmos que outras funções podem ser conferidas por lei (complementar – artigo 128, §5º, CRFB/88), desde que compatíveis com sua finalidade.

Destarte, com base nos artigos 8º, V, da LC 75/1993 e 26, I, da Lei 8.625/1993, e nas leis complementares estaduais, entendem alguns que, a investigação criminal se compatibiliza com as funções do Ministério Público e até mesmo são delas decorrentes, consectário lógico da privatividade da iniciativa da ação penal pública.

Dessa forma, não haveria que se questionar a falta de atribuição do membro do *Parquet* que instaura procedimento administrativo criminal no âmbito da Instituição e neste realiza, por si só, diligências investigatórias, como a notificação de pessoas para fins de colheita de depoimento, inclusive com a possibilidade de condução coercitiva, conforme faculta a lei.

Por outro lado, os doutrinadores que se manifestam contrariamente a esse entendimento, procuram demonstrar a ilegitimidade dessa atividade, apoiados em diversos outros motivos, mas, sobretudo, pela falta de previsão expressa constitucional e legal para a realização de procedimento investigatório criminal, preparatório da ação penal, procedido diretamente pelo Ministério Público.

Esgrimem-se os argumentos. Uma solução *de lege lata* não se encontra. Tenta-se aqui uma abordagem sistemática.

Para isso, é que se fará uma análise dos sistemas de investigação preliminar; do modelo eleito por nós e tradicionalmente seguido; e das alterações paradigmáticas veiculadas pela Constituição vigente, no processo penal brasileiro, que demandam uma repaginação também da fase pré-processual.

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O controle social punitivo institucionalizado a que alude Eugenio Raúl Zaffaroni⁵⁵, isto é, o sistema repressivo, tem como ponto de partida a investigação criminal, procedida no Brasil, via de regra, por meio da peça informativa denominada inquérito policial.

E exatamente dessa forma que é visto, como peça meramente informativa, destinada à colheita de elementos a serem utilizados pelo responsável pela acusação para a propositura da ação penal, em face daquele cuja autoria teria sido individualizada no bojo do mesmo procedimento.

Procedimento administrativo de cunho inquisitivo. A natureza jurídica do inquérito policial tantas vezes afirmada é utilizada, por alguns, para dele excluir a aplicação de regras de garantia instituídas pela Constituição da República, orientação esta que vem perdendo campo em face do fortalecimento da matriz teórica garantista em que nos vemos hoje imersos.

Não que tenha se modificado a concepção acerca da natureza não jurisdicional da fase pré-processual da persecução penal, porém, na medida em que se passou a entender a investigação criminal como patente atentado ao denominado *status dignitatis* do indivíduo a ela submetido, gradativamente foi sendo reconhecida a necessidade de implementação de garantias constitucionais já nessa etapa preambular do processo penal.

Como forma de invasão do Estado na liberdade individual, legitimada aprioristicamente pelos indícios de cometimento de um ilícito penal, lesionando ou pondo em risco bem jurídico tutelado penalmente, formou-se uma consciência jurídica a respeito da necessidade de um devido processo como elemento constitutivo da relação processual, aplicável, no que for possível (compatível), à investigação criminal.

Ao aviso da melhor doutrina, a eleição do modelo acusatório de processo penal feita pela CRFB/88 e toda a gama de garantias individuais trazidas em seu texto, obrigam algumas reflexões acerca dessas exigências democráticas no âmbito do sistema de investigação, que vão desde o direito à não auto-incriminação à paridade de armas, de todo desejada num processo de partes, especialmente quando os resultados da investigação criminal não levada a

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimation y dogmatica juridico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998.

efeito em contraditório judicial, podem influenciar na decisão final⁵⁶, que impõe, definitivamente, a restrição da liberdade.

Nos últimos anos, a preocupação doutrinária com o tema tem se revelado bastante profícua, atingindo aos poucos a missão de adequação da legislação processual penal anterior (e posterior) aos valores democráticos originados dos trabalhos constituintes, tendendo à construção de um “Sistema radicalmente diverso daquele que inspirou o Código de Processo Penal vigente, parido sob a égide de um momento sóciopolítico e de estrutura altamente autoritária.”⁵⁷

Por conseguinte, caminha-se em direção à construção de uma justiça criminal calcada em valores humanitários e orientada pela legalidade estrita, contribuindo sobremodo na formação de uma política de segurança pública desvinculada do autoritarismo e da legislação de emergência⁵⁸, devendo com ela se afinar primordialmente o sistema de investigação preliminar levado a efeito no Brasil.

3.1 O Código de Processo Penal de 1941 e a necessária conformação também da fase pré-processual à Constituição de 1988

⁵⁶ A Lei 11.690/2008, numa interpretação *a contratio sensu*, sedimentou a possibilidade de utilização pelo juiz dos elementos informativos colhidos na investigação para fundamentar sua decisão (artigo 155, CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)” (g.n.) Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 set. 2008). De se ver que a redação resultou de reforma parlamentar ao Projeto da Comissão capitaneada por Ada Pellegrini Grinover, já que esta, se manifestava contrariamente à possibilidade de os elementos do inquérito serem utilizados para embasar a sentença condenatória: “O MP é o destinatário das investigações, devendo essas servir exclusivamente para a formação de seu convencimento sobre acusar ou não acusar [...] Nenhuma informação colhida durante a investigação poderá servir de suporte para a decisão de mérito, e muito menos para a sentença condenatória. Já sustentei, em meus inúmeros estudos, não serem provas aquelas que não se formam em contraditório, perante o juiz natural. E que, mesmo em relação às provas técnicas irrepetíveis, como o exame de corpo de delito, deverá instaurar-se o contraditório posterior, com plena participação das partes.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “Investigações pelo Ministério Público”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 145, São Paulo, p.4-5, v. 12, dez. 2004).

⁵⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 5.

⁵⁸ V., do mesmo autor, *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

O Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, disciplina, a partir do artigo 4º, o inquérito policial, espécie de investigação criminal, entre nós, a mais comum.

Conforme o acima aduzido, trata-se de procedimento administrativo de cunho inquisitivo destinado à colheita de elementos de materialidade e autoria para a formação do convencimento do membro do Ministério Público quanto a um fato noticiado, que, supostamente, se subsumiria a uma infração penal tipificada no ordenamento jurídico brasileiro.

A atividade de polícia judiciária e a apuração de infrações penais e de sua autoria são exercidas pela autoridade policial, por força do artigo 4º do CPP, se coadunando, de certo modo, com o que dispõe o artigo 144 da Constituição, pertencente ao capítulo da segurança pública, que incumbe tais funções às Polícias Federal, na União, e civis, nos Estados.⁵⁹

Consustancia, pois, o inquérito policial, a fase pré-processual da persecução penal, por excelência, tendente a subsidiar a atividade posterior de que foi encarregado o Ministério Público no artigo 129, I, da CRFB/88.

A atividade persecutória do Estado se desenvolve inicialmente, por meio desses órgãos por ele criados, a fim de levar ao juiz um caso penal a ser resolvido em um segundo momento, em conformidade com os ditames constitucionais e legais.

Desenvolve-se, então, um regular processo, a partir do recebimento da denúncia e citação do denunciado, formando-se a relação jurídico-processual. Sinteticamente, o que se tem é uma pré-ordenação de atos que legitimam a decisão final do magistrado, em obediência à máxima *nulla poena sine iudicio*.

A regularidade procedimental é, sob esse ângulo, garantia do indivíduo, que não pode ser privado de sua liberdade sem a observância do devido processo legal - artigo 5º, LIV, CRFB/88.

Afrânio Silva Jardim bem define o princípio em exame como “uma autolimitação ao poder punitivo do Estado”. E continua: “Não é valioso punir-se a qualquer preço. O processo

⁵⁹ A doutrina faz menção à distinção promovida pelo texto constitucional (§§ 1º, I e IV e 4º, do artigo 144 da CRFB/88) entre as funções de apuração das infrações penais e as atividades de polícia judiciária. Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., 1995. p. 176. Embora se possa questionar a técnica empregada pelo legislador constituinte (cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Investigação criminal e Ministério Público.” *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760>>. Acesso em: 01 out. 2008), fato é que a apuração de infrações penais permanece sendo executada pela autoridade policial da respectiva localidade, eis que ambas as funções foram atribuídas às polícias civis e à Polícia Federal. De todo modo, a questão será retomada no próximo capítulo, dentro da questão de fundo do presente trabalho monográfico.

é a ‘regra do jogo’, à qual o Estado de Direito se submete para a tutela de valores outros que lhe são caros”.⁶⁰

Muito embora em uma interpretação literal do dispositivo constitucional não seja possível extrair que tenha o princípio aplicação em sede de investigação criminal, com todos os seus consectários, ampla defesa, contraditório, entre outros, visando conferir-lhe a máxima efetividade, é mister que o agente público ou político que participar ou conduzir este procedimento administrativo respeite as regras básicas traçadas pelo legislador como limitações a sua atividade persecutória, seja ela proveniente de lei material ou processual.

Nesse prisma, a regulamentação da atividade persecutória preliminar deve ser observada, respeitando-se os limites impostos pelos direitos fundamentais, que demandam para a sua mitigação a reserva de jurisdição, *i.e.*, ordem judicial motivada, como é o caso das prisões cautelares, que, resguardadas as divergências doutrinárias, podem ser utilizadas ainda na fase da investigação criminal (artigo 5º, LXI, CRFB/88).

Assim, o sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII, artigo 5º, CRFB/88) e a inviolabilidade domiciliar (inciso XI) são assegurados pela necessidade de manifestação do juiz competente para a adoção de ações como a interceptação telefônica e busca domiciliar.

A ingerência do Poder Público na esfera das liberdades individuais em cumprimento à apuração das infrações penais, encontra obstáculo, em um processo penal democrático, na figura do juiz-garantidor ou juiz de garantias.

Criou-se um substrato propício para a afirmação da preeminência normativa da Constituição frente à ordem infraconstitucional.⁶¹

E a partir daí se mostra a “revolução copérnica”, identificada por Fauzi Hassan Choukr⁶², no processo penal brasileiro, guiada pelo sistema acusatório, em vista da privatividade da ação penal pública, titularizada pelo Ministério Público, sendo inconcebível a realização de qualquer tipo de atividade persecutória pelo juiz⁶³, que, nesta fase preliminar,

⁶⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, *apud* RANGEL, Op. cit. p. 57.

⁶¹ “*Toda ordem jurídica deve ser lida a luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela. São três as componentes principais desta preeminência normativa da Constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme a Constituição); (b) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional; (c) salvo quando não são exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se directamente mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela.*” CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991, *apud* RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 27-28.

⁶² Op. cit. *passim*.

⁶³ Portanto, a previsão recentemente incluída no artigo 156, I, CPP (Lei 11.690/08), parece não se compatibilizar com o sistema acusatório. Eugênio Pacelli de Oliveira, comentando o tema, chega a essa conclusão: “*Somente*

fica mesmo como garante dos direitos fundamentais, mantendo-se imparcial para o julgamento da causa futura.⁶⁴

Destarte, o garantismo penal de Luigi Ferrajoli (não criado, porém desenvolvido por ele), como um “sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”, “um modelo normativo de direito”⁶⁵, foi fundamental nesse processo de releitura de todo ordenamento jurídico em conformidade com o texto maior, com reconhecida força normativa e não meramente nominal.

Nessa trilha, o CPP de 1941, em seus aspectos materiais e procedimentais, deve passar pelo filtro axiológico da Constituição, mantendo-se em vigência as regras que puderem se revestir de um sentido constitucionalmente legítimo, deixando-se de aplicar aquelas cujos vícios se mostram insanáveis.

3.2 Sistemas de investigação preliminar: a condução das investigações e o relacionamento Polícia-Ministério Público no Direito Comparado

Sistemas diversos de investigação preliminar servem como parâmetros para adequação legislativa ao modelo de processo penal que adotamos no Brasil, viabilizando a visualização de alternativas quer sob a óptica do jurisdicionado (garantias fundamentais), quer sob a óptica estatal (efetividade da persecução).⁶⁶

quando em disputa, ou em risco, a lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou à efetividade da jurisdição penal é que o Judiciário deveria – e deve – manifestar-se na fase investigatória, como juiz das garantias individuais, no exercício do controle judicial de legalidade dos atos administrativos. Por isso, inadmissível e inconstitucional, por violação ao sistema acusatório, a “novidade” trazida com a Lei 11.60/08, que, dando nova redação ao art. 156 do CPP, prevê a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, diligências probatórias no curso da investigação criminal (art. 156, I, CPP).” (Op. cit. p. 46).

⁶⁴ Saliente-se, por oportuno, que, no Brasil, o juiz que se pronuncia em algum incidente processual, ainda que na fase preambular, fica prevento para o conhecimento da causa penal (artigo 83, CPP). Em outros ordenamentos, como na Itália e em Portugal, existe a cisão entre as figuras do juiz que admite a acusação e o juiz que realiza o julgamento do mérito (Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p. 49), o que garante, ainda mais, a imparcialidade do prolator da sentença.

⁶⁵ Esta é uma das acepções de garantismo vislumbradas em: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 683-686.

⁶⁶ “O estudo comparado, antes de apresentar soluções imperiosas, traduz-se como uma bússola, a orientar o legislador (nacional e transnacional) a errar menos”. SCHÖNBOHM, Horst; e LÖOSING, Norbert. “El Proceso Penal, Principio Acusatorio e Oralidad en Alemania.”, in *Un Nuevo Sistema Procesal Penal em America Latina*. Buenos Aires: Fundação Konrad Adenauer-Ciedla, 1998, *apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p.21.

Ainda que entendamos as peculiaridades de cada sociedade e os vários aspectos estruturais e conjunturais das diversas comunidades políticas quando da origem e complementação de cada diploma legislativo processual penal, pontos em comum podem ser extraídos e soluções baseadas em premissas semelhantes podem ser aproveitadas.

A utilidade da pesquisa de Direito Comparado a este trabalho monográfico é manifesta em vista das tendências mundiais de atuação dos sujeitos ligados à persecução criminal, na fase da investigação, sempre tendo em mente as orientações do princípio acusatório e do garantismo penal.

Assim, de molde a posicionar juiz, Ministério Público e Polícia Judiciária nos diferentes sistemas, faremos uma breve exposição dos modelos adotados pelos ordenamentos jurídicos alienígenas, à guisa de introdução à análise de nossa realidade dentro desse quadro.

Os modelos contemporâneos de realização da atividade investigativa podem ser divididos consoante se coloque à frente um destes três órgãos estatais que, costumeiramente, participam do sistema repressivo.

Em países como a França, a Espanha e a Argentina, esta última no que respeita ao *Código de La Nación*, o magistrado conduz, controla, coordena a investigação criminal.⁶⁷

Nestes ordenamentos, a apuração das infrações penais reclama a intervenção do chamado “juiz instrutor”.

Na França, o “juizado de instrução” é o símbolo da repressão criminal, desempenhando o juiz a função de um interrogador, assim como um policial, entretanto, não deixa de ter poderes jurisdicionais.

A Polícia Judiciária promove as *enquêtes préliminaires* que arregimentam elementos de informação, de forma autônoma ou por delegação, fornecendo os resultados de suas constatações materiais ao juizado.

Os magistrados membros do Ministério Público mantêm forte ligação com a polícia, até mesmo em nível hierárquico, fiscalizando os trabalhos policiais que, portanto, se desenvolvem sob sua estrita vigilância.

Já no direito espanhol, na prática, a condução dos trabalhos preparatórios da ação penal fica a cargo da Polícia, acompanhada pelo *Ministério Fiscal*, à semelhança do nosso modelo.

No entanto, o desenvolvimento da primeira fase do processo penal espanhol, o sumário (ou, simplesmente, investigação) se dá sob responsabilidade do juiz de instrução,

⁶⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p. 25-37.

sendo as duas fases seguintes (intermediária e juízo oral), também dirigidas por órgãos jurisdicionais.

O Código Nacional argentino, diferentemente de alguns ordenamentos provinciais (e.g. Código Provincial de Tucumã), mantém a figura do juiz instrutor, embora auxiliado pelo Ministério Público e pela Polícia, como condutor efetivo das investigações.

Ainda que possa o *fiscal* (i.e., o membro do Ministério Público) dirigir investigações, a valoração do acervo informativo permanece sendo feita pelo magistrado, a ponto de, em alguns casos, compelir o legitimado à propositura da ação a ajuizá-la.

De outra banda, colocam-se os sistemas investigativos coordenados pelo Ministério Público⁶⁸, nos quais a fase anterior à acusação propriamente dita é presidida pelo próprio exercente do direito de ação, aquele que formula a pretensão acusatória, depois de atestada a existência da infração e individualizada a respectiva autoria.

Nestes sistemas, é a Polícia *longa manus* do Ministério Público para o esclarecimento dos fatos em sede de investigação criminal.

São exemplos de ordenamentos que privilegiam este sujeito da persecução: o alemão, o português, o italiano, além do já mencionado Código Provincial de Tucumã, na Argentina.

Essa orientação tem prevalecido em muitos países, por entender-se que o titular da ação penal, destinatário dos elementos informativos colhidos na etapa preliminar, otimiza os trabalhos, quando dirige a colheita do quadro indiciário a ser por ele mesmo valorado para a formação da convicção negativa ou positiva acerca da viabilidade da demanda, justificando-se a escolha na idéia de “processo penal de partes”.

Acredita-se na materialização das diretrizes do sistema acusatório de processo penal por meio do emprego de um procedimento de investigação criminal insaturado e conduzido pelo Ministério Público (na Alemanha, *Staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren*), fugindo do modelo do “juizado de instrução”.

Contudo, há que se aludir às pesadas críticas de que vem sendo alvo a modificação feita no processo penal alemão (não muito recente, datada de 1975), ante os anseios de reforço aos direitos de defesa⁶⁹, a demonstrar a necessidade do contraponto que deve ser dado ao súdito nesta relação de poder com o Estado.

Não se pode negar que a investigação criminal espraia seus efeitos para a fase processual. Por isso, as críticas ao sistema são manifestação evidente do desejo de equilíbrio

⁶⁸ Ibid. p. 39-62.

⁶⁹ Ibid. p. 39.

entre as partes dessa relação, é dizer, da efetivação da garantia da “paridade de armas” do processo democrático.

Em Portugal, os movimentos reformistas (novo código em 1987 e reforma complementar em 1997) erigiram “um processo de estrutura essencialmente acusatória, integrante de um princípio de investigação pelo Estado”⁷⁰, expurgando o juizado de instrução até então vigente, e instituindo um inquérito dirigido pelo *Parquet*, que tem ao seu dispor a Polícia Judiciária.

Registre-se que para a doutrina portuguesa a direção do “inquérito” pelo Ministério Público não precisa ser real ou efetiva, bastando que seja funcional. Dessa maneira, a jurisprudência teve como “[...] válidos e não geradores de nulidade os actos de instrução dos processos-crime efectuados pelas Polícias ao abrigo do Despacho do Procurador Geral da República de 21 de dezembro de 1987[...]”, como acentua Manuel Lopes Maia Gonçalves.⁷¹

No que pertine ao processo penal italiano, cumpre dizer que foi este modificado consideravelmente em 1988, oportunidade em que foi criada a *indagine preliminari*, etapa pré-processual que veio para suprimir os poderes investigatórios do juiz e entregar a presidência da investigação criminal ao órgão ministerial.

De igual forma, dispõe a magistratura italiana, na qual se compreende o Ministério Público⁷², da estrutura policial, como exsurge do próprio texto constitucional peninsular (artigo 109 da Constituição da Itália).

Digno de nota o que ressaltado pela doutrina daquele país, no sentido de que cabe ao Ministério Público nesta fase, inclusive, a produção dos meios de prova que possam servir para a defesa do futuro réu, evitando-se a indesejável associação desta etapa a um verdadeiro momento de formulação da acusação.⁷³

⁷⁰ MOURA, José de Souto de. *Le Procès Penal au Portugal*. (org.) Mireille Delmas-Marty. Paris: PUF, 1992, *apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p. 43.

⁷¹ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal Anotado*. Coimbra: Almedina, 1996, *apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p. 44.

⁷² Nos idos de 1993, Ada Pellegrini Grinover demonstrava a preocupação existente em torno dessa característica do sistema italiano, diagnosticando um desequilíbrio em potencial entre as partes do processo acusatório, no que lhe acompanhavam os juristas italianos. Apontava, no mesmo estudo, a tendência ao reforço da função defensiva, que se observava não somente na Itália, como também nos novos (à época) Códigos da América Latina. Vejamos: “Alguna preocupação permanece para o sistema italiano, onde o MP e o juiz continuam integrando a mesma carreira da magistratura. Perguniávamo-nos, em Simpósio realizado na Itália, se o MP não seria visto pelo juiz como um “colega”, ocupando posição proeminente com relação à defesa e pondo em risco a par condicio; e nossa preocupação era compartilhada pelos juristas italianos. Em contrapartida, o reforço da função defensiva é evidente tanto no modelo italiano como no latino-americano.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na Legislação Latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 1, p.41-63, jan./mar. 1993).

⁷³ Cf. VOENA, Giovanni Paolo. “Attività Investigativa ed Indagini Preliminari”, in *Le Nuove Disposizioni sul Processo Penale*. Padova: Cedam, 1989, *apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p. 50.

Vêm oportunamente à baila, as palavras de Antonio Scarance Fernandes:

Diante do avanço do Ministério Público para a investigação, cresce a preocupação com o seu reflexo sobre o investigado e sua defesa. Ainda que ao se atribuir ao Ministério Público a supervisão da investigação, também se determine, como ocorre na Itália, Espanha e Portugal, que ele colha elementos de prova favoráveis ao investigado, na prática a instituição tem uma vocação para amealhar elementos que sustentem a sua acusação, descurando-se da busca de informes que auxiliem a defesa. Dirige a investigação de acordo com os propósitos da acusação e não da defesa.⁷⁴

O autor trabalha a questão na linha da argumentação acima aduzida, a respeito das críticas que vem sofrendo o sistema na Alemanha, e destaca a alternativa da “investigação defensiva” como forma de garantia do equilíbrio no processo penal de partes, tendo como base a experiência italiana descrita por Paolo Tonini. Senão vejamos:

A reforma sofrida pelo sistema processual italiano é um exemplo interessante sobre a necessidade de, em sistema acusatório, permitir-se, ao lado da investigação estatal, outra realizada pela defesa. [...]

O Código de Processo Penal italiano não disciplinou a realização da investigação defensiva, prevendo, somente, no art. 38, a faculdade de a defesa desenvolver investigação e ouvir testemunhas.

Tal dispositivo sofreu interpretação restritiva da jurisprudência, por meio de orientação que ficou conhecida como teoria da canalização, porque determinava que os elementos de prova colhidos pela defesa fossem apresentados ao órgão acusador. A teoria da canalização esvaziava a vantagem da investigação pela defesa admitida pelo Código. [...]

A introdução do art. 111 na Constituição italiana representou novo avanço para a investigação da defesa. Esse dispositivo, inserido pela Lei Constitucional 2, de 1999, assegurou a igualdade entre as partes (parte 2) e o direito ao imputado de “dispor do tempo e das condições necessárias para preparar a defesa”(parte 3). [...]

Era preciso, assim, regulamentar e estruturar a realização da investigação pela defesa, o que foi feito pelas Leis 479/99 e 397/2000. [...]

Ainda que esteja crescendo nos países europeus a preocupação com a possibilidade de a defesa realizar a investigação, como garantia do equilíbrio das partes, seus resultados não são ainda aceitos com a mesma credibilidade que têm merecido os dados obtidos em investigação realizada pela polícia e pelo Ministério Público, porque estes estão vinculados aos princípios da legalidade, da objetividade e da imparcialidade.

Apesar disso é importante a previsão italiana porque constitui relevante tentativa de alcançar maior equilíbrio entre o papel desempenhado pela polícia e pelo Ministério Público e aquele desenvolvido pelo imputado e seu advogado. [...]⁷⁵

⁷⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 276.

⁷⁵ Ibid. p. 276-278.

Noutro giro, merece nossa menção o Código da Província de Tucumã na Argentina, como exemplo latino desse modo investigativo coordenado e conduzido diretamente pelo Ministério Público, tratamento este que difere do que foi dado à matéria pelo *Código de La Nación*, como possibilita a organização estatal argentina.

Inexiste na legislação provincial o juizado de instrução e o órgão ministerial é o responsável pela avaliação das medidas a serem tomadas na preparação da ação penal, havendo também, nítida relação de subordinação funcional da Polícia para com ele.

Por último, chegamos ao sistema em que a Polícia Judiciária detém o poder de mando sobre os atos da investigação criminal⁷⁶, de que é exemplo o sistema inglês, que desconhece um órgão estatal como o Ministério Público pátrio, apesar de aos poucos se dirigir na direção de seu implemento.⁷⁷

A instauração e o desenvolvimento da fase de colheita indiciária são dominados pela polícia, estabilizada como detentora absoluta dos poderes investigatórios no desenho institucional inglês.

As tendências legislativas do processo penal contemporâneo convergem em certos sentidos, podendo ser identificada no que tange aos sistemas de realização da etapa investigatória, a transição, em adiantado estágio, do processo inquisitivo para o processo acusatório, o que revela uma propensão ao modelo do “promotor investigador”, deixando-se de lado a estrutura fundada no “juizado de instrução”, ou mesmo, a que dá poderes exacerbados à Polícia Judiciária, que abre brechas para a realização de um filtro indesejado de casos submetidos à apreciação do titular da ação.

Ademais, prima-se pelo juiz de garantias e a Polícia aparece subordinada funcionalmente ao Ministério Público.

É nesse sentido a manifestação de Aury Lopes Jr., em sua brilhante dissertação sobre os sistemas de investigação preliminar, *verbis*:

Atualmente, existe uma tendência de outorgar ao Ministério Público a direção da investigação preliminar, de modo que o *promotor investigador* poderá obrar pessoalmente e/ou por meio da Polícia Judiciária (necessariamente subordinada a ele). A instrução preliminar a cargo do MP tem sido adotada nos países europeus com um substituto ao modelo de instrução judicial anteriormente analisado. Neste sentido, a reforma alemã de 1974 suprimiu a figura do juiz instrutor para dar lugar ao promotor investigador. A partir de então, outros países, com maior ou menor intensidade, foram realizando

⁷⁶ LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 63-64.

⁷⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p. 63-64.

modificações legislativas nessa mesma direção, como sucedeu, v.g., na Itália (1988) e em Portugal (1995). Na Espanha, a Lei Orgânica (LO) 7/88 que instituiu o procedimento abreviado deu os primeiros passos nessa direção, ao outorgar ao *fiscal* maiores poderes na instrução preliminar. [...] Em regra (e assim é aconselhável que seja), o MP dependerá de autorização judicial para realizar determinadas medidas limitativas de direitos fundamentais, como as medidas cautelares, buscas domiciliares, intervenções telefônicas, etc. Caberá ao *juiz da instrução* (que não se confunde com a anterior figura do *juiz instrutor*) decidir sobre essas medidas. [...] A essa figura denominamos de *juiz garante* da investigação preliminar ou juiz de garantias.⁷⁸

Contudo, já ressoam os gritos da doutrina em busca do equilíbrio neste processo eminentemente de partes, o acusatório, que nutrem, ainda de forma incipiente, a idéia de institucionalização de uma investigação defensiva, conforme se viu na lição de Antonio Scarance Fernandes.⁷⁹

De fato, a escolha da maneira de proceder na fase preliminar carrega consigo os reflexos dessa orientação para o eventual processo que origine, pelo que se mostra válido sopesar as vantagens e desvantagens desses sistemas para a realização de uma reforma global ou mesmo para otimização da legislação existente.

3.3 O modelo brasileiro do “inquérito policial”

No Brasil, tradicionalmente, a investigação criminal se instrumentaliza, por meio do inquérito policial⁸⁰, modelo este regulado pelo Código de Processo Penal e que dá à autoridade policial o domínio fático e autonomia plena no exercício da atividade de investigação preparatória da ação penal.

Não obstante a possibilidade de requisição de diligências pelo Ministério Público, no curso do inquérito inexistente manifestação *a priori* sobre os atos praticados pela Polícia, nem mesmo se cogita de qualquer interferência judicial, salvo se comprometidos direitos fundamentais, como acima explanado.

⁷⁸ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 85-86 (grifos no original).

⁷⁹ Op. cit. p. 276-278.

⁸⁰ O inquérito policial surgiu, com essa denominação, com a Lei nº 2.033, de 20/09/1871, regulamentada pelo Decreto-lei nº 4.824, de 28/11/1871. O artigo 42 da lei assim o definiu: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., 1995. p. 176).

Até mesmo para os atos que dependem de autorização, a Polícia Judiciária, como se convencionou chamá-la, em vista da atividade que exerce, goza de autonomia em relação ao titular da ação penal, tendo capacidade de postulação perante a autoridade judiciária para, *v.g.*, representar pela quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico, bem como pela prisão preventiva ou temporária do investigado.

Ressalvada a hipótese da prisão temporária, em que o membro do Ministério Público deve ser ouvido antes da decisão do magistrado por imposição legal (artigo 2º, §2º, da Lei nº 7.960/89), nos outros casos, *de lege lata*, o Ministério Público exerce sua função *a posteriori*.

No entanto, é de se observar que, na prática, alguns juizes, conscientes do princípio acusatório admitido na CRFB/88, primam pela necessidade de manifestação do titular do direito de ação antes do deferimento ou indeferimento das medidas cautelares reais, pessoais ou probatórias pleiteadas pela Polícia.

Aliás, a designação Polícia Judiciária, já denota o relacionamento mais estreito com a autoridade judicial, conferido pela legislação infraconstitucional. Historicamente, a Polícia em sua atividade “repressiva”⁸¹ de apuração das infrações penais, sempre se relacionou diretamente com o juiz, e não com o atual destinatário dos elementos informativos coletados, o Ministério Público.

Assim é que, em conformidade com o Código de Processo Penal, que regula o inquérito policial, o requerimento de dilação de prazo para a conclusão das diligências é dirigido ao juiz (artigo 10, § 3º, CPP) e a ele são encaminhados os autos com o relatório conclusivo das investigações (artigo 10, § 1º, CPP); a autoridade policial deve fornecer informações para o julgamento (artigo 13, I, CPP) e atender às requisições de diligência e de instauração de inquérito formuladas pelo juiz (artigos 13, II e 5º, II), e assim por diante.

O papel do Ministério Público mereceu revisão em face da titularidade privativa da ação penal (artigo 129, I, CRFB/88) e da conseqüente exclusão da autoridade judiciária de qualquer atividade persecutória, no intuito de preservação da imparcialidade para o julgamento, de modo que se estreitaram as relações entre Polícia e Ministério Público sob esse novo paradigma.

A Constituição buscou construir novas bases para o modelo existente, sobretudo com a previsão do controle externo da atividade policial como função institucional do *Parquet*

⁸¹ Investigação dos delitos, logicamente, depois de praticados. Diferencia-se da polícia administrativa, que tem por “objetivo a manutenção da ordem pública: age *a priori*, preventivamente”. CRETELA JR., José. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984 apud CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p. 88.

(artigo 129, VII), além da requisição de instauração de inquérito e de diligências investigatórias (inciso VIII do artigo 129) à autoridade policial.

Quanto ao investigado/indiciado⁸², o CPP previu em seu artigo 14, a possibilidade do requerimento de diligências, ficando a sua realização condicionada ao juízo de conveniência e oportunidade da autoridade policial. Não há previsão como a da legislação italiana (apesar da mitigação jurisprudencial acima referida) de instrumentos à disposição do investigado para a obtenção de elementos de prova para auxiliá-lo em sua defesa.

Da mesma forma, não está impedido de investigar (o princípio da legalidade na dimensão do particular, extraído da idéia de que pode fazer tudo que a lei não proíba), apenas não tem suporte técnico-jurídico de uma investigação institucionalizada, como o inquérito policial, procedimento administrativo que é.

Com efeito, a atividade realizada pelo delegado de Polícia ao presidir a investigação, deve ser controlada pelo legitimado ativo para a propositura da ação penal, dotado, ademais, de amplos poderes requisitórios, em uma óptica de comunhão de interesses e de participação, visando a efetividade da persecução criminal.

Formulou-se um novo conceito de segurança pública, que passa, necessariamente, pelo engajamento de alguns atores, para que a justiça criminal não mais seja vista como mero apêndice da atividade policial.⁸³

Dentre os mecanismos do sistema de freios e contrapesos implementado pela CRFB/88 entre as várias manifestações de poder do Estado, se insere essa modalidade de controle (externo) realizado pelo Ministério Público sobre aqueles órgãos do Poder Executivo.

Consigne-se, quanto ao objeto de controle, que neste somente se insere a atividade policial de apuração de infrações penais e de sua autoria, exercida pelas polícias civis e pela Polícia Federal (polícias militares, no caso de crimes de competência da Justiça Militar). Não se fala aqui em controle da “polícia de segurança” ou administrativa, sob pena de desnaturação da função.

Outrossim, convém dar ênfase à palavra “externo”, presente no texto constitucional não de forma inútil, mas para que se atente para a instituição de uma subordinação apenas

⁸² O indiciamento é um instituto que, no Direito brasileiro, não guarda maiores significações, no sentido de que não gera qualquer tipo de efeito jurídico, a não ser a pecha de indiciado agregada ao indivíduo. Quando presentes elementos que a autoridade policial, num juízo perfunctório, entende serem suficientes à individualização da autoria, a mesma promove o indiciamento, usualmente procedendo ao interrogatório do suspeito e sua identificação criminal, nos casos em que possível. (cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. Contra: LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 302-303). Porém, este é um tema que não nos aprofundaremos neste trabalho, sendo discussão extensa que a pesquisa do Direito Comparado auxiliaria numa eventual reforma em busca de um tratamento legislativo superior.

⁸³ CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p. 87.

funcional e não hierárquica entre a polícia de atividade judiciária e o órgão ministerial, estando este último limitado ao controle dos atos afetos à investigação criminal.

Apesar da valorosa previsão constitucional do controle externo, no intuito de assegurar, em tese, a manutenção saudável do modelo de investigação criminal do inquérito policial, os múltiplos problemas corporativos gerados neste relacionamento Polícia-Ministério Público, retiram a funcionalidade do instituto, valendo transcrever a crítica pertinente de Fauzi Hassan Choukr: “O quadro é de uma esterilidade tamanha que inviabilizou a visão de conjunto desta regra constitucional em relação às demais que compõem a estrutura acusatória do novo processo penal instituído pela Constituição Federal [...]”.⁸⁴

E, em outro ponto da obra, conclui o autor: “A estrutura como atualmente montada, acrescente-se, leva potencialmente ao conflito de valores entre as instituições públicas, com o desgaste estatal na realização da investigação e uma inevitável perda de legitimação social do modelo.”⁸⁵

No meio dessa “crise” do inquérito policial, membros do Ministério Público se puseram a perquirir elementos para embasar a propositura de ações penais por si só, sem utilizarem-se da Polícia, é dizer, ao invés de a ela requisitarem a instauração de inquéritos e a realização das diligências investigatórias, exercitando *a posteriori* o controle externo da atividade policial, passaram a instaurar e presidir procedimentos investigatórios próprios, a pretexto de serem os destinatários dos elementos informativos da investigação.

A partir daí, com a projeção ativa do Ministério Público para a fase investigativa, o embate corporativo entre estes dois atores, incumbidos de funções complementares no sistema brasileiro de investigação criminal como ordinariamente procedido, tornou-se ainda mais ferrenho, colocando-se a questão acerca da legitimidade da investigação realizada pelo Ministério Público em procedimento próprio, assunto de nossas próximas linhas.

4 (D)LEGITIMIDADE DA REALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROCEDIMENTO PRÓPRIO

Afirmadas nossas premissas metodológicas, passamos a ferir a questão de fundo do trabalho.

⁸⁴ Ibid. p. 86.

⁸⁵ Ibid. p. 80.

De início, o que se pode dizer é que a investigação criminal realizada diretamente pelos membros do Ministério Público alcançou notoriedade quando passou a ser questionada perante os tribunais pátrios em casos de grande repercussão.

Conta Paulo Rangel⁸⁶, que nos idos do ano de 1999, no caso dos bancos Marka e FonteCindam, fora impetrado mandado de segurança perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região por Salvatore Alberto Cacciola, alegando a ilegalidade da providência direta do Ministério Público.

Em que pese não ter logrado êxito na defesa da tese, denegada a ordem por unanimidade, em outras provocações de nossos tribunais o resultado se diversificou, a ponto de não existir uniformidade de posicionamento até os dias de hoje.

Sobretudo nos chamados “crimes do colarinho branco” (*white collar crimes*) em que estão envolvidas autoridades políticas e pessoas de grande poder econômico, é possível observar que, no intuito de frear a impunidade e contornar o problema da omissão policial, alguns promotores de Justiça e procuradores da República, instauram e presidem procedimentos investigatórios em busca de elementos para a propositura da ação penal.

De fato, o modelo brasileiro do inquérito policial antes abordado, já demonstra ineficiência pela centralização das ações em uma estrutura policial sem condições materiais adequadas ao cumprimento de seu ofício e, ao mesmo tempo, vulnerável a influências externas.

Ocorre que, não houve no Brasil, a orientação constitucional ou legal de um sistema do “promotor investigador”, como quis Aury Lopes Jr.⁸⁷

O controle externo da atividade policial, já se disse, instituiu uma subordinação funcional da Polícia ao Ministério Público. Embora inspirado nas idéias de comunhão de esforços para a efetividade das investigações, se implementou de forma insuficiente, posto que continuou a Polícia administrativamente vinculada ao Chefe do Poder Executivo, sem garantias de independência para o exercício de tão relevante ofício.

Nesse panorama, o Ministério Público, destinatário da colheita das informações fica limitado no exercício de sua função primordial no processo penal, a promoção da ação penal pública (artigo 129, I, CRFB/88), em vista da filtragem de cunho político ou pela malfadada corrupção policial, que não é regra – é bom que se diga – mas existe e desmerece maiores comentários.

⁸⁶ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 1-2.

⁸⁷ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 154-157.

Assim, a alternativa que se buscou foi a arregimentação de informações diretamente, de forma supletiva, pelos órgãos ministeriais, em procedimentos próprios.

Colocam-se aí as seguintes indagações: (i) a atividade de investigação criminal é atribuição exclusiva da Polícia, na dicção do artigo 144 da CRFB/88? (ii) Realizá-la outro órgão feriria o devido processo legal (artigo 5º, LIV, CRFB/88)? (iii) Existe balizamento constitucional e legal para a investigação, mesmo que supletiva, pelo Ministério Público? (iv) Quem pode o mais (exercício do direito de ação penal), pode o menos (investigação criminal)? (v) Haveria algum reflexo no equilíbrio das partes no processo penal? (vi) *Quid* a imparcialidade ministerial?

Trata, portanto, esta exposição, da colocação do Ministério Público em sua posição no processo penal brasileiro, notadamente na fase pré-processual, aferindo-se a legitimidade da apuração de infrações penais realizada *sponte sua*, com espeque nos argumentos doutrinários e jurisprudenciais.

4.1 O comportamento jurisprudencial frente à questão

A princípio dever-se-á analisar como se comporta a jurisprudência, especialmente a do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça, quanto à (i) legitimidade investigativa do Ministério Público em face da Constituição e das leis regentes da Instituição.

A divergência de posicionamentos insuflou a disputa, levando ao surgimento de aspectos diversos que serão posteriormente explanados de forma mais minuciosa, na medida em que a doutrina for sendo explorada, pois, por certo, as manifestações dos autores que se pronunciaram sobre a matéria, vieram à tona por conta das resoluções de nossos tribunais ora em um sentido, ora em outro.

Perante o Supremo Tribunal Federal podem ser destacados alguns casos individuais decididos por Turmas da Excelsa Corte.⁸⁸

⁸⁸ Registre-se que o STF, sob a égide da Constituição de 1946, se pronunciava pela impossibilidade do membro do Ministério Público, ou mesmo o juiz, se imiscuírem na atividade investigatória em sede penal. Em 31/01/1957, compondo a Corte Suprema o Ministro Nélson Hungria, foi decidido o Recurso de *Habeas Corpus* de nº 34.827/AL, em que ficou assentado que: “O Código de Processo Penal não autoriza a deslocação da competência, ou seja, a substituição da autoridade policial pela Judiciária e membro do Ministério Público, na investigação de crime”. Em oportunidade diversa (julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* nº 66.176-9/SC), pouco antes da promulgação da Carta de 1988, em 26/04/1988, o entendimento foi sufragado no acórdão em que funcionou como relator o Ministro Carlos Madeira, afirmando o papel do Ministério Público na investigação

O primeiro deles é o *Habeas Corpus* nº 75.769-3/MG, julgado pela Primeira Turma, em que funcionou como relator o Ministro Octávio Gallotti, publicado no Diário da Justiça - DJ - em 28/11/1997.

Neste precedente o órgão julgador fez por bem denegar a ordem, por entender, no sentido da decisão fustigada, que os atos de investigação realizados pelo Promotor de Justiça e a instauração de inquérito administrativo, não o impediriam de oferecer denúncia.

Da curta ementa não se extrai posição explícita acerca da possibilidade da condução de investigação criminal pelo Ministério Público: “Regular participação do órgão do Ministério Público em fase investigatória e falta de oportuna argüição de suposta suspeição. Pedido indeferido”.⁸⁹ Porém, o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais havia admitido a tese, que não foi rechaçada na Suprema Corte.⁹⁰

O segundo momento jurisprudencial do Supremo ilustra-se primeiramente com o Recurso Extraordinário nº 205.473-9-AL. Desta vez a decisão foi da Segunda Turma do Tribunal, proferida em 15/12/1998 (DJ 19/03/1999), de relatoria do Ministro Carlos Velloso, estando assim ementada:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. - R.E. não conhecido.⁹¹

Aqui resta claro o posicionamento do órgão fracionário do STF contrário à instauração de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público. A negativa é categórica.

preliminar, *verbis*: “*Pode o Ministério Público requisitar a abertura de inquérito e a realização de diligências policiais, além de solicitar esclarecimentos ou novos elementos de convicção a quaisquer autoridades ou funcionários (artigos 5, II, 13, II e 47 do C.P.Penal). Compete-lhe ainda acompanhar atos investigatórios junto aos órgãos policiais e até exercer função de polícia judiciária, na ausência do delegado de polícia (art. 15, III e V da Lei Complementar 40, de 1981). Tanto, porém, não importa, intervir nos atos do inquérito e muito menos dirigi-lo, quando tem a presidi-lo a autoridade policial competente*”. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 75.769-3/MG, Primeira Turma. Rel. Min. Octávio Gallotti. DJ, 28/11/1997.

⁹⁰ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Relator Octávio Gallotti. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

⁹¹ (grifo nosso) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 205.473-9/AL, Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ, 19/03/1999.

No Recurso Extraordinário nº 233.072-4/RJ, também da Segunda Turma, julgado em 18/05/1999 (DJ 03/05/2002), relator para o acórdão Ministro Nelson Jobim, foi reafirmado o posicionamento contrário à realização da investigação direta, *in expressis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO PENAL. LEGITIMIDADE. O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido.⁹²

Na espécie, foi impetrado no Tribunal Regional Federal da 2ª Região o *Habeas Corpus* nº 1.137/RJ. Concedido o *writ* pela 2ª Turma daquele egrégio colegiado para o trancamento da ação penal, em 11/12/1996 (publicado em 05/08/1997), com parecer favorável do Ministério Público Federal - MPF, apresentado pelo Professor Juarez Tavares, o órgão ministerial que ofereceu a denúncia, irresignado, interpôs o apelo extremo. Sem sucesso.

No julgamento do *habeas corpus* no Tribunal Regional, como razões de decidir, o relator, Desembargador Silvério Cabral, adotou o parecer membro do Ministério Público Federal acima referido, vazado nos seguintes termos:

Primeiramente cumpre-nos salientar que a ação penal desfechada contra o Paciente, lastreada em inquérito penal realizado pelo próprio órgão do Ministério Público, constituiu, realmente, fato inusitado e estranho, face a falta de atribuição do Parquet quanto ao colhimento de provas com a finalidade de instaurar ação penal, eis que cabe ao mesmo, tão-somente realizar inquéritos civis, conforme reza a nossa Carta Magna, em seu artigo 129, quando dispõe a respeito das funções institucionais do Ministério Público.

Assim, as diligências investigatórias destinadas ao inquérito policial refogem ao âmbito de atuação interna do Ministério Público, exatamente porque devem ficar afetas a quem tenha a titularidade de instaurar esse tipo de procedimento, isto é, a polícia civil, e, nesse passo, mister ressaltar que é necessário que as funções fiquem bem delimitadas. Cada poder, cada órgão ou membro de Poder com suas atribuições e competências bem definidas, sob pena de se descumprir a regra, também constitucional, do devido processo legal. Isso porque, quando se definem, estabelecem-se limites, não podendo haver funções ou atribuições superpostas. Se as há, ou serão conflitantes (devido processo legal ferido), como no caso em tela, ou serão desnecessárias (economia processual desprezada, com desgaste da máquina estatal).

Deste modo, este não é o caso dos autos, eis que o próprio representante do Parquet, sem motivação aparente, instaurou inquérito administrativo que ele

⁹² (grifo nosso) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 233.072-4/RJ, Segunda Turma. Rel. Min. Nelson Jobim. DJ, 03/05/2002.

mesmo realizou, exorbitando sua competência legal e o qual culminou com o oferecimento de denúncia abusiva.⁹³

Apesar do voto divergente do Desembargador Paulo Espírito Santo, que denegava a ordem considerando que a intimação do paciente para depor (sob pena de condução coercitiva) não perfazia investigação criminal (inquérito, Cf. consta no voto), acordou, por maioria, aquela Turma, na forma do voto do relator.⁹⁴

Já no julgamento do recurso extraordinário pelo Supremo, houve posições realmente divergentes em torno da possibilidade de o órgão ministerial promover investigação criminal sem intermédio da Polícia.

Os Ministros Néri Silveira⁹⁵ e Maurício Corrêa conheceram e deram provimento ao recurso do MPF para a retomada da ação penal. Já os Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio, mantinham o entendimento de que falece atribuição investigatória criminal ao *Parquet*, não conhecendo, pois, do extraordinário.

Ato contínuo, o Ministro Carlos Velloso também não conheceu do recurso, porém com fundamentação diversa, aplicando ao caso o enunciado nº 283 da Súmula de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.⁹⁶

Nada obstante, a ementa acima apresentada traz o consenso dos Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio quanto à questão de fundo, não analisada pelo Ministro Velloso.

Por fim, mas não menos importante, muito pelo contrário, o precedente que gerou talvez as maiores discussões⁹⁷ sobre a legitimidade investigativa do Ministério Público no

⁹³ Trecho retirado do relatório do Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

⁹⁴ O Desembargador Castro Aguiar aderiu ao voto do relator. Eis a ementa do acórdão: “*HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. O representante do Parquet, sem motivação aparente, instaurou inquérito administrativo que ele mesmo realizou, exorbitando sua competência legal e o qual culminou com o oferecimento de denúncia abusiva. Ordem de habeas corpus concedida como requerida na inicial*”. Disponível em: <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

⁹⁵ O Ministro Néri da Silveira se reportou ao seu voto proferido na ADI nº 1571-1 - não específica sobre o tema, mas sobre o artigo 83 da Lei 9.430/96, que fala da representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária – em que havia ponderado que para promover a ação penal “*pode o MP proceder às averiguações cabíveis, requisitando informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos preparatórios da ação penal (CF, art. 129, VI)*”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

⁹⁶ “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*”. Na hipótese, o fundamento autônomo era a falta de dolo aventada no voto do Desembargador Castro Aguiar. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

⁹⁷ Explica-se a maior notoriedade pela transcrição do voto condutor do Ministro Nelson Jobim, no Informativo de Jurisprudência do STF de nº 314, de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 nov. 2008. Marcellus Polastri, Lênio Streck e Luciano Feldens, criticaram o precedente expondo seus pontos de vista respectivamente em: LIMA, Marcellus Polastri. “O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise de recente decisão do STF.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p. 371-391, jan./fev. 2004; e STRECK, Lenio Luiz; e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do*

âmbito criminal, o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 81.326-7/DF, da mesma Segunda Turma, relator originário do feito e para o acórdão, Ministro Nelson Jobim, publicada em 01/08/2003.

Impetrados *habeas corpus* sem sucesso perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça, chegou o caso em sede recursal ao Supremo, que deu solução diversa da dos tribunais subjacentes.

Questionava-se o procedimento parquetário instaurado por membro do Ministério Público distrital, cognominado Procedimento Administrativo Investigatório Supletivo – PAIS, em que se expediu requisição para que Delegado de Polícia comparecesse ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial (criado pela Portaria nº 799, de 21/11/1996, do Chefe do Ministério Público do Distrito Federal), onde seria ouvido.

As contra-razões recursais se baseavam no permissivo do artigo 8º, VII, da LC 75/93, atinente às notificações e intimações que poderiam ser expedidas no âmbito do Ministério Público da União, a que pertence o órgão distrital, para instruir os procedimentos e inquéritos que instaurasse, bem assim afirmava não ser a apuração de infrações penais atribuição exclusiva da Polícia, o que

inverteria os papéis constitucionalmente definidos, tornando as polícias civil e federal, no âmbito das suas atribuições, em verdadeiros titulares da ação penal, na medida em que o Ministério Público somente poderia denunciar aqueles fatos ilícitos que as polícias entendessem por bem investigar, cabendo-lhes decidir, em última análise, em quais casos, quando e como o Ministério Público poderia agir.⁹⁸

O Ministro Nelson Jobim, relator, proferiu seu voto após digressão histórica acerca do modelo brasileiro de investigação tradicional, o inquérito policial, antes da CRFB/88, com menção à proposta de instituição, em terras brasileiras, dos juizados de instrução pelo então Ministro da Justiça, Vicente Ráo (1936), que, entretanto, não vingou.

Somou a isto, o que Francisco Campos ponderou acerca da manutenção do inquérito policial, na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941.

Citando Espíndola Filho e antigo precedente de Nelson Hungria no Tribunal⁹⁹, concluiu pela atribuição exclusiva da polícia, ante a “legitimidade histórica para condução do inquérito policial e realização das diligências investigatórias”.

Ministério Público. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁹⁸ Trecho extraído do relatório do Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

⁹⁹ v. nota 88.

Na seqüência, o Ministro fez alusão à rejeição na Assembléia Nacional Constituinte de 1988 de uma instrução preliminar presidida pelo Ministério Público e também de Propostas de Emenda Constitucional de 1995 (de nº 109 e 59) e 1999 (nº 21), em processo legislativo regular, depois da promulgação da CRFB/88, mantendo-se a tradição.¹⁰⁰

E, afirmando que a Constituição conferiu à polícia civil as funções de polícia judiciária e apuração das infrações penais (artigo 144, §4º, CRFB/88) e que a LC 75/93 cingiu-se aos contornos dados pela mesma à atuação ministerial na fase preliminar da persecução penal, asseverou que:

A Constituição Federal dotou o MINISTÉRIO PÚBLICO do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129. VIII).

A norma constitucional não contemplou, porém, a possibilidade do mesmo realizar e presidir inquérito penal.

[...]

Não cabe, portanto, aos seus membros, inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crimes.

Mas, requisitar diligência à autoridade policial.¹⁰¹

Acordaram os componentes da Turma, à unanimidade, na forma do voto do relator, tendo, desta vez, o Ministro Carlos Velloso, aderido à tese explicitamente.¹⁰²

O Plenário do Supremo se deparou com a questão em um caso de ação penal originária da Corte, eis que nos autos do Inquérito nº 1.968/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, discutia-se o recebimento ou não da denúncia oferecida contra o ex-Deputado Federal Remy Abreu Trinta e outros, que, em tese, teriam auferido vantagens por meio de fraudes perpetradas em detrimento do Sistema Único de Saúde, cujas informações preliminares teriam sido colhidas no âmbito do Ministério Público Federal.

¹⁰⁰ Foram arroladas pelo Ministro Nelson Jobim as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, durante a Assembléia Nacional Constituinte. Depois de promulgada a CRFB/88, os projetos de emendas constitucionais objetivavam inserir dentre as funções institucionais do Ministério Público, a investigação criminal (PEC 109/95 e PEC 59/95) ou destacavam infrações penais de relevância social, cuja instrução seria feita perante o Poder Judiciário, precedidas de investigações preliminares do Ministério Público (PEC 21/99). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

¹⁰¹ Voto do Ministro Nelson Jobim, relator, RHC 81.326-7/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 nov. 2008. Vale deixar consignado que na ementa ficou registrado o seguinte: “*A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial*”, no que incorreu claramente em mero erro material, não fosse assim haveria aí uma impropriedade (e há, de fato, quem critique a decisão com base nisto – LIMA, Marcellus Polastri. Op. Cit., 2007. p. 92-93), já que inquérito policial, logicamente, somente a Polícia realiza. No voto, o Ministro Jobim utiliza-se da expressão inquérito penal, conforme destacado no texto, para se referir ao procedimento de investigação criminal do Ministério Público (grifo nosso).

¹⁰² Cf. registro feito na sessão de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

O Informativo de Jurisprudência nº 325 do STF, de outubro de 2003, veiculou notícia acerca do julgamento parcial, sob o título “Ministério Público e Poder de Investigação”.¹⁰³ Na sessão de 15/10/2003, o Ministro Marco Aurélio, relator, rejeitou a denúncia, por entender pela impossibilidade de o órgão ministerial realizar diretamente investigações na esfera criminal, mas apenas de requisitá-las à autoridade policial competente, no que foi acompanhado pelo Min. Nelson Jobim. Nestas circunstâncias, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa.

Teve continuidade a votação na sessão de 1º/09/2004, quando proferiu seu voto o Ministro Joaquim Barbosa, no sentido contrário, abrindo a divergência e recebendo a denúncia, primeiramente por não ter vislumbrado na espécie a realização de investigação direta pelo Ministério Público, e secundariamente que

a outorga constitucional, ao parquet, da titularidade da ação penal implicaria a dos meios necessários ao alcance do seu múnus, estando esses meios previstos constitucional (CF, art. 129, IX) e legalmente (LC 75/93, art. 8º, V; Lei 8.625/93, art. 26). Asseverou que, apesar do Ministério Público não ter competência para presidir o inquérito policial, de monopólio da polícia, a elucidação dos crimes não se esgotaria nesse âmbito, podendo ser efetivada por vários órgãos administrativos, tendo em conta o disposto no parágrafo único do art. 4º do CPP. Ressaltou que a premissa de que o art. 144, §1º, IV, da CF teria estabelecido monopólio investigativo em prol da polícia federal poria em cheque várias estruturas administrativas e investigativas realizadas por diversos órgãos no sentido de combater uma série de condutas criminosas.¹⁰⁴

Os Ministros Eros Grau e Carlos Britto engrossaram a divergência, havendo novo pedido de vista, desta vez do Ministro Cezar Peluso.¹⁰⁵

Apesar da esperada resolução do intérprete mor da Constituição para a *vexata quaestio*, não pôde o Pleno cumprir com a função pacificadora da jurisdição, uma vez que pela perda superveniente do foro por prerrogativa de função do denunciado Remy Abreu Trinta, os autos foram remetidos ao juízo de primeira instância competente para o recebimento da denúncia.¹⁰⁶

¹⁰³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

¹⁰⁴ Cf. Notícia complementar “Ministério Público e Poder de Investigação – 2”, constante do Informativo de Jurisprudência nº 359 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

¹⁰⁵ Loc. cit.

¹⁰⁶ v. p. 6 de nosso trabalho.

Posteriormente, em outros casos particulares os ministros que já se manifestaram sobre a matéria e ainda permaneceram na Corte, continuaram firmes em seus posicionamentos.¹⁰⁷

Na recentíssima sessão de 28 de outubro do corrente ano, a Segunda Turma do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 535478/SC, que teve como relatora a Ministra Ellen Gracie, no qual se sustentava a invasão de atribuição da Polícia Judiciária pelo membro do Ministério Público que havia presidido investigação, negou-se provimento ao recurso e, por via de consequência, entendeu-se legítimo esse proceder ministerial.

Novamente o conhecimento da decisão à comunidade jurídica se deu por meio do Informativo de Jurisprudência do Tribunal, conforme o que se passa a transcrever:

A Turma negou provimento a recurso extraordinário, em que se sustentava invasão das atribuições da polícia judiciária pelo Ministério Público Federal, porque este estaria presidindo investigação criminal, e ilegalidade da quebra do sigilo de dados do recorrente. [...] Quanto à questão relativa à possibilidade de o parquet promover procedimento administrativo de cunho investigatório e à eventual violação da norma contida no art. 144, § 1º, I e IV, da CF, considerou-se irrelevante o debate. Asseverou-se que houvera a devida instauração de inquérito policial para averiguar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, bem como que o Ministério Público requererá, a título de tutela cautelar inominada, ao juízo competente, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários do recorrente.¹⁰⁸

Todavia, uma segunda informação foi adunada e, nesta, houve colocação sobre a atuação ministerial na seara investigativa, conforme se vê abaixo:

Considerou-se, ademais, que, mesmo que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente, haja vista que a denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do Ministério Público sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o CPP. Reputou-se não haver óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, especialmente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias. Aduziu-se, tendo em conta ser princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes

¹⁰⁷ A pretexto, confira-se os votos proferidos em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 86.860-6/SP, Primeira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ, 20/03/2007.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. “Ministério Público e Investigação Criminal – 1”. Informativo de Jurisprudência nº 526, referente ao período de 27 a 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios, que se a atividade fim — a promoção da ação penal pública — foi outorgada ao parquet em foro de privacidade, não haveria como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a denúncia. Dessa forma, concluiu-se pela possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público, especialmente quando se verifique algum motivo que se revele autorizador dessa investigação.[...] ¹⁰⁹

De se ver, que da Suprema Corte não promana posicionamento uniforme, não podendo se falar sequer em uma tendência de orientação pela legitimidade ou ilegitimidade dos procedimentos de investigação criminal do Ministério Público.

No Superior Tribunal de Justiça, perdura a controvérsia a esse respeito.

Rogério Lauria Tucci, em sua obra específica sobre o tema cita um apanhado de acórdãos da Quinta e da Sexta Turmas do STJ, competentes para o julgamento da matéria, prolatados entre os anos de 1998 e 2003 (*e.g.*, Quinta Turma: em sede de *Habeas Corpus*, os de nº 7.445/RJ e 13.3368/DF, relator o Ministro Gilson Dipp; 18.060/PR e 27.113/MG, relator o Ministro Jorge Scartezzini; 31.408/SP, relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca; Recursos de *Habeas Corpus* nº 6.128/MG, relator o Ministro Felix Fisher; 8.106/DF e 11.888/MG, relator o Ministro Gilson Dipp; e 10.111/DF, relator o Ministro Édson Vidigal; e da Sexta Turma: Recursos de *Habeas Corpus* nº 8.025/PR, 10.225/DF e 11.637/SC, relator o Ministro Vicente Leal; 11.670/RS, relator o Ministro Fernando Gonçalves; Recurso Especial nº 223.395/RJ, relator o Ministro Fernando Gonçalves), em que perfilhado o entendimento da admissibilidade da ação investigatória direta do Ministério Público. ¹¹⁰

Saliente-se que, com espeque nesse entender, especialmente em algumas decisões que apreciavam a questão de forma oblíqua, de que é primeiro exemplo o *Habeas Corpus* nº 9.023/SC, em que funcionou como relator o Ministro Felix Fisher (Quinta Turma), o Superior Tribunal de Justiça aprovou o enunciado nº 234 de sua Súmula de jurisprudência dominante (DJ de 05/02/2000): “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”. ¹¹¹

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. “Ministério Público e Investigação Criminal – 2”. Informativo de Jurisprudência nº 526, referente ao período de 27 a 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

¹¹⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit. p. 22-23. Ao apanhado jurisprudencial deve ser acrescentado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RHC. Procedimento investigatório instaurado pelo MP. Acusação a agente da autoridade policial. Ação penal. Ausência de Repercussão. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 10.947/SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DJ 12/08/2003. Aqui, considerou-se legítima a investigação ministerial por se tratar de crime em tese cometido por policial, tendo-se isto como forma de exercício do controle externo da atividade policial.

¹¹¹ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

No entanto, antes disso, a Sexta Turma tinha dois julgados datados de 07/11/1995 e 13/02/1996, nos Recursos Ordinário em *Habeas Corpus* nº 4.769/PR (Ministro relator Luiz Vicente Cernicchiaro) e Especial nº 76.171/AL (Ministro relator William Patterson), no sentido diametralmente oposto.¹¹²

E mais. Não obstante o caminho trilhado pelas Turmas do Egrégio Tribunal entre os anos de 1998 e 2002, em ulterior decisão, na sessão de 16.03.2004, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 32.586/MG, substitutivo de recurso ordinário, de relatoria do Ministro Paulo Medina, denegou-se a ordem por unanimidade.

Consoante o voto do relator, que minudencia o que foi plasmado na ementa, o membro Ministério Público tem a faculdade de acompanhar diligências policiais (artigo 26, IV, in fine, Lei 8.625/1993); não pode “o órgão ministerial, **sponte propria**, instaurar e conduzir inquérito com vistas a dar azo à persecução criminal, por compreender que tal atribuição está reservada à Polícia Judiciária, a teor do que dispõe o art. 144 da Constituição Federal”.¹¹³

Em suma, também neste Tribunal não é pacífico o tema. Basta ver, como desfecho desta apresentação de decisões judiciais, a ilustrativa notícia referente ao julgamento do Recurso Especial nº 494.320/RJ:

O Min. Relator negou provimento ao recurso ao fundamento de que, não obstante a legitimidade da atuação em conjunto entre Polícia Civil e Ministério Público, entende que a instauração do procedimento investigatório criminal é de atribuição exclusiva da polícia judiciária, motivo por que não há como subsistir aquele que tramita no âmbito do *Parquet*. O Min. Nilson Naves, em seu voto-vista, questiona se também o Ministério Público pode promover investigação policial, que, consoante o acórdão recorrido, “da análise combinada dos arts. 127 e segts. e 144, § 4º da CF/1988, bem como do art. 26 da Lei n. 8.625/1993, tem-se a nítida impressão de que o MP está avançando além dos limites que a CF/1988 e a lei lhe impuseram. Não obstante os textos indicados, há entendimento, e bom, no sentido de que as polícias não têm o exclusivo direito à investigação criminal. Saber se, a par das investigações destinadas às polícias nas áreas federal e estadual, o MP pode, concorrentemente, desempenhá-las é indagação que reúne em torno de si va-

¹¹² Nestes se assentou, respectivamente, que: “[...] Ministério Público e magistratura não podem estar comprometidos com o caso sub judice. Daí a possibilidade de arguição de impedimento, ou suspeição dos respectivos membros. Se um ou outro atua na coleta de prova que, por sua vez, mais tarde será a base do recebimento da denúncia, ou do sustentáculo da sentença, ambos perdem a imparcialidade no sentido jurídico do termo[...] Além disso, é tradicional, não se confundem três agentes: investigador do fato (materialidade e autoria), órgão de imputação e agente do julgamento [...]” e “A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão de ação civil pública (art. 129, III, CF). De outro modo, haveria uma polícia judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF, segundo a qual o MP deve exercer, conforme lei complementar, o controle externo da atividade policial [...]” (v. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit. p. 53-54.).

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. HC 32.586/MG. Rel. Min. Paulo Medina. DJ 30/08/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

riada gama de opiniões. Sua opinião é, acompanhando o Min. Hamilton Carvalhido, que lavrará o acórdão, no sentido de reconhecer ao MP a possibilidade de realizar investigações tendentes ao oferecimento da persecução de delito que tenha sido praticado. Reconhecer ao MP a possibilidade de realizar tais investigações é, na realidade, prestigiar a instituição, conferindo-lhe o papel da obtenção dos elementos suficientes, para, se for o caso, instaurar a ação penal, o que está dentro do que lhe foi conferido pela Constituição. A Turma, renovando o julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso. REsp 494.320-RJ, Rel. originário Min. Paulo Medina, Rel. para acórdão Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 26/10/2004.¹¹⁴

4.2 Investigação criminal realizada pelo Ministério Público em procedimento próprio - antagonismo doutrinário acerca da “investigação direta”

Cinge-se a controvérsia, em apertada síntese, à aferição da constitucionalidade e legalidade do exercício de funções investigatórias em sede criminal por parte dos membros do Ministério Público.

Do cotejo entre as disposições constitucionais e as normas das leis orgânicas da Instituição não se extrai alguma antinomia patente¹¹⁵. Trata-se, pois, de uma questão de esforço interpretativo.

A doutrina, longe de ser unívoca, apresenta, de um lado, argumentos jurídicos e metajurídicos legitimadores desse proceder, existindo, em contraponto, pareceres que conferem interpretação diversa do direito posto e levantam obséquios consideráveis à possibilidade da investigação criminal direta.

Luís Roberto Barroso, sempre lúcido, define bem como se apresenta a discussão doutrinária:

Como é comum em situações nas quais há argumentos consistentes em prol dos dois lados, o debate tornou-se apaixonado. No mercado de idéias sobre a matéria, além da questão constitucional propriamente dita, podem ser encontrados perspectivas filosóficas e sentimentos diversos a propósito do papel do direito penal e da persecução

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência nº 226, referente ao período de 25 a 29 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

¹¹⁵ Muito embora tenham sido propostas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (nº 2.202, 2.613 e 2.703) - sem sucesso por ter perdido a legitimidade ativa o Partido Social Liberal, que as ajuizou - de alguns dispositivos da LC 75/93, da Lei 8.625/93 e de leis do Estado de Minas Gerais, por se vislumbrar a permissão da realização de diligências investigatórias criminais, contrariando supostamente o texto constitucional.

criminal, visões antagônicas acerca das causas da violência, da impunidade e da corrupção na sociedade brasileiras, além de interesses institucionais, corporativos e profissionais contrapostos.¹¹⁶

Tomar uma posição significa necessariamente visualizar suas decorrências práticas no âmbito da política criminal. Por isso, a relutância na aceitação de uma ou outra posição pelos lados antagônicos da doutrina. E as infundáveis discussões permanecem, pois, como visto, nem mesmo o Supremo deu um norte para a resolução do problema acerca da legitimidade investigativa do Ministério Público.

4.2.1 Dos argumentos de legitimidade

As manifestações doutrinárias iniciam por afirmar a possibilidade da realização de investigação criminal em procedimento próprio do *Parquet* como consectário lógico da titularidade privativa da ação penal pública, que lhe foi acometida pela Constituição de 1988.

Dessa forma, decorreria, naturalmente, da função institucional prevista no inciso I do artigo 129 da CRFB/88, eis que para a promoção da ação penal é necessária a colheita de um conjunto indiciário mínimo, que ateste a materialidade delitiva e aponte para um provável autor.

Se o Ministério Público tem o poder-dever de promover a ação penal pública e a mesma não pode se dar de forma temerária, infundada, havendo necessidade do que se convencionou chamar de justa causa¹¹⁷, eis que a simples instauração do processo penal já atinge o *status dignitatis* do imputado, somente pode fazê-lo se tiver em mãos os meios necessários à formulação da acusação.

Encontra aplicação a teoria dos poderes implícitos, cunhada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento *MacCulloch vs. Maryland*, segundo a qual o constituinte ao conceder a determinado órgão ou instituição uma função, implicitamente lhe concede os meios necessários à consecução dos fins colimados, sob pena de frustrar o exercício do múnus constitucional atribuído.

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 220.

¹¹⁷ Utilizando o clássico conceito de Afrânio Silva Jardim, a justa causa constitui: “*lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação*” (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 96).

Assim, desnecessária seria a explícita autorização ao Ministério Público para a realização da investigação criminal no texto constitucional, que lhe deu a privatividade do exercício do direito de ação, nos casos de iniciativa pública.¹¹⁸

É o que preleciona Aury Lopes Jr., em seu “Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal”:

Resulta óbvio que se legislador atribui ao MP a titularidade da ação penal pública – atividade fim – deverá conceder-lhe também os meios necessários para alcançar de forma mais efetiva este fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, deverá estar sob seu mando.¹¹⁹

Portanto, a investigação direta realizada pelo Ministério Público está implícita na promoção, privativa e obrigatória¹²⁰, da ação penal pública.

“Quem pode o mais, pode o menos”. Dessa máxima jurídica se valem os doutrinadores que consideram intuitiva a instauração desses procedimentos investigatórios criminais pelo *Parquet*. Dentre suas funções institucionais, além da promoção da ação penal pública, estão a requisição de diligências investigatória e de instauração de inquéritos policiais aos delegados de polícia (inciso VIII, artigo 129, CRFB/88) e o controle externo da atividade policial (inciso VII), de onde se depreende que podendo “o mais”, nada obstará que realizasse “o menos”, isto é, instaurar um procedimento próprio de investigação criminal e efetuar as diligências *sponte sua*.¹²¹

Ademais, não é o inquérito policial peça indispensável à dedução da pretensão acusatória, podendo o Ministério Público se valer de outras peças de informação, conforme amplamente aceito na doutrina e pela jurisprudência dos tribunais.¹²²

¹¹⁸ ARAÚJO, Maria Emília Moraes de; CORRÊA, Paulo Fernando; e SILVA, Aluísio Firmo Guimarães da. “A Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 66, maio de 1988.

¹¹⁹ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 155.

¹²⁰ Vige, em nosso ordenamento, o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública. A pretexto, v. JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

¹²¹ Consigne-se que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.309, ainda não julgada, que pretende ver declarada a inconstitucionalidade de incisos do artigo 8º da LC 75/93 e, por arrastamento, de Resoluções do Conselho Superior do Ministério Público, o à época Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, em percuciente parecer, chega ao resultado da legitimidade investigativa em âmbito criminal da Instituição por ele chefiada, por meio de uma interpretação teleológica dos dispositivos constitucionais, negando, porém, a se utilizar dos “poderes implícitos”, visto que segundo ele não seria uma questão de “quem pode o mais, pode o menos”. Cuida-se de “funções institucionais do Ministério Público”, que se materializam nas atribuições de agir positiva (denúncia) ou negativamente (arquivamento). BRASIL. Parecer Procurador-Geral da República. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.309. Associação dos Delegados de Polícia do Brasil. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

¹²² e.g., BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 1.957/PR. Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ 11/05/2005 (“I. - A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública,

O artigo 12 do Código de Processo Penal dispõe que “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”¹²³, admitindo a interpretação *a contrario sensu*, segundo a qual é dispensável ao oferecimento de denúncia, desde que o Ministério Público tenha elementos que a viabilizem.

Desenvolve-se a possibilidade de substituição do inquérito por outra investigação preliminar conduzida pelo próprio órgão ministerial.¹²⁴ Peças de informação recebem, pois, conotação de gênero de investigação criminal, sendo qualquer conjunto de elementos informativos que possui o Ministério Público acerca de um fato delituoso para a formação da *opinio delicti*¹²⁵, inclusive o procedimento instaurado no âmbito da Instituição, e não somente as hipóteses descritas nos artigos 27 e 40, e o expediente que se forma a partir da representação do ofendido, previsto no artigo 39, §5º, todos do CPP.¹²⁶

Não obstante a redação da parte inicial do *caput* do artigo 156 do CPP (“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”)¹²⁷ e a confirmação da mesma com a edição da recente Lei 11.689/08 (que ao alterar o dispositivo, o manteve nesta parte), vale o registro de que havia quem dissesse que não teria sido recepcionada essa primeira parte da cabeça do artigo.

A tradicional concepção acerca da distribuição do ônus da prova no processo penal, capitaneada por Hélio Tornaghi, é feita entregando-se à acusação a comprovação do fato penalmente tipificado e a culpa estrito senso, fatos constitutivos da pretensão punitiva, e ao acusado a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos da mesma, é dizer, inexistência de dolo, causas extintivas da punibilidade, causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade. Dispunha Tornaghi:

podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção”).

¹²³ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941). Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 08 nov. 2008.

¹²⁴ Marcellus Polastri Lima faz a seguinte observação: “É de ressaltar-se que, conforme temos insistido, se trata aqui de investigações procedidas pelo **Parquet** através de procedimentos próprios e não de instauração de “inquérito” por este órgão, pois inquérito é a denominação dada ao procedimento investigatório realizado pela polícia judiciária ou outro órgão para o qual a lei determine tal nomenclatura (v.g., inquérito judicial e inquérito da Comissão Parlamentar)” (Op. cit., 2007. p. 92).

¹²⁵ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 176.

¹²⁶ “Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.”; “Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.”; e “Art. 39. [...] § 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.” (BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 08 nov. 2008).

¹²⁷ Loc. cit.

[...]o sentido do art. 156 deve ser este: ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato objeto da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu. Na verdade, o ônus da prova compete àquele a quem o fato aproveita. Essa, aliás, é a orientação do Código de Processo Civil (art. 333, I e II).¹²⁸

Ocorre que, à luz da CRFB/88, consagrada a presunção de inocência (ou não culpabilidade, como se prefira) – artigo 5º, LVII¹²⁹ -, bem assim ante a eleição do sistema acusatório, surgiu com certa força corrente doutrinária defendendo a outorga da totalidade do ônus probatório à acusação. O Ministério Público estaria incumbido de toda a prova, entendendo-se a presunção de inocência como inversora total do ônus.

Com efeito, se desmerecia também os poderes instrutórios do juiz (parte final do *caput* do artigo 156 do CPP, na redação anterior), tendo que, no caso de “dúvida sobre ponto relevante”, deveria o magistrado decidir com base no *in dubio pro reo*.¹³⁰

A rigor, no processo-crime quem oferece pretensão é o Ministério Público, não podendo a resistência do réu receber cores de pedido no sentido técnico. Dessa forma, o *Parquet* deve se desincumbir deste ônus seu exclusivo de provar para desconstruir o estado de inocência, pelo que se chega à conclusão de que a atividade preparatória do processo penal lhe seria inerente.¹³¹

O destinatário dos elementos informativos do inquérito policial poderia por si mesmo colher indícios por meio de um procedimento próprio, para formar sua convicção e, conseqüentemente, formular a *opinio delicti* provando o que alegasse.

Consideram os defensores da tese como algo inatacável, a idéia de que a investigação criminal direta é o meio necessário à propositura da ação penal (fim), até mesmo, para que cumpra o Ministério Público o papel institucional a ele reservado de defesa da ordem jurídica, violada pela ocorrência da infração penal.

É assim que, Marcellus Polastri Lima, Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sua obra “Ministério Público e persecução criminal”, lança mão da seguinte

¹²⁸ TORNAGHI, Hélio. Op. cit. p. 308.

¹²⁹ Art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 05 nov. 2008.

¹³⁰ É certo que sempre prevaleceu a posição capitaneada por Ada Pellegrini Grinover, que admitia os poderes instrutórios do juiz, desde que de forma supletiva, depois de esgotada a atividade probatória das partes (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit.). Todavia, a Lei 11.690/08, que altera alguns dispositivos do CPP, além de reafirmar a faculdade probatória do juiz, foi além. Dividindo o artigo 156 em incisos, previu no primeiro deles a possibilidade de o juiz determinar de ofício diligências probatórias no curso do inquérito, o que já é visto como inconstitucional, por violação ao sistema acusatório. Nesse sentido: v. nota 63 *retro*.

¹³¹ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 93.

pergunta retórica: “E alguém dúvida (*sic*) que uma instituição que tem por finalidade a **magnitude da defesa da ordem jurídica**, e a privatividade da promoção da ação penal pública, não poderia investigar para o alcance desta finalidade?”¹³²

Muitos acreditam ser um verdadeiro contra-senso o entendimento contrário. É o caso de Hugo Nigro Mazzilli:

Seria um contra-senso negar-lhe a possibilidade de investigação direta de infrações penais, quando isto se faça necessário, seja nos casos em que a polícia tenha dificuldades, seja até mesmo quando os próprios policiais, porque envolvidos em crime, tenham desinteresse na apuração dos fatos.¹³³

A propósito, a omissão policial e a influência política são argumentos de ordem prática ou de conveniência, que, com o fito de legitimar às investidas do Ministério Público na fase pré-processual, são usualmente utilizadas pela doutrina escrita.¹³⁴

A independência funcional do órgão ministerial lhe resguarda de pressões políticas no exercício de suas funções, o que não ocorre com a Polícia, atrelada, em última instância, ao Chefe do Executivo (como acima desenvolvido), pelo que a apuração de infrações pelo Ministério Público quando entendesse necessário otimizaria os resultados da persecução.

Nos casos de crimes cometidos por policiais e naqueles em que ficar evidenciada a omissão da polícia na atividade investigativa seja por influência política, seja por corrupção (influência econômica), o Ministério Público atuaria supletivamente na busca de subsídios à propositura da ação penal. Um atuar excepcional, somente necessário “quando a colheita de provas pela polícia judiciária, em regular inquérito policial, enseje a causação de um prejuízo potencial ao interesse público”¹³⁵

Muito se fala nos chamados “crimes do colarinho branco” e nos ilícitos penais perpetrados por organizações criminosas.¹³⁶ Para que o membro não se torne mero expectador da atividade policial, seria mister que se lhe reconhecesse o “poder investigatório”.¹³⁷

¹³² LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., 2007. p. 87 (grifo do autor).

¹³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 169. No mesmo sentido, Paulo Rangel afirma: “Seria um *contra sensu* dizermos que o Ministério Público está legitimado a promover a ação penal pública, porém que não tem legitimidade para realizar, pessoal e diretamente, as investigações necessárias para o exercício da referida ação penal.” (Op. cit. p. 175).

¹³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. “As investigações do Ministério Público”. *Net*, São Paulo, abr. 1999. p. 3. Disponível em: <<http://paginas.terra.com.br/servicos/hmazzilli/>>. Acesso em: 29 mai. 2008.

¹³⁵ ARAÚJO, Maria Emília Moraes de; CORRÊA, Paulo Fernando; e SILVA, Aluísio Firmo Guimarães da. Op. cit.

¹³⁶ RANGEL, Paulo. Op. cit. *passim*

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2005. p. 228.

Paulo Rangel¹³⁸ trabalha o perfil delineado pela Constituição da República sob outro enfoque, na tentativa de conferir legitimidade à atuação ministerial na investigação criminal. O autor, utilizando-se do conceito de garantismo penal de Luigi Ferrajoli¹³⁹ e invocando a força normativa da Constituição, faz uma peculiar análise do papel do Ministério Público na persecução penal:

“[...] o garantismo penal visa a utilização de um sistema normativo constitucional criando barreiras limitadoras e punitivas dos abusos aos direitos fundamentais e do exercício arbitrário do poder[...] O fundamento e o fim do garantismo penal é a tutela da liberdade do indivíduo frente às várias formas de exercício arbitrário do poder político. É a efetividade dos preceitos constitucionais.[...] O garantismo é uma forma de se dar ao cidadão mecanismos para pleno exercício de direitos fundamentais violados através de atos de império, a fim de que se possa estabelecer a ordem jurídica violada.[...]”

Ora, de que adiantaria a Constituição República (*sic*) estabelecer que o Ministério Público é o *guardião da ordem jurídica* (cf. art. 127, *caput*, da **CRFB**) se quando e, sempre, que a ordem jurídica fosse violada não pudesse o mesmo adotar as providências de seu mister dentro e com respeito ao devido processo legal?![...]”

Destarte, podemos asseverar que a persecução penal do Ministério Público é uma exigência constitucional em nome do pleno exercício dos mesmos direitos e garantias fundamentais a fim de coibir os abusos no exercício dos mesmos direitos por aqueles que se divorciam da ordem jurídica.¹⁴⁰

Apoiado em tais premissas, conclui:

A necessidade de se proteger os bens jurídicos penalmente tutelados faz nascer a persecução penal por parte do Ministério Público, que deverá exercê-la dentro dos postulados constitucionais garantidores dos direitos fundamentais. Investigação criminal séria é garantia de pleno exercício de cidadania. É direito de todos e dever do Estado, através do seu órgão próprio: Ministério Público.[...] deve ser feita nos exatos limites constitucionais do exercício do poder, inclusive, se necessário for, para garantir que os atos que serão praticados o sejam dentro das paredes do

¹³⁸ Ibid. p. 23-43.

¹³⁹ Na realidade, o autor citado se vale do primeiro de três significados de garantismo penal dados pelo mestre italiano, *verbis*: “Segundo um primeiro significado, garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.” (Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 683). Além desta, Ferrajoli apresenta mais duas acepções de garantismo, como teoria jurídica e como filosofia política.

¹⁴⁰ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 39-41.

Estado Constitucional Democrático de Direito, através de uma atuação direta do Ministério Público.¹⁴¹

Atente-se para o fato de que para o eminente Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público, no exercício da função investigatória, estaria para tutelar as liberdades públicas do investigado, sobretudo sua liberdade de locomoção, só excepcionalmente cerceada.¹⁴²

Utilizam-se ainda, os autores afinados com esse entender, da “cláusula de abertura” constante do inciso IX do artigo 129 da CRFB/88¹⁴³ e do “poder requisitório” inscrito no inciso VI do mesmo dispositivo constitucional¹⁴⁴, para efetuarem a seguinte operação interpretativa: as funções conferidas ao Ministério Público pelo artigo 129 da Constituição, não são taxativas, podendo ser atribuídas outras compatíveis com a sua finalidade (inciso IX); nos procedimentos de sua competência tem o Ministério Público, a possibilidade de expedir notificações, bem como de requisitar informações e documentos; a investigação criminal se compatibiliza com suas primordiais finalidade e função institucional penal - defesa da ordem jurídica e promoção da ação penal pública; portanto, não há óbice à realização de um procedimento investigatório ministerial, para o fim de apurar infrações penais tipificadas no ordenamento, tendente a embasar eventual denúncia.

A doutrina prossegue acrescentando aos dispositivos constitucionais, as previsões contidas nas leis orgânicas.

A uma, o poder de requisição de maiores esclarecimentos e documentos complementares a autoridade e funcionários quaisquer, diretamente, já era previsto “no vetusto Código de Processo Penal”, em seu artigo 47, e traria consigo a possibilidade de o membro do Ministério Público diligenciar, por si só, em busca de tais elementos.¹⁴⁵

Junto a isto, a LC 75/93, que cumpriu o mandamento do artigo 128, §5º, da CRFB/88, que clamava por uma complementação para minudenciar as atribuições ministeriais¹⁴⁶, serve

¹⁴¹ Ibid. p. 51.

¹⁴² Ibid. p. 64.

¹⁴³ “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”. (grifo nosso) BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

¹⁴⁴ “[...]VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”. (grifo nosso) BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 06 nov. 2008.

¹⁴⁵ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 175.

¹⁴⁶ Art. 128, §5º: “Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:[...]”. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 06 nov. 2008.

não somente ao Ministério Público da União, mas também, supletivamente, aos órgãos estaduais¹⁴⁷, que se regem de forma específica por leis complementares de cada Estado-membro, guiadas pelas disposições comuns orientadoras da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93).

Estes diplomas, para esta parcela da doutrina, vieram positivar os meios de realização dos procedimentos investigatórios penais do Ministério Público. São identificados os artigos 8º, V, da LC 75/93, e 26, I, da Lei 8.625/93, como os fundamentos legais para essa atividade instrutória preliminar do *Parquet*, explicitando o conteúdo do inciso VI, do artigo 129 da CRFB/88.

Veja-se esta explanação por Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens:

[...] *as funções institucionais acometidas ao Ministério Público não se esgotam na literalidade mesma do art. 129 da Constituição*. Atente-se, a tanto, que este mesmo dispositivo constitucional apresenta-se como uma cláusula de abertura ao desenvolvimento, pela Instituição, de “*outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade*” (art. 129, IX, da CRFB).

IX – Nesse compasso, adveio a constitucionalmente requerida lei complementar, cuja missão assentar-se-ia, dentre outras, no estabelecimento das “*atribuições*” do Ministério Público (art. 128, §5º, da CRFB). Em consonância à diretriz constitucional, e considerando-se, ademais, que “*somente a lei*” poderia especificar as funções acometidas pela Constituição ao Ministério Público (art. 5º, §2º, da LC 75/93), o art. 8º da Lei Complementar 75/93 dispôs que: “*Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: V- realizar inspeções e diligências investigatórias*”. De forma similar, o art. 26 da Lei Federal nº 8.625/93 prescreveu que “*no exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – (...) c) promover inspeções e diligências investigatórias*”. Não fosse isso o bastante, o constituinte houve, ainda, por constitucionalizar os meios necessários ao bom desempenho dessa atribuição ministerial, razão pela qual conferiu ao Ministério Público o *poder constitucional de requisição* (art. 129, VI e VIII), ato de império que, conquanto desvestido de coercibilidade, vincula seu destinatário.¹⁴⁸

Com base nos óbices pretorianos à realização de procedimentos investigatórios pelo Ministério Público, ao argumento da invasão das atribuições conferidas às Polícias Civil e Federal pela Constituição da República (artigo 144, §§ 1º e 4º, CRFB/88)¹⁴⁹, os defensores da

¹⁴⁷ “Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.” BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 06 nov. 2008.

¹⁴⁸ STRECK, Lênio Luiz; e FELDENS, Luciano. Op. cit. p.6-7 (grifo dos autores).

¹⁴⁹ “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: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em

legitimidade constitucional da investigação direta afirmam não ser atribuição exclusiva das autoridades policiais a apuração de infrações penais.

Porque dispensável, o inquérito policial, logicamente, não seria a única espécie de procedimento administrativo de investigação criminal.

Dito de outro modo: existem outras autoridades administrativas que exercem a função de apuração das infrações penais e de sua autoria, como já previa o parágrafo único do artigo 4º do CPP.¹⁵⁰

O texto constitucional fala em exclusividade apenas no que concerne à Polícia Federal (§1º, IV, do artigo 144, CRFB/88). Contudo, nem mesmo esta detém o monopólio da investigação criminal, pois a Constituição lhe conferiu atribuição exclusiva das funções de polícia judiciária da União, no entanto fez distinção desta atribuição em relação à apuração de infrações penais, que consta em preceito diverso (artigo 144, §1º, I, CRFB/88).

A distinção é ainda mais evidente quando a Lei Maior proclama o que compete às polícias civis (§4º, artigo 144, CRFB/88): “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Na realidade, ensina Fernando da Costa Tourinho Filho, ao discorrer sobre a competência (empregada no sentido vulgar) para os denominados “inquéritos extrapoliciais”, que se a Constituição tivesse empregado o termo “privatividade”, o entendimento seria outro.¹⁵¹

De qualquer forma, o objetivo do vocábulo exclusividade seria a exclusão de outras entidades policiais das atividades de polícia judiciária (ainda que seu conceito tivesse se divorciado daquele contido no *caput* do artigo 4º do CPP), notadamente da polícia de segurança ou administrativa.¹⁵²

detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei: **II** - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; **III** - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; **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”. (grifo nosso). BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 08 nov. 2008.

¹⁵⁰ “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”. BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 08 nov. 2008.

¹⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., 1995. p. 180.

¹⁵² Cf. STRECK, Lênio Luiz.; e FELDENS, Luciano. Op. cit. p. 92: “[...] o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas um parágrafo dentro do mesmo artigo 144.”; e TOURINHO

Os autores fazem alusão a alguns procedimentos investigatórios não realizados pelas polícias, mas que também servem de base para a promoção da ação penal pelo órgão ministerial.

A primeira referência é feita com arrimo em previsão expressa da Constituição. As investigações produzidas por Comissões Parlamentares de Inquérito também servem de suporte ao Ministério Público no que toca à responsabilização criminal dos envolvidos nos fatos por elas apurados, forte no artigo 58, §3º, da CRFB/88.¹⁵³

Na mesma esteira também aparecem: os inquéritos policiais militares, não conduzidos pela Polícia Civil (ressalva do §4º do artigo 144, CRFB/88); os inquéritos civis levados a efeito pelo Ministério Público, que não raro apuram fatos que se amoldam a tipos penais previstos em nosso ordenamento (artigo 129, III, CRFB/88 e Lei 7.347/85); e os processos administrativos do Tribunal de Contas (artigos. 71 e 74, §2º, CRFB/88).

No que pertine aos crimes cometidos por magistrados e membros do Ministério Público, a Polícia não conduz as investigações, eis que esbarra em previsões das leis orgânicas respectivas (artigo 33, parágrafo único, da LC 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional; artigo 18, parágrafo único, da LC 75/93; e artigo 41, parágrafo único, da Lei 8.625/93).¹⁵⁴

Noutro giro, alguns outros órgãos do Poder Executivo exercem essa função investigativa. É o caso da Receita Federal, ao promover procedimento administrativo que dá ensejo à representação fiscal para fins penais, atestando a materialidade delitiva dos crimes contra a ordem tributária (artigo 83, Lei 9.430/96 e Lei 8.137/90); do Banco Central, que tem departamento para o combate de ilícitos cambiais e financeiros (crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Lei 7.492/86); e do Conselho de Coordenação de Atividades Financeiras - COAF, voltado ao o combate de crimes de lavagem de capitais (Lei 9.613/98).

FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., 1995. p.180: “*Cabos e Sargentos da PM, normalmente exerciam as funções de Delegado de Polícia. Agora, não. A função de investigar o fato típico não mais poderá ser por eles exercida*”. Ainda nesse sentido, v. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit.

¹⁵³ “*As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.*” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 08 nov. 2008.

¹⁵⁴ Entretanto, Eugênio Pacelli de Oliveira, muito embora acorde com a tese da legitimidade dos procedimentos ministeriais, considera as previsões não conformadas com a Constituição (Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 68).

Mesmo ao Ministério Público é deferida atividade investigatória nos Estatutos da Criança e do Adolescente (artigo 201, VII, Lei 8.069/90) e do Idoso (artigo 74, VI, Lei 10.741/03).¹⁵⁵

Tais exemplos não deixariam margens de discussão, sendo inegável a ausência de exclusividade da polícia para a realização de diligências investigatórias.¹⁵⁶

Com a abolição dos procedimentos de ofício resta clara a natureza instrumental do inquérito policial em relação à atuação do *dominus litis*¹⁵⁷, o Ministério Público, pelo que proclamar a exclusividade da Polícia Judiciária para a apuração das infrações penais, e, conseqüentemente, considerar os procedimentos ministeriais como invasão de atribuição, seria reduzir o agir ministerial em detrimento da atividade meio, de cujos resultados é destinatário.

Finalmente, quanto aos precedentes históricos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, levantados no voto do Ministro Nelson Jobim no *Habeas Corpus* 81.326-7/DF, Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens, e Clèmerson Merlin Clève, nos estudos específicos em que se pronunciaram sobre a matéria¹⁵⁸, os rebateram com o discurso da fragilidade do método histórico de interpretação.

Os primeiros afirmam que, com a superação da hermenêutica clássica,

que trabalha(va) com a idéia de que interpretar é extrair do texto o seu sentido (Auslegung), pela hermenêutica de cunho filosófico, *passou-se a entender que o processo interpretativo não é reprodutivo, mas sim, produtivo*. Interpretar é, pois, dar/atribuir sentido (*Sinngebung*). Com isto, deixa de existir equivalência entre texto e norma e entre vigência e validade, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.

Desse modo, [...] *é possível afirmar que textos* [neles se incluindo não só as leis, mas também as decisões judiciais] *anteriores à Constituição recebem automaticamente novas normas*, atribuíveis a partir do *topos* hermenêutico que é a Constituição de 1988.¹⁵⁹

A derrocada do projeto Ráo de implantação dos juizados de instrução (1936), a manutenção do modelo do inquérito policial no Código de Processo Penal (1941 – Exposição

¹⁵⁵ As previsões são idênticas: “*Compete ao Ministério Público: [...] instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção*” à infância e à juventude (Lei 8.069/90) e ao idoso (Lei 10.741/03). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 08 nov. 2008.

¹⁵⁶ Não se olvida da hipótese do “inquérito judicial” da antiga lei de falências (Decreto-lei 7.661/45, artigo 103 e ss), dirigido pelo magistrado, apenas por conta de ter sido revogada tal sistemática (artigo 187, Lei 11.101/05) é que não se fez a devida menção.

¹⁵⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., 1999.

¹⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz; e FELDENS, Luciano. Op. cit.; e CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit.

¹⁵⁹ STRECK, Lênio Luiz; e FELDENS, Luciano. Op. cit. p. 67 (grifo no original).

de motivos de Francisco Campos) e a decisão da lavra de Hungria (1957) sucumbem em face da Constituição de 1988, “pela profunda alteração do papel do Estado, da Constituição e, fundamentalmente, da função a ser exercida pelo Ministério Público”.¹⁶⁰

Portanto, perderia força qualquer interpretação que buscasse nos trabalhos de formação de determinado instituto, uma *mens legis* ou uma *mens legislatoris*. Para Lênio Streck e Luciano Feldens, “o historicismo esbarra nos câmbios de paradigma” e, “no caso do Direito, esse câmbio é evidenciado pelo advento de uma nova Consituição”.¹⁶¹

É sabido que a nova Constituição dá novo fundamento de validade a todo o ordenamento jurídico, e nestes termos, não se pode aplicar ao Ministério Público hodierno interpretações reducionistas, de um modelo de Estado, e até da própria Instituição, que não mais existem. Este é o pensamento dos autores sobre o método histórico de interpretação, que, segundo os mesmos, “poderia levar o processo hermenêutico à produção de decisões absolutamente desconectadas da realidade”.¹⁶²

Dessa mesma maneira, Clèmerson Merlin Clève, desqualifica até mesmo a intenção de se restringir a atuação ministerial na fase pré-processual da persecução penal com base nas frustradas tentativas de alteração do texto constitucional em processo legislativo regular¹⁶³, depois de promulgada a Carta Magna de 1988:

Se das deliberações dos Constituintes não pode ser deduzida a proibição da ação ministerial no campo investigatório criminal, eis que tal ação decorre, naturalmente, da interpretação atualizada do texto constitucional vigente, com mais razão o mesmo ocorrerá quando em questão as deliberações do legislador ordinário. A efetividade da Constituição não pode ficar a mercê de contingentes interesses políticos, nem sempre concertados com os interesses sociais que legitimam os respectivos mandatos. Daí porque, projetos de lei e mesmo projetos de emenda constitucional eventualmente não aprovados, não constituem diretriz hermenêutica séria para justificar determinada interpretação do texto ou para fechar questão sobre assunto que assume importância vital para a sociedade. Inclusive porque, em muitos casos, antes de ostentarem natureza verdadeiramente constitutiva, apresentavam finalidade meramente explicitadora, declaratória de uma condição disputada, mas, todavia, perfeitamente extraível do texto constitucional.¹⁶⁴

Outras argumentações são desenvolvidas, *e.g.*, quanto à impossibilidade de acumulação das funções em apenas uma instituição, notadamente naquela que funciona como parte (instrumental) acusadora, Hugo Nigro Mazzilli afirma que o indesejável e

¹⁶⁰ Loc. cit.

¹⁶¹ Ibid. p. 70.

¹⁶² Loc. cit.

¹⁶³ Leia-se, PEC's 109 e 59 de 1995, e PEC 21/1999. v. nota 100 *supra*.

¹⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 4.

inconstitucional seria a acumulação da função investigatória ou acusatória com a função jurisdicional. Inexistiria incompatibilidade sob os aspectos lógico, processual e jurídico, para esta hipótese de o autor da ação investigar os fatos, se preparando para promover a ação, como o fazem as partes privadas.¹⁶⁵

De remate, citando Konrad Hesse, Clèmerson Merlin Clève tenta extrair da concepção do estudioso alemão do princípio da separação de poderes, a idéia de cooperação como imperativo constitucional, a legitimar a função investigatória exercida pelo Ministério Público, que não substituiria a Polícia Judiciária¹⁶⁶, pelo contrário, agregaria esforços para a efetiva persecução penal.^{167 168}

4.2.2 A contradita

Por certo o *Parquet* adquiriu elevada importância com o advento da Constituição de 1988, porém, a mesma veio atribuir não a ele, mas às Polícias Civil e Federal com a função de apurar as infrações penais e sua autoria, funcionando as mesmas, outrossim, como polícia de atividade judiciária nos Estados e na União, respectivamente.

É o que emerge da leitura simples e direta do texto constitucional, no seu artigo 144, §1º, I e IV, e §4º.¹⁶⁹

E quem nos dá a exata noção dessa orientação a respeito da outorga da função investigatória penal feita pela Carta de 1988 é Guilherme de Souza Nucci, para quem:

¹⁶⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., 1999. p.3.

¹⁶⁶ Assim utilizada a expressão, tem-se a intenção de fazer referência às Polícias Civil e Federal.

¹⁶⁷ Doutrina Hesse: “*Objeto da divisão de poderes é, antes, positivamente uma ordem de colaboração humana, que constitui os poderes individuais, determina e limita suas competências, regula sua colaboração e, desse modo, deve conduzir à unidade do poder estatal – limitado. Essa tarefa requer não só um refreamento e equilíbrio dos fatores de poder reais, senão ela é também, sobretudo, uma questão de determinação e coordenação apropriada das funções, assim como das forças reais que se personificam nesses órgãos*” (apud CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 6).

¹⁶⁸ Ante os anseios de conferir legitimidade aos procedimentos ministeriais de investigação criminal, clamam os membros do *Parquet* brasileiro pela aprovação de Emenda Constitucional para o fim de explicitar a atribuição. Tramita no Congresso Nacional com esse objetivo, a Proposta nº 197/2003. Ementa: “*Dá nova redação ao inciso VIII do art. 129 da Constituição Federal, que dispõe sobre as funções institucionais do Ministério Público.*” Explicação da Ementa: “*Inclui nas atribuições do Ministério Público a promoção de investigações; altera a Constituição Federal de 1988.*” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

¹⁶⁹ v. nota 149.

A Constituição Federal foi clara ao estabelecer as funções da polícia – federal e civil – para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário – daí o nome *polícia judiciária* – na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais (art. 144). Ao Ministério Público foi reservada a titularidade da ação penal, ou seja, a exclusividade no seu ajuizamento, salvo o excepcional caso reservado à vítima, quando a ação penal não for intentada no prazo legal (art. 5º, LIX, CF).¹⁷⁰

O §1º, IV, do artigo 144, atribui com exclusividade a função de polícia judiciária da União à Polícia Federal.¹⁷¹

É certo que a exclusividade se refere às demais funções de auxílio ao Poder Judiciário e visa afastar as demais entidades policiais dessa atribuição. Entretanto, o inciso I do mesmo §1º, do artigo 144, confere à Polícia Federal a função de “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, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei”.

Não se utilizou o legislador constituinte do vocábulo exclusividade no §4º, do artigo 144, atinente às polícias civis. Todavia, sua redação não deixa margens de dúvida a respeito das atribuições que a elas conferiu: “incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Pela clareza de seus enunciados, os dispositivos não reclamam maiores esforços de interpretação. Tem lugar o brocardo latino *in claris cessat interpretatio*.¹⁷²

Isto posto, com razão Ada Pellegrini Grinover:

Não tenho dúvida de que o desenho constitucional atribui a função de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais à Polícia Federal e às Polícias Cíveis, sendo que a primeira exerce, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União (art. 144). Parece-me evidente, também, que a referida

¹⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 81.

¹⁷¹ Houve quem extraísse a partir daí, que seria incontestável a exclusividade, ao menos da Polícia Federal, no que tange à investigação criminal (v. BITENCOURT, Cezar Roberto. “A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 66, p.237-270, mai./jun. 2007. p. 244), mas esta interpretação não se sustenta.

¹⁷² TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit. p. 28. Impende observar, com Luís Roberto Barroso, quanto ao emprego dessa máxima interpretativa: “Embora haja recuperado algum prestígio após décadas de rejeição, a máxima *in claris cessat interpretatio* há de ter, tão-somente, o sentido de reconhecimento de que a zona de clareza existente na lei enfraquece a atividade do intérprete, mas não o condena a uma acrítica interpretação literal” (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2004. p. 106).

exclusividade se refere à repartição de atribuições entre Polícia da União e Polícia Estadual.¹⁷³

Na esteira do que ensinam os seus defensores desta tese da inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor seria entender que houve sim reserva de um campo de atividade exclusiva às polícias civis estaduais e outro à Polícia Federal, não pelo vocábulo exclusividade do inciso IV, do §1º, do artigo 144, CRFB/88, mas tão-somente pelo explícito deferimento da atribuição da apuração das infrações no inciso I do §1º e no §4º do dispositivo.

Este campo de atividade exclusiva, porque delimitado pela Constituição, não poderia ser invadido por norma infraconstitucional¹⁷⁴ e, menos ainda, por disposições de ato administrativo.¹⁷⁵

Portanto, também a argumentação de que o parágrafo único do artigo 4º do CPP abre espaço para que a “lei” atribua a função investigativa a outra autoridade administrativa, cai por terra. Não se sustentaria em face do artigo 144 da Constituição lei que atribuísse “investigação na esfera penal” a qualquer outra autoridade.¹⁷⁶

As fiscalizações procedidas por autoridades administrativas como o Banco Central e a Receita Federal seriam o que Antonio Scarance Fernandes admitiu, casos de “apuração indireta de crimes”.¹⁷⁷

Não se tratariam de procedimentos de investigação criminal, mas de apuração de ilícitos administrativos (financeiros e fiscais), durante os quais poderia se verificar a ocorrência de infrações penais, por via oblíqua.

Nestes casos, servem os procedimentos administrativos realizados como peças de informação, que, se suficientes, habilitariam o Ministério Público à propositura da ação penal, dispensando o inquérito policial. Tanto é assim que depois de recebidas as informações de tais

¹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., 2004.

¹⁷⁴ É bom lembrar que as hipóteses de crimes cometidos por magistrados e membros do Ministério Público, previstas nas respectivas leis orgânicas, são consideradas contrárias à Constituição até mesmo por doutrinadores que defendem a legitimidade dos poderes investigatórios do *Parquet*. Sobre o assunto, veja-se nota 155 e referência.

¹⁷⁵ Nesse prisma, Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e atos normativos regulamentares dos Procuradores-Gerais dos Estados membros (e.g. Ato 98/1996 do Procurador-Geral de Justiça de São Paulo), padecem, antes de tudo, de vício de inconstitucionalidade formal, forte no artigo 22, I, CRFB/88. Além de disporem sobre expediente de invasão de competência da Polícia Judiciária, desprovido de base constitucional e legal (embora tenham sejam editados com a pretensão de regulamentarem o art. 26, I, Lei 8.625/93), a competência para legislar sobre direito processual penal é da União, mediante lei, não por via de ato normativo. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 261

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2004. p. 379-380.

¹⁷⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit. p. 271.

autoridades administrativas, havendo necessidade de mais elementos, o órgão ministerial requisita a instauração de inquérito policial para a complementação do conjunto indiciário.

Ada Pellegrini Grinover comunga desse entendimento em seu texto, excluindo de sua apreciação tais investigações:

[...]Nem tratarei de investigações a que procedem órgãos como o Banco Central ou a Receita Federal, que na verdade investigam a respeito de ilícitos financeiros ou tributários da sua competência, podendo eventualmente encontrar elementos informativos a respeito da existência de crimes, que encaminham ao MP.¹⁷⁸

A toda prova, Antonio Scarance Fernandes, ao comentar o artigo 144 da Constituição, afirma a investigação criminal como atribuição da Polícia Judiciária, por entender que: “Não foi a norma excepcionada por outro preceito constitucional”.¹⁷⁹

De fato, não há dispositivo constitucional que atribua a apuração de infrações penais comuns ao Ministério Público ou a outro órgão/instituição.

No entanto, a Constituição contemplou duas hipóteses que podem ser consideradas exceções, porém expressas no próprio texto constitucional e, por isso, tranqüilamente apreendidas pelos defensores desta tese, pois não infirmam aquela exclusividade em relação às infrações comuns.¹⁸⁰

São elas: as Comissões Parlamentares de Inquérito (artigo 58, §3º)¹⁸¹, embora suas apurações não se tratem de investigação tipicamente criminal, porque visam apurar fatos determinados de qualquer natureza, tanto que não dispensam a investigação policial, quando necessárias outras informações; e no bojo do §4º do artigo 144, o “exceto as militares” exclui do campo de atribuições das polícias civis as infrações penais militares, apuradas pela Polícia Judiciária Militar em inquérito policial militar, harmonizando-se com o que prevê o artigo 124 da CRFB/88.¹⁸²

A tese restritiva da atuação ministerial na fase pré-processual começa por negar-lhe peremptoriamente atribuição para instaurar e conduzir procedimento investigatório criminal tendo em consideração a falta de disposição expressa na Constituição, ou mesmo na legislação infraconstitucional, conferindo ao Ministério Público semelhante função.

¹⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., 2004.

¹⁷⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit. p. 275 (grifo nosso).

¹⁸⁰ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2004. p. 382.

¹⁸¹ v. nota 153.

¹⁸² “Art. 124. *à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.*” Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

Aqueles que se colocam em contraposição à legitimidade dos “poderes investigatórios do Ministério Público” procuram demonstrar, que a CRFB/88, quando previu suas funções institucionais, em nenhum momento lhe conferiu a atribuição de amearhar os elementos de convicção diretamente, para a promoção da ação penal.

Com esse entender, Cezar Roberto Bitencourt, que compôs os quadros do Ministério Público do Estado Rio Grande do Sul, se pronunciou sobre a *vexata quaestio*, contrariamente à possibilidade do *Parquet* instaurar e presidir seu próprio procedimento preparatório da ação penal pública, esta sim de sua incumbência privativa.¹⁸³

O autor apresenta o raciocínio de que os órgãos públicos estão vinculados, de forma indeclinável, ao princípio da legalidade e, portanto, só lhes é dado fazer aquilo que estiver previsto de forma expressa como sua função, o que não é o caso da investigação criminal parquetária. Vejamos o que escreveu o penalista:

A leitura do art. 129 da CF/88 permite constatar, de plano, que não foi previsto o poder de investigar infrações penais, diretamente, entre as atribuições conferidas ao Ministério Público. Extrair interpretação em sentido contrário do rol contido no dispositivo constitucional referido seria legislar sobre matéria que o constituinte deliberadamente não o fez. Aliás, a um órgão público não é assegurado fazer o que não está proibido (princípio da compatibilidade), mas tão-somente lhe é autorizado realizar o que está expressamente permitido (princípio da legalidade); e a tanto não se pode chegar pela via da interpretação, usando-se argumento *a fortiori*, especialmente quando há previsão expressa da atribuição a outro órgão estatal, como ocorre na hipótese, em que essa atividade está destinada à Polícia Judiciária.¹⁸⁴

No mesmo sentido é a manifestação do Professor José Afonso da Silva, que emitiu parecer sobre a matéria em consulta feita pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim:

Percorram-se os incisos em que o art. 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá não se encontra nada que autorize os membros da instituição a proceder a investigação criminal diretamente. O que havia sobre isso foi rejeitado, como ficou demonstrado na construção da instituição

¹⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. Cf., ainda: FRAGOSO, José Carlos. “São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, p. 241-251, jan./mar. 2002; SOUZA, José Barcelos de. “Investigação direta pelo Ministério Público”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 44, p. 361-371, jul./set. 2003; e VIEIRA, Luís Guilherme. “O Ministério Público e a investigação criminal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p.307-370, jan./fev. 2004.

¹⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 241.

durante o processo constituinte e não há como restabelecer por via de interpretação o que foi rejeitado.¹⁸⁵

A profundidade de sua análise se dá pelo fato de que, tendo sido assessor da Constituinte, o Professor apresenta explanação acerca da inexistência de previsão da atribuição de apurar infrações penais pelo Ministério Público, calcada numa descrição, rica em detalhes, dos trabalhos legislativos que antecederam a promulgação da CRFB/88, com participação ativa de representantes da Instituição, que merece ser trazida à colação:

O signatário deste parecer, enquanto assessor na Constituinte, apoiou e, nos limites de suas possibilidades, ajudou na formulação das normas que deram ao Ministério Público a posição de destaque como instituição constitucional permanente e autônoma. Conheci do assunto desde o primeiro Anteprojeto da Subcomissão da Organização do Poder Judiciário e Ministério Público, cujo relator foi o Deputado Constituinte Plínio de Arruda Sampaio, oriundo da instituição, que se inspirou na organização da instituição no Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais (Afonso Arinos), de que foi relator o então Procurador-Geral da República e hoje Min. Sepúlveda Pertence, que mereceu o meu apoio no Plenário daquela comissão. Na elaboração desse anteprojeto, na Constituinte, não estiveram ausentes as Associações de Ministério Público, especialmente a Associação do Ministério Público de São Paulo, que se manteve sempre presente na defesa da instituição durante a elaboração constitucional. Pois bem, o texto desse anteprojeto (arts. 43 a 46), aprovado pela subcomissão em 25.05.1987, já continha, em essência, tudo que veio a ser contemplado na Constituição, na qual não há uma palavra que atribua ao Ministério Público a função investigatória direta. Lá estava, como função privativa, “promover a ação penal pública” e “promover inquérito para instruir ação civil pública”, como estava também, sem exclusividade (art. I, a e b), “o poder de requisitar atos investigatórios criminais, podendo efetuar correição na Polícia Judiciária, sem prejuízo da permanente correção judicial” (art. 45, II, e); essa correição foi convertida, depois, em controle externo da atividade policial. Ora, se o Ministério Público estava interessado na investigação criminal direta, seria de esperar que constasse desse anteprojeto algo nesse sentido, já que o relator era um constituinte afinado com a instituição. As únicas disposições aproximadas a isso vieram no Anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo (junho de 1987), de que foi relator o Constituinte Egidio Ferreira Lima. O art. 137, V, incluía entre as funções institucionais do Ministério Público, além da competência para “requisitar atos investigatórios”, também, “exercer a supervisão da investigação criminal”, assim como a faculdade de “promover ou requisitar a autoridade competente a instauração de inquéritos necessários às ações públicas que lhe incumbem, podendo avocá-los para suprir omissões (...)”. Isso se manteve no Projeto de Constituição (Comissão de Sistematização, julho de 1987, art. 233, §3º). Já no Primeiro Substitutivo do Relator Bernardo Cabral (Comissão de Sistematização, agosto de 1987), essas normas sofreram alguma transformação importante, excluindo-se a possibilidade de “promover (...) a

¹⁸⁵ SILVA, José Afonso. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 368-389, jul./ago. 2004. p. 374-375.

instauração de inquéritos necessários às ações públicas”, bem como se eliminou a possibilidade de “avocá-los para suprir omissões”. Ou seja, suprimiu aquilo que o Ministério Público hoje ainda pretende: o poder de investigação subsidiário.[...]¹⁸⁶

Descartam os adeptos desta tese, a teoria dos poderes implícitos¹⁸⁷, invocada pela corrente doutrinária inversa, que extrai das atribuições de promoção privativa da ação penal pública (inciso I, artigo 129, CRFB/88), de requisitar a instauração de inquérito policial e de diligências investigatórias (inciso VIII, artigo 129) e do controle externo da atividade policial (inciso VII), a possibilidade do membro do Ministério Público presidir investigação criminal, instrumentalizada pelo permissivo constitucional do inciso VI do artigo 129 da Constituição.

Na realidade, esta última atribuição ministerial (“VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;”), considerando não ser “de sua competência” a instauração e condução desse tipo de procedimento, não poderia ser utilizada para legitimar investigações criminais procedimentalizadas do Ministério Público, no que lhe

¹⁸⁶ Ibid. p. 371-372 (grifos nossos). É primordial a lembrança de que o autor não ignora que no processo interpretativo não se deve buscar “a intenção do legislador”, porém “a intencionalidade das normas constitucionais”, consoante suas próprias palavras. Isso traduz a primazia da denominada *mens legis* em detrimento de uma *mens legislatoris*, na dicotomia que dividia a doutrina em objetivistas (revelação da vontade objetiva – *mens legis* - e autonomia da lei) e subjetivistas (vontade do legislador – *mens legislatoris*). A partir daí pode se conceber a lei, considerando o seu caráter objetivo, com um valor diferente do que foi pensado pelo legislador. Sobre o tema, v. FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987. p. 135-137. Entretanto, segundo José Afonso da Silva, na espécie, houve a formação de uma “vontade culturalmente constituída”, de modo que se a Constituição é um “sistema de valores”, teria interesse o processo de construção do texto constitucional “*não para a interpretação das normas acolhidas, mas para conhecer os valores que não foram acolhidos, que foram rejeitados, e que, por essa razão mesma, não podem ser invocados para a composição de direitos, menos ainda de competências, tanto mais quando a competência pretendida tenha sido outorgada a outro órgão ou instituição como é o caso, já que a Constituição conferiu à Polícia Civil Estadual e Federal a função de Polícia Judiciária e a de apuração das infrações penais (art. 144, §§ 1º e 4º)*” (p. 374).

¹⁸⁷ Nesse sentido: “*o poder implícito só ocorre quando a Constituição não se ocupa da matéria; [...] não cabe a determinado órgão a competência que está prevista para outro*”. Ademais, inexistiria entre a investigação e ação penal a relação de meio e fim, tal como demanda a doutrina dos poderes implícitos: “*O meio para o exercício da ação penal consiste no aparato institucional com a habilitação, competência adequada e condições materiais para fazê-lo. O fim (finalidade, objetivo) da investigação penal não é a ação penal, mas a apuração da autoria do delito, de suas causas, de suas circunstâncias. O resultado dessa apuração constituirá a instrução documental – o inquérito – (daí, tecnicamente, instrução penal preliminar) para fundamentar a ação penal e serve de base para a instrução penal definitiva.*” (grifo nosso - Ibid. p. 376); e “*A conhecida doutrina dos poderes implícitos tem suas origens na escola clássica do constitucionalismo norte-americano, radicada na concepção do Estado liberal. Trata-se de regra de interpretação, concebida no seio da Constituição americana, e como atribuía amplos poderes ao governo dos Estados Unidos, necessitava assegurar-lhe também os mais amplos meios para sua execução. Essa doutrina constitucional, no entanto, afasta a aplicação da doutrina dos poderes implícitos quando houver outra norma constitucional, que cuide da competência que se pretende reconhecer implicitamente. Em outros termos, somente se admite a invocação dessa regra de interpretação onde houver lacuna constitucional, ou então, quando houver uma explícita e justificável que se pretenda aprofundar e não alargar*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 259).

acompanha, pela semelhança de redação, o dispositivo legal que também utilizado para sustentar a corrente doutrinária oposta, qual seja, o artigo 8º da LC 75/93 e seus incisos.¹⁸⁸

Exemplos de procedimentos em que o preceito teria aplicação (*i. e.*, procedimentos administrativos de sua competência) seriam os preparatórios de ação de inconstitucionalidade ou de representação por intervenção.¹⁸⁹

Essa é a conclusão do já citado Cezar Roberto Bitencourt:

Portanto, o inciso VI do art. 129 do texto constitucional, que diz respeito à expedição de notificações, pelo órgão ministerial, nos procedimentos administrativos de sua competência (como os preparatórios de ação de inconstitucionalidade ou de representação por intervenção), a fim de requisitar informações e documentos para instruí-los, não se refere à atuação do Ministério Público nas investigações criminais.¹⁹⁰

De modo geral, aplicar-se-ia apenas aos procedimentos sob sua responsabilidade, como o inquérito civil (artigo 129, III) e os procedimentos administrativos correlatos ou pertinentes ao mesmo, conforme aventado na Lei Orgânica do Ministério Público da União (artigo 7º, I, da LC 75/93) e na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (artigo 26, inciso I, da Lei 8.625/93)¹⁹¹.

Ainda na temática dos poderes implícitos exsurge o ensinamento de Canotilho, que soluciona a controvérsia para o lado dos defensores da ilegitimidade ministerial para a instauração e condução de procedimento criminal de instrução preliminar:

[...] são claros os limites dos poderes implícitos: eles não podem subverter a separação e a independência dos órgãos de soberania constitucionalmente estabelecida, estando em especial excluída a possibilidade de eles afetarem poderes especificamente atribuídos a outro órgão.¹⁹²

¹⁸⁸ “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; [...] V - realizar inspeções e diligências investigatórias; [...] VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; [...]” BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

¹⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2005. p. 226.

¹⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 243.

¹⁹¹ “Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos;” BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. “Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: [...]” BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (grifos nossos). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 494-495.

Nesse compasso, pelos incisos do artigo 129 não é possível inferir a implícita atribuição do Ministério Público para a investigação criminal, através da máxima de “quem pode o mais, pode o menos”, uma vez que não se concebe autorização implícita do exercício de funções que a Constituição tenha conferido a outros órgãos, à outra Instituição.¹⁹³

Ao Ministério Público caberia, tão-somente, na fase da investigação preliminar, o exercício de sua função institucional de requisitar instauração de inquérito policial e a realização pela polícia de diligências investigatórias (inciso VIII, artigo 129, CRFB/88), bem assim o controle externo da atividade policial (inciso VII), sendo, pois, a instauração e a condução de procedimento administrativo para a apuração das infrações penais comuns, atribuições das Polícias Civil e Federal.¹⁹⁴

Rogério Lauria Tucci, em sua obra específica sobre o tema, sustenta tal entendimento sobre o papel do Ministério Público na fase preambular da persecução criminal. Depois da análise dos dispositivos constitucionais afetos, sintetiza:

Em suma os referenciados regramentos constitucionais determinam, destacadamente, os campos de atuação de cada uma dessas instituições estatais atuantes na *persecutio criminis*, distinguindo entre a atividade investigatória, atribuída à Polícia Judiciária, e a dela provocatória e supervisora, concedida ao Ministério Público.¹⁹⁵

A pretexto, José Afonso da Silva, em sua obra “Comentário Contextual à Constituição”, analisa as funções institucionais do Ministério Público, considerando aquela descrita no inciso VIII como delimitadora do agir ministerial em sede de investigação criminal. É o que se infere no comentário do dispositivo que segue transcrito:

1.9 Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. Esse dispositivo configura os limites investigatórios dos membros do Ministério Público, que não podem fazer mais do que requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. Requisitar a que órgãos? Àqueles a que a Constituição deu competência para a apuração de infrações penais, que são a Polícia Federal e a Polícia Civil (art. 144,

¹⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 243; e Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2008. p. 603.

¹⁹⁴ Mesmo porque contundentes as argumentações lógicas de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “*Ora, se a Constituição dá ao Ministério Público o poder de ‘requisitar a instauração de inquérito policial’ é porque obviamente não lhe dá o poder de realizar investigação criminal que se faz por meio de tal inquérito. Se o Ministério Público pudesse realizar tal inquérito, para que autorizá-lo a requisitar a sua instauração?*”; e “*Ora, a função de controle da atividade policial evidentemente exclui a realização de atividade policial típica, qual seja a realização do inquérito. Quem faz não pode controlar, que controla, não pode fazer*”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O poder investigatório do Ministério Público” (parecer inédito), *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 245 e 253).

¹⁹⁵ TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit. p. 30.

§§1º, I e IV, e 4º). [...] Nisso se resume a função investigativa do Ministério Público.¹⁹⁶

A cláusula de abertura do inciso IX, do artigo 129¹⁹⁷ nutre a possibilidade de o legislador (complementar – artigo 128, §5º, CRFB/88) prever alguma outra atribuição ao Ministério Público, desde que compatível com a sua finalidade.

Ocorre que, em complementação, a legislação infraconstitucional (complementar e ordinária) se cingiu aos ditames constitucionais, é dizer, apenas minudenciou as funções institucionais do artigo 129.

Previu a LC 75/93 (artigo 7º, II), ao lado da requisição de diligências investigatórias e da instauração de inquéritos policiais e militares, a possibilidade do membro do Ministério Público acompanhar a empreitada policial e “apresentar provas”, elementos informativos levados ao seu conhecimento por autoridades ou particulares (e.g., artigos 27, 39, §5º, e 40, do CPP).

Não resta outra sorte para a previsão da Lei 8.625/93, que no artigo 26, 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;”, não os presidir, isolada ou cumulativamente. “Não se afasta, assim, e nem poderia se fazê-lo, da previsão constitucional”.¹⁹⁸

Acrescente-se que neste último diploma legislativo, a instrumentalização das investigações ministeriais, vem dentro do inciso que disciplina o inquérito civil (artigo 26, I, Lei 8.625/93), em suas alíneas¹⁹⁹, donde há de se concluir, em adição a todos as demais evidências, que somente nessa sede pode o *Parquet* perquirir elementos informativos.

A doutrina em peso interpreta os dispositivos desta forma. Veja-se, como exemplo, o que diz Antonio Evaristo de Moraes Filho, pela exação das palavras:

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso. Op. cit., 2008. p. 602.

¹⁹⁷ “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.” BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

¹⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 245.

¹⁹⁹ “Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;” BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

O relevante é que, em face do texto constitucional, e o da Lei Orgânica que o regulamentou, parece claro que se adotou um critério diferenciado em matéria de investigações preparatórias: no campo civil, cabe ao Ministério Público instaurar o inquérito civil ou outros procedimentos administrativos pertinentes, ao curso dos quais se permite que realize diretamente diligências, inclusive a colheita de depoimentos (item I e alíneas do art. 26, cit.); já em sede penal, matéria prevista em item diverso (IV) do mesmo art. 26, é-lhe facultado meramente requisitar diligências ou a abertura de inquéritos, ‘podendo acompanhá-los’. Aliás, é atribuído ao Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para ‘acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória’ (art. 10, IX, e, da Lei 8.625, cit.).²⁰⁰

Na mesma linha, indaga-se Ada Pellegrini Grinover: “Servirá a esse objetivo a Lei Orgânica do Ministério Público – LOMP em vigor, que prevê algumas funções investigativas para o MP?”. E responde: “Não. As referidas atribuições ligam-se ao exercício da ação civil pública, outra função institucional do MP, nos termos do art. 129, III, da Constituição.”²⁰¹

E certamente, a utilização desse inquérito civil pelo Ministério Público não com vistas a embasar a propositura de ação civil pública, mas para realizar investigação criminal direta, importa em evidente desvio de finalidade, sendo tão ilegítimo quanto o procedimento administrativo próprio institucionalizado por ato normativo no âmbito da Instituição.

Em verdade, a sua prática denotaria “à saciedade, que o Ministério Público não recebeu da Constituição o poder para promover investigações diretas na área penal”.²⁰²

A posição da inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público ganhou contornos principiológicos com uma advertência de Antonio Evaristo de Moraes Filho.

O falecido advogado criminalista fez interessantes considerações acerca da paridade ou igualdade de armas (*égalité des armes*) no processo penal, a partir da preocupação manifestada pela Corte Européia de Direitos do Homem, que, no campo criminal, vinha, à época (sendo certo que permanecem atuais suas observações), priorizando o respeito à garantia da equitatividade do processo penal (*procés équitable*). Segundo o jurista,

No desdobramento das reflexões sobre os problemas relativos à igualdade de armas e ao processo equitativo, surgem como matéria de relevo as denominadas investigações preliminares, que constituem a fase preparatória da *persecutio criminis*, correspondendo no direito brasileiro ao inquérito policial. Acerca do tema, um dos mais importantes aspectos relaciona-se com a questão da autoridade pública a que se deva incumbir de efetuar as

²⁰⁰ MORAIS FILHO, Antônio Evaristo de. “O Ministério Público e o inquérito policial.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 105-110, jul./set. 1997. p. 109.

²⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., 2004.

²⁰² SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2004. p. 388.

investigações: se à Polícia Judiciária, ao Ministério Público ou ao Juiz de Instrução.

Com a progressiva prevalência, na Europa, do sistema acusatório, cada vez mais vai sendo postergada a figura do Juiz de Instrução. Nos dias de hoje, a dúvida se limita em escolher, entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, a quem se confiar o comando e a feitura das investigações preliminares.²⁰³

Depois de breve análise dos sistemas de investigação preliminar adotados na Europa, afirma que o modelo do inquérito policial instituído no Brasil segue, desde a fase preparatória da persecução, a orientação do *séparatisme* de Jean Pradel, isto é, o princípio pelo qual devem ser cometidas a órgãos ou agentes diferentes as sucessivas funções no curso do procedimento penal:

[...] o legislador brasileiro optou por aquele que estabelece uma diferenciação de funções, incumbindo à polícia a realização do inquérito, ainda que admitida certa vigilância por parte do Ministério Público. Enquanto para este último ficou atribuída a função de promover a ação pública, em regra com assento nos elementos coligidos pela polícia judiciária.²⁰⁴

Pelo fio do exposto, ocorreria manifesto retrocesso em relação às garantias do processo equitativo e da paridade de armas, ao se permitir a uma das partes – o Ministério Público – ao lado da função acusatória, a colheita direta e sem qualquer controle, dos elementos informativos na fase preliminar.

Ainda que se diga que o Ministério Público é parte (instrumental) imparcial porque também fiscal da lei, e por isso não exerceria a função arbitrariamente, atuando com objetividade e neutralidade, a acumulação de funções traria, por isso mesmo, grave inconveniente, pela possibilidade de comprometimento de sua imparcialidade.

Diz Antonio Evaristo de Moraes Filho que o membro do Ministério Público corre o risco das “hipóteses provisórias”, ou seja, no início das investigações adota certo ponto de vista, ficando indiferente em face de qualquer outra alternativa probatória.

Depois de formulada a hipótese provisória, o promotor ou procurador criaria em seu espírito a necessidade de demonstrar aquilo que considera a verdade, as suspeitas que recaem sobre o acusado. Potencializa-se a possibilidade de erro judiciário, pelo que seria salutar o *separatismo* das funções.²⁰⁵

²⁰³ MORAIS FILHO, Antônio Evaristo de. Op. cit. p. 105.

²⁰⁴ Ibid. p. 107.

²⁰⁵ Ibid. p. 106.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo também vislumbra tal inconveniente e com acuidade pontua:

[...] acusação formal, clara e fiel à prova, é garantia de defesa, em Juízo, do acusado. Espera-se, então, do acusador público, imparcialidade. Tanto que se permite argüir-lhe a suspeição, impedimento, ou outra incompatibilidade com determinada causa penal. É o que se encontra na lei do processo. Dirigir a investigação e a instrução preparatória, no sistema vigorante, pode comprometer a imparcialidade. Desponta o risco da procura orientada de provas, para alicerçar certo propósito, antes estabelecido; com abandono, até, do que interessa ao envolvido. Imparcialidade viciada desatende à Justiça[...]²⁰⁶

Argumenta-se, ademais, que a tomada pelo Ministério Público das rédeas da investigação penal levaria a um acúmulo de funções indesejável sob o prisma institucional, em vista da falta de mecanismo de controle²⁰⁷, já que os procedimentos próprios do Ministério Público não sofreriam a supervisão externa de qualquer órgão ou Instituição.

Quem chama a atenção é Guilherme de Souza Nucci, que também se valeu das palavras do Professor e membro do Ministério Público Federal, Juarez Tavares, para escrever em seu “Código de Processo Penal Comentado”:

O sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir instituição superpoderosa. Note-se que quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal é supervisionada pelo Ministério Público e pelo Juiz de Direito. Este, ao conduzir a instrução criminal, tem a supervisão das partes – Ministério Público e advogados. Logo, a permitir-se que o Ministério Público, por mais bem intencionado que esteja, produza de per si investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisaria ser, significa quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração penal.

[...]

É inconcebível que se atribua a um órgão do Estado, qualquer que seja, inclusive ao Poder Judiciário, poderes sem limites. A democracia vale, precisamente, porque os poderes do Estado são limitados, harmônicos entre

²⁰⁶ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. “Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público”. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, n. 22/3, 2003, *apud* TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit. p. 41.

²⁰⁷ “[...] sob o aspecto institucional, esta faculdade de o Ministério Público produzir, diretamente, a prova da fase preliminar da persecutio implicaria outorgar-se implicaria outorgar-se a este órgão um poder incontrastável em matéria de arquivamento das peças de informação. [...] Assim, em questão de arquivamento, estaria instalada uma verdadeira ditadura do Ministério Público, com sério comprometimento para o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que poderia ser facilmente contornado, diante da ausência, proposital, ou não, de elementos probatórios para o oferecimento da denúncia.” (MORAIS FILHO, Antonio Evaristo de. Op. cit. p. 108).

si, controlados mutuamente e submetidos ou devendo submeter-se à participação de todos, como exercício indispensável da cidadania.²⁰⁸

Por fim, é de se notar que a intenção de modificar o texto constitucional, na forma da Proposta de Emenda Constitucional nº 197/2003²⁰⁹, reafirma o conhecimento dos membros da Instituição, ao menos tacitamente, da usurpação de funções e conseqüente violação da legalidade administrativa.²¹⁰

5 CONCLUSÃO

Como disse José Afonso da Silva, “a Constituição é um sistema de valores”²¹¹, e a notícia histórica revelou o motivo de estarmos presos ao modelo tradicional do “inquérito policial”.

Mudanças apresentam-se sempre de forma gradual.

As teses jurídicas e propostas legislativas de redefinição da fase pré-processual da persecução criminal demandam para a sua aceitação, análise minuciosa dos efeitos eventualmente produzidos.

Potencializa-se a problemática quando em discussão está o papel que cada instituição deve assumir na investigação criminal para a sua efetiva realização.

²⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 82.

²⁰⁹ v. nota 168.

²¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 250.

²¹¹ SILVA, José Afonso. Op. cit., 2004. p. 374.

Na ambição da conquista de “poderes”, não se pode olvidar das garantias que ganharam foro constitucional e passaram a orientar, até mesmo, o vetusto Código de Processo Penal.

Dessa forma, os interesses corporativos devem ceder lugar ao respeito do que dimana da Carta Política.

Deixa-se de lado a ambição da conquista de “poderes” dentro do sistema repressivo, principal instrumento de controle social, para observar os contornos estabelecidos para cada instituição que dele participa.

No caso em testilha, as manifestações doutrinárias se proliferaram pela inconstância jurisprudencial, e esta, por via de conseqüência, se intensificou, a ponto de toda a comunidade jurídica esperar pela decisão do órgão Pleno da Excelsa Corte no caso do ex-Deputado Federal Remy Trinta.²¹²

Extinto o foro por prerrogativa de função do ex-parlamentar, permaneceu-se à míngua de uniformização sobre o tema da investigação criminal presidida por integrante do Ministério Público.

Urge a adoção de posicionamento uniforme, pois a incerteza originada pelo dissenso jurisprudencial infundável, vai de encontro ao valor basilar da segurança nas relações jurídicas.

Como dito “O investigado pode não conhecer o fato de que corre a investigação em seu desfavor, no resguardo da efetiva realização de determinadas diligências, porém, o que não se admite é o desconhecimento a respeito da autoridade à qual incumbe tal atividade”.²¹³

Segundo Afrânio Silva Jardim, “[...]estimular a controvérsia é provocar a dialética em busca de novas soluções, talvez mais adequadas à nova realidade que o Direito poderá dar curso, ao menos abrir passagem.”²¹⁴

Por isso, pertinentes são as diversas manifestações pesquisadas. Doutrinadores, articulistas e pareceristas nos apresentaram múltiplas facetas sobre os procedimentos ministeriais de investigação criminal e sua (i)legitimidade em face de nosso ordenamento.

Argumentos de ordem jurídica, meta-jurídica, de ordem prática ou de conveniência, todos contribuíram para que pudéssemos compreender um pouco melhor o objeto de estudo e, afinal, nos posicionarmos.

²¹² Por todos, v. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 85.

²¹³ Cf. p. 6 desta monografia.

²¹⁴ JARDIM, Afrânio Silva. Op. cit. p. 330.

A política criminal em busca de eficiência na apuração das infrações penais, manifestada no discurso do direito penal como realizador dos valores da Constituição de Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens²¹⁵, se contrapõe ao garantismo penal do processo equitativo de Antonio Evaristo de Moraes Filho.²¹⁶

Fato é que a etapa preparatória do sistema processual penal brasileiro vive a dicotomia da inspiração inquisitorial *versus* a orientação constitucional do princípio acusatório, eleito pela Constituição de 1988.

Temos sim um processo penal de partes com as garantias inerentes ao devido processo.

Por isso é que, a fase de investigação criminal também deve observar as regras a ela impostas, pelo dever de observância do ente estatal ao pacto constitucional que assumiu perante o particular.

Não é demais lembrar que, no processo criminal a que visa subsidiar, o que está em jogo é a liberdade de locomoção do indivíduo a ele submetido.

Ora, é possível identificar antinomias (reais e aparentes) entre o texto constitucional (que se pretende tenha força normativa) e a legislação infraconstitucional anterior e, logicamente divorciada de sua axiologia, ou posterior, que desafia o operador do direito a antes de tirá-las do ordenamento jurídico, realizar a conformação com a Lei Maior preeminente, a Constituição.

O mister conformativo do intérprete é constante, sobretudo em matérias de direito processual penal.

No caso presente, a pretexto de se realizar uma interpretação sistemática e principiológica dos dispositivos constitucionais combinados com a legislação ordinária e complementar, surgiu uma concepção distorcida (não levemente, pela consistência dos argumentos) sobre os limites e possibilidades de atuação ministerial na fase pré-processual da *persecutio criminis*.

Na verdade, não seriam necessários maiores esforços de interpretação, pela clareza dos enunciados.

Ao que tudo indica, as previsões constitucionais apresentam-se harmonizadas em torno de um desenho institucional idealizado na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88, construído de forma consensual, com espeque nas necessidades instrumentais dos diversos segmentos da sociedade e do próprio Estado.

²¹⁵ Op. cit. *passim*

²¹⁶ Op. cit.

Parece certo que os sobreditos “poderes investigatórios do Ministério Público” se resumiriam à requisição de instauração de inquéritos policiais e de diligências investigatórias (podendo e devendo acompanhá-las), e, *a posteriori*, à realização do controle externo da atividade investigatória da Polícia Judiciária (*i. e.*, Polícia Civil e Federal) – artigo 129, incisos VII e VIII, CRFB/88.

Outrossim, a CRFB/88 atribuiu em uníssono às polícias civis e à Polícia Federal a atividade de apuração das infrações penais (artigo 144, §1º, I e §4º), controlada externamente pelo titular da ação penal pública, a fim de ser observada a sua obrigatoriedade e dentro da idéia de equilíbrio e harmonização entre os poderes.²¹⁷ É caso evidente da aplicação da doutrina dos freios e contrapesos.

A teoria dos poderes implícitos, *venia concessa*, de fato, não se sustenta na hipótese, em vista da atribuição explícita da função investigativa a outro órgão da estrutura estatal.

Embora se possa admitir a existência de exceções, elas estão expressas no texto constitucional. Atribuição conferida pela Constituição somente por ela pode ser excepcionada. É regra básica de hermenêutica. Outras autoridades administrativas apuram, tão-só, ilícitos administrativos, fiscais, financeiros e etc.

Questiona-se quanto à cláusula de abertura do inciso IX do artigo 129, tantas vezes enfocada no decorrer do trabalho. Esta, verdadeiramente, dá azo a que o legislador infraconstitucional atribua, mediante lei complementar (artigo 128, §5º, CRFB/88), a possibilidade de instauração e condução de procedimentos de investigação penal próprios do *Parquet*.

Pela insofismável lição J. J. Gomes Canotilho, “A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo no caso de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo constitucionalmente especificado.”²¹⁸

Contudo, até o momento, como também pontuou Ada Pellegrini Grinover²¹⁹, não foi editado semelhante diploma.

²¹⁷ Ainda que ontologicamente suas funções não permitam que seja erigido a “quarto poder”, permanecendo atrelado ao Poder Executivo, o perfil delineado pela Constituição de autonomia e independência funcional, afirma ainda mais o controle externo como instrumento de harmonização dos poderes, que se completa com o controle judicial sobre a atuação ministerial.

²¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1.334.

²¹⁹ Op. cit., 2004

E não poderiam os artigos de lei que instrumentalizam o inquérito civil e demais procedimentos do Ministério Público, serem invocados para cumprir esse desiderato. Cabível aqui a transcrição de trecho da análise de Luís Roberto Barroso:

À luz da teoria democrática, e considerando jamais ter havido deliberação constituinte ou legislativa em favor do desempenho de competência investigatória criminal pelo Ministério Público, não se afigura legítimo inovar nesta matéria por via de uma interpretação extensiva. É que, dessa forma, estar-se-ia subtraindo da discussão política em curso e, conseqüentemente, do processo majoritário, a decisão acerca do tema.²²⁰

Acrescenta-se, porém, que haveria necessidade de se observar parâmetros razoáveis nessa outorga e procedimentalização da apuração de infrações penais pelo *Parquet*, a excepcionar a deixa constitucional à Polícia Judiciária.²²¹

É compreensível o anseio por semelhante previsão. Ou mesmo, pela Emenda Constitucional que visa incluir a função de promoção de investigações no inciso VIII, do artigo 129 (PEC 197/2003).

Como visto acima, os membros do Ministério Público reclamam legitimidade para suas investigações, com base no argumento prático (ou de conveniência) da omissão policial por influência econômica ou política, notadamente nos crimes praticados por organizações criminosas, em que é dado característico a cooptação governamental, e nos casos de crimes cometidos pelos próprios policiais, quando dificultada a atividade repressiva.

Ora, não há garantias de independência ao delegado de polícia. Ele não detém a independência funcional do membro do Ministério Público e o órgão do qual pertence não se reveste de autonomia administrativa, funcional e financeira.

Ocorre que é ilusório pensar em legitimação a todo custo para investigação direta como solução para estes problemas, até porque nada garante que, na presidência de um procedimento de investigação criminal próprio, os membros do Ministério Público estejam imunes a todo tipo de pressão que possa os desviar do interesse público.

A tendência nos países da Europa Continental (e já na América Latina) é, conforme se pôde ver, a adoção do sistema de investigação preliminar do “promotor investigador”.

Mas, o que também se salientou foi a premente necessidade de não se perder de vista o equilíbrio das partes no processo penal acusatório, havendo, já nessa linha, algumas previsões italianas de instrumentos de “investigação defensiva”.

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2005. p. 233.

²²¹ A sugestão de Ada Pellegrini Grinover, é aqui, e ao final, reproduzida de forma sintética (Cf. Op. cit., 2004).

A igualdade de oportunidade de as partes influírem eficazmente na decisão do magistrado (princípio do contraditório na perspectiva da paridade de armas) sofre os efeitos de uma investigação criminal conduzida por uma delas, isto é, pelo Ministério Público.

Máxime quando se admite que os elementos colhidos possam ser utilizados para embasar a sentença condenatória (cf. artigo 155, do nosso CPP) e, ainda, quando o juiz que admite a acusação é o mesmo que decide o mérito na fase processual propriamente dita.

Diante de todo o exposto, à guisa de conclusão, nossas últimas ponderações.

De lege lata, pela conjugação de métodos (literal, histórico, sistemático, lógico e teleológico) de interpretação das previsões constitucionais e legais, não tem o Ministério Público legitimidade para proceder a investigações de índole criminal em procedimentos próprios.

A denúncia oferecida nestas circunstâncias deve ser rejeitada por falta de justa causa, em vista de terem sido arremetidos elementos informativos com violação ao devido processo legal.

De lege ferenda, porque é sintomática a disposição do artigo 129, IX, CRFB/88, haveria a possibilidade de mediante lei complementar, se conferir a investigação criminal preparatória ao Ministério Público, seguida de reformulação estrutural, com o fito de lhe conferir subsídios à realização da atividade de forma eficiente.

A nosso aviso, não se descarta a referida lei complementar, ainda que aprovada a PEC 197/2003.

Em ambas as hipóteses, a razoabilidade (devido processo legal substantivo) calibraria esse diploma, com notas de excepcionalidade, de molde a não se esvaziar, por completo, a garantia da paridade de armas, corolário do princípio do contraditório.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria Emília Moraes de; CORRÊA, Paulo Fernando; e SILVA, Aluísio Firmo Guimarães da. “A Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 66, maio de 1988.

BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo.” *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 12 out. 2008.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. “A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 66, p.237-270, mai./jun. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: promotor natural: atribuição e conflito*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Investigação criminal e Ministério Público.” *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760>>. Acesso em: 01 out. 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

FRAGOSO, José Carlos. “São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, p. 241-251, jan./mar. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na Legislação Latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 1, p.41-63, jan./mar. 1993.

_____. “Investigações pelo Ministério Público”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 145, São Paulo, p.4-5, v. 12, dez. 2004.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Die Normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Direito Processual Penal*. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério público e persecução criminal*. 4ª ed. rev., atual. e acrescida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. “O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise de recente decisão do STF.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p. 371-391, jan./fev. 2004.

LOPES JR., Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2ª ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. “As investigações do Ministério Público”. *Net*, São Paulo, abr. 1999. Disponível em: < <http://paginas.terra.com.br/servicos/hmazzilli/>>. Acesso em: 29 mai. 2008.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. 5ª ed. rev. ampl. e atual., à luz da reforma do Judiciário (EC 45/2004). São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAIS FILHO, Antônio Evaristo de. “O Ministério Público e o inquérito policial.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 105-110, jul./set. 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Atualizada com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. com Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário”. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*: edição universitária. Rio de Janeiro: Forense. 1991. v. III e IV.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª ed., de acordo com a Emenda Constitucional 56, de 19.12.2007. São Paulo: Malheiros. 2008.

_____. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 368-389, jul./ago. 2004.

SOUZA, José Barcelos de. Jurisprudência comentada. Investigação direta pelo Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 44, p.361-371, jul./set. 2003.

STRECK, Lenio Luiz; e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TEIXEIRA, Francisco Dias. “Princípios constitucionais do Ministério Público”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 291-315, jul./ago. 2004.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª ed., de acordo com a CF/88. São Paulo: Saraiva, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. 17ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 2. 29ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Luís Guilherme. “O Ministério Público e a investigação criminal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p.307-370, jan./fev. 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimation y dogmatica juridico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998.