

A INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

*** Tatiana Ribeiro Carneiro**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

**** Irene Angélica Franco e Silva Guimarães**

Graduada em Direito pela FACULDADE DE DIREITO DO VALE DO RIO DOCE e mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Delegada de Polícia assessora do Chefe da POLÍCIA CIVIL DE MINAS GERAIS (MG). Professora da Fadipa.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é elucidar sobre a inconstitucionalidade da investigação criminal pelo Ministério Público, tendo como problema: se à luz da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais, possui o Ministério Público brasileiro atribuições para realizar investigações criminais, autonomamente? Sustentado ao pesquisar sobre o tema no princípio da imparcialidade e da paridade de armas, e amparado pela Constituição Federal. Com este trabalho em comento, busca-se, baseado em análises de doutrinas, normas jurídicas e jurisprudências, discutir a divergência existente relativa ao tema apresentado. Esclarecendo que a solução da divergência adveio de análises feitas no Direito Constitucional, Penal, Processo Penal, leis complementares, posições doutrinárias e jurisprudências referentes a matéria. Nesse sentido expõe que não é inconstitucional a investigação criminal realizada de forma de direta pelo Ministério Público autonomamente.

Palavras-chave: Investigação. Ministério Público. Polícia Judiciária Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar a “Inconstitucionalidade da investigação criminal pelo Ministério Público”, com o fito de demonstrar que não há previsão legal para que a mesma ocorra de forma direta.

O presente trabalho, de cunho teórico dogmático, embasado no direito constitucional, direito processual penal, lei complementares, demais doutrinas e jurisprudências referentes ao tema, tentará solucionar as divergências sobre o assunto em explanação.

Dessa forma, divide-se o trabalho em quatro partes. A primeira está voltada a explanar de fato a investigação criminal, descrever a natureza jurídica do inquérito policial, que se dá de forma imparcial e com paridade de armas, destacando outros tipos de inquéritos extrapoliciais.

A segunda, da Polícia Judiciária, conforme previsto na Constituição de 1988, demonstra que, dentre as funções das polícias Civil e Federal, estão a de investigar e servir o órgão auxiliar do Poder Judiciário na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria dos crimes e contravenções penais (art. 144, CF). Importante ressaltar que a apuração dos delitos é de competência da Polícia Judiciária, sendo que a investigação feita por outros órgãos fere a Constituição Federal e coloca em risco os direitos e garantias do investigado.

A terceira versa sobre o Ministério Público, na perspectiva das suas funções. Mesmo com a falta de previsão legal e sem argumentos sólidos, o Ministério Público reclama a prerrogativa de realizar a investigação criminal diretamente, baseando sua tese na teoria dos poderes implícitos e em casos com seletividade midiática.

E por fim, através dos princípios, conceitos e entendimentos percorridos nas três partes anteriores, explicar-se-á a respeito das posições jurisprudenciais acerca da legitimidade do Ministério Público para investigar. Sobre a PEC 37/2011 – PEC da Legalidade, que coloca a investigação como dever exclusivo da Polícia Judiciária. Além da necessária autorização legal para investigar, é preciso preparo, vez que uma boa investigação requer a capacitação do investigador.

Assim sendo, a Constituição não confere ao Ministério Público o poder de investigação criminal, nem explícita, nem implicitamente. Também não se pode dizer que com a rejeição da PEC 37/2011 lhe permite tal direito.

2 DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Primeiramente, torna-se necessário fazer uma conceituação sobre o que é investigação, esclarecendo que é “o conjunto de atividades e diligências tomadas com o objetivo de esclarecer fatos ou situações de direito” (HOUAISS, 2001, p. 1644).

Em termos gerais, investigação é o ato ou a ação de se investigar algo ou alguém. Investigar, segundo dispõe o dicionário, é indagar, inquirir, pesquisar, fazer diligências para achar, é examinar, a pesquisa, o estudo, a análise, a inspeção

simétrica que se faz sobre determinada coisa, enfim seguir os vestígios ou sinais de algo (BUENO, 2000, p. 447).

Especificamente sobre investigação criminal, Ferraresi a define como sendo:

[...] deve ser um processo de conhecimento que não se baseia exclusivamente no empirismo, mas que se utilize de um aparato científico capaz de transformar simples vestígio em indício, e estes, em prova. Paralelamente, essa investigação deve ser desenvolvida dentro do estrito cumprimento do dever legal, com respeito à dignidade humana, preservando-se a imagem da vítima, de seus familiares e do investigado (FERRARESI, 2005, p. 52).

No sentido material, a investigação criminal dá-se na realização de um conjunto de atos compostos de regras positivas e práticas que serão aplicados em um caso concreto. Já no sentido formal sintetiza-se nas peças incluídas nos autos do Inquérito Policial, como exemplo: boletim de ocorrência, portaria da autoridade policial, relatório de investigação policial elaborada por agentes investigadores, laudos diversos, termo de Declarações, termo de acareações, indiciamento, etc. Nesse sentido ensina o professor Carlos Rocha:

A investigação policial é uma pesquisa sobre pessoas e coisas úteis para a reconstrução das circunstâncias de um fato legal ou ilegal e sobre a ideia que se tem a respeito deste. No Brasil, a formalização da investigação policial sobre crime ou contravenção penal é feita por meio do inquérito policial, observando-se as normas do Código de Processo Penal e da legislação sobre os Juizados Especiais Criminais (ROCHA, 1998, p. 123).

Em face da segurança mínima exigida para a atividade estatal contra alguém no campo criminal e em face da dignidade da pessoa humana busca-se um Estado Democrático de Direito em todas as suas áreas, especialmente em Direito Penal e Processual Penal, razão pela qual não se pode investir contra o indivíduo, atuando em juízo sem um mínimo razoável de provas, bem como investigando sua vida privada, que é garantido pelo direito constitucional à intimidade.

O autor que comete a infração penal pode e deve ser punido pelo Estado, desta forma será garantida a estabilidade e a segurança coletiva, como é arquitetado pelo texto constitucional em seu art. 5.º, caput, uma vez que é natural e lógico exigir-se uma atividade controlada pela legalidade e transparência.

Através da persecução criminal busca-se a apuração das infrações penais

juntamente com sua autoria, que se dá por duas fases, a primeira é o inquérito policial, preliminar e inquisitivo, a segunda é a fase processual, subordinada ao contraditório e à ampla defesa. Assim, com a ocorrência de um fato delituoso, cabe ao Estado iniciar a persecução criminal para apurar, processar e fazer valer o direito de punir, solucionando as lides e aplicando a lei.

A investigação criminal tem seu marco com a notícia crime, se destina a por o fato em contato com o órgão da ação penal, e a instrução o fato em contato com o juiz.

Para Frederico Marques, a investigação é:

A investigação é a atividade de *persecutivo criminis* destinada a ação penal. Daí apresentar caráter preparatório e informativo, visto que o seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisitivo nihil est quam informatio delicti* (MARQUES, 2003, p.39).

O inquérito policial é o principal meio investigatório na alçada penal com a finalidade precípua de estruturar, fundamentar e dar justa causa à ação penal, estando previsto pela Constituição Federal e Estadual (art. 144, § 1.º IV, e § 4.º, CF), desta forma há um capítulo específico no Código de Processo Penal sobre essa forma de investigação, embora não seja única possível a dar sustentáculo a ação penal.

2.1 O inquérito Policial e sua natureza jurídica

A denominação inquérito policial surgiu no Brasil com a edição da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto-Lei 4.824, de 28 de novembro de 1871, passando a ser função da polícia judiciária a sua elaboração.

Nucci define inquérito policial como sendo:

Um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada (NUCCI, 2013, p. 155).

A finalidade precípua do inquérito policial é a investigação do crime, com a colheita

de elementos de informações quanto a autoria e materialidade do delito, com o fito de fornecer elementos para o titular da ação penal promovê-la em juízo, seja o Ministério Público, seja o particular, de acordo com o caso.

Quanto a sua natureza jurídica, trata-se de procedimento de natureza administrativa, não se tratando de processo judicial, nem mesmo de processo administrativo, sendo assim, dele não resulta diretamente nenhuma sanção, ainda não há o exercício de pretensão acusatória. Não há uma estrutura processual sob a garantia do contraditório e da ampla defesa.

O inquérito policial trata-se de procedimento, já que há uma sequência lógica para sua instauração, desenvolvimento e conclusão, estabelecida pelo legislador.

A doutrina clássica pondera que o inquérito policial é dispensável e sua natureza inquisitiva, sendo meramente preparatório da ação penal. Os que defendem essa corrente alegam que o inquérito policial não é obrigatório na persecução penal, podendo ser dispensado sempre que o integrante do Ministério Público ou o ofendido tiver elementos suficientes para promover a ação penal.

Contudo, diante da necessidade de adequar a atuação da Polícia Judiciária com o ordenamento jurídico vigente, sobretudo, no que se refere aos direitos individuais o investigado, o inquérito policial se vestiu de um novo aspecto transformando-se em um instrumento de ascensão de justiça criminal, por intermédio da busca da verdade real das circunstâncias e da autoria dos delitos, realizado pela Polícia judiciária, tendo como destinatário o Poder Judiciário.

2.2 Paridade de armas e imparcialidade

A paridade de armas, também tratado como princípio da igualdade processual, é bem definida na visão de Nestor Távora:

[...] consagra o tratamento isonômico das partes no transcorrer processual, em decorrência do próprio art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. O que deve prevalecer é a chamada igualdade material, leia-se, os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida das suas desigualdades (TÁVORA, 2010, p. 52).

Sendo assim, Renato Brasileiro de Lima aduz que (2013, p. 145) “a investigação pelo *Parquet* atenta contra o sistema acusatório, pois cria um desequilíbrio na paridade de armas”.

Ainda que prevaleça no continente europeu o sistema do *Parquet* investigador, a Corte Europeia dos Direitos do Homem tem se preocupado, no âmbito criminal, com respeito ao princípio da igualdade processual, garantias que restariam abaladas se pudesse o promotor ter legalidade na investigação criminal.

Complementa Moraes Filho (1997, p. 105) que se pode evidenciar as últimas decisões da Corte mencionada uma “marcante preocupação em resguardar o respeito a garantia da equitatividade do processo penal, em cujo o curso o qual se deve assegurar às partes a igualdade de armas”.

Promover ao Ministério Público, pessoal e diretamente a produção de provas, na fase pré-processual fere o princípio da paridade das armas, conferindo a um “verdadeiro quarto poder um arbítrio incontestável no exercício, que lhe é privativo, da função de promover a ação penal” (MORAIS FILHO, 1997, p. 109).

Salienta Nucci que (2013, p. 159) “o sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa”.

Apontando preocupação com investigações realizadas por uma das partes e seguindo a mesma linha de pensamento, assim se manifesta Lima:

Certamente o Ministério Público, nessa condição de parte, tenderia a selecionar as provas de sua tese acusatória, apenas desprezando outras, quem sabe, de interesse da defesa. Haveria um extraordinário desequilíbrio na Lide, ficando o cidadão à mercê do Estado-acusação poderosíssimo [...] (LIMA, 2013, p. 25)

É indispensável que se garanta no processo penal a igualdade entre as partes (MARQUES, 1998, p. 71), situação consubstanciada na igualdade de armas entre acusação e defesa (FERREIRA, 2003, p. 263).

Permitir ao órgão ministerial a investigação pré-processual restará quebrado esse

necessário equilíbrio e haverá uma verdadeira ditadura do Promotor. No processo penal, a criação de uma parte super poderosa leva ao patente desequilíbrio entre acusação e defesa, derrubando a igualdade de armas, direito garantido constitucionalmente.

2.3 Inquéritos extrapoliciais

Em regra, os inquéritos policiais são realizados pela Polícia Judiciária e presididos por delegado de polícia de carreira, de acordo com o que dispõe o § 4º, do art. 144, da Constituição Federal.

Portanto, o parágrafo único, do art. 4º, do CPP, preleciona que a competência exercida pela polícia judiciária para a apuração das infrações penais e da sua autoria não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função, ou seja, a titularidade das investigações pode ser presidida, conforme disposto por lei, por outras autoridades, são os inquéritos extrapoliciais (ou não policiais). Observa-se que o legislador não atribui somente à polícia o poder de investigar, por não ser possível apenas um órgão ser titular de todo tipo de procedimento investigativo.

Desta forma de acordo com a necessidade, capacidade e viabilidade o legislador permitiu que outras autoridades presidissem certos tipos de investigações, mas de acordo com o disposto em lei. Portanto, temos:

Os Inquéritos Parlamentares amparados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito remetendo os respectivos relatórios com a resolução que o aprovar aos chefes do Ministério Público da união ou dos Estados, ou ainda às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão para a prática de atos de sua competência;

Inquéritos policiais militares, que estão a cargo da polícia judiciária militar, disposto sua no art. 8º do Código de processo Militar, não impedindo que sejam requisitadas à polícia civil e respectivas repartições técnicas pesquisas e exames para subsidiar o inquérito militar. Nos crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis, são passíveis de inquérito militar, nada impedindo que seja também instaurado

inquérito policial no âmbito da polícia civil;

Outros, como Inquérito Civil presidido pelo Ministério Público que objetiva reunir elementos para a propositura da ação civil pública; inquéritos por crimes praticados por juízes ou promotores com investigações presididas pelos órgãos da cúpula de cada carreira; investigações envolvendo autoridades que são beneficiados de foro por prerrogativa de função que irá tramitar perante o tribunal onde a referida autoridade desfruta do foro privilegiado.

Por fim, investigações a cargo do Ministério Público na esfera criminal, tema central do presente trabalho monográfico, sem dúvida, controverso, mas demonstra-se com essa pesquisa ser inexequível que o promotor de justiça, sendo titular da ação penal, ocupe o posto de órgão investigatório, produzindo inquéritos que visam à apuração de infrações penais e sua autoria, deste modo, substituindo o papel da polícia judiciária, sendo assim, um retrocesso ao Estado Democrático de Direito.

3 A POLÍCIA JUDICIÁRIA

Incumbe a polícia a preservação da paz social, a intervenção nos conflitos mediante atividade investigativa com o fito de apurar infrações que venham a ocorrer. Conceitua Julio Fabbrine Mirabete (1994, p. 35.) “a polícia é uma instituição de direito público destinada a manter a paz e a segurança individual”.

O papel da polícia subdivide-se em: polícia administrativa ou de segurança, de caráter preventivo com o objetivo de impedir as ocorrências de infrações, como a Polícia Militar dos Estados-membros; e em polícia judiciária, de caráter repressiva, atuando após a infrações, visando coletar elementos para apuração de autoria e constatação de materialidade delitiva.

Desta forma, segundo Nucci:

O nome polícia judiciária tem sentido na medida em que não se cuida de uma atividade policial ostensiva (típica da Polícia Militar para a garantia da segurança nas ruas), mas investigatória, cuja função se volta a colher provas para o órgão acusatório e, na essência, para que o Judiciário avalie no futuro (NUCCI, 2013, p. 157).

Destarte, compete aos órgãos constituídos das polícias federal e civil gerir as

investigações necessárias, colhendo provas pré-constituídas e formar o inquérito policial, que servirá de alicerce de sustentação a uma futura ação penal.

3.1 Previsão constitucional da polícia judiciária

Segundo o art. 144 da Constituição Federal é dever do Estado a segurança pública, sendo através da polícia a busca pela preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Constando como órgãos policiais a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, a Polícia Civil, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar.

Neste ponto, destacamos o papel da Polícia Civil que flui do art. 144, § 4º, da Constituição Federal, *verbis*: “às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. Tendo a polícia judiciária função de elaboração do inquérito policial.

Quanto a Polícia Federal, órgão mantido pela União, compete, de acordo com o art. 144, §1º CF 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; e exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Deste modo, aos órgãos constituídos das policias federal e civil são conferidas as prerrogativas de reger as investigações necessárias, colhendo provas e formar o inquérito para a manutenção de uma ação penal.

3.2 Competência exclusiva e atribuição

A Polícia é uma instituição de direito público, instrumento da administração, destina-se a manter e recuperar a paz pública ou a segurança individual, a ela, segundo a doutrina dominante, é atribuída duas funções precípuas: Polícia Administrativa e Judiciária, o que interessa para este trabalho é a Polícia Judiciária, pois bem, segundo Renato Brasileiro de Lima, a define como:

Polícia Judiciária: cuida-se de função de caráter repressivo, auxiliando o Poder Judiciário. Sua atuação ocorre depois da prática de uma infração penal e tem como objetivo precípuo colher elementos de informação relativos a materialidade e a autoria do delito, propiciando que o titular da ação penal possa dar início a persecução penal em juízo. Nessa linha, dispõe o art. 4a, *caput*, do CPP, que 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. (LIMA, 2013, p. 75)

A presidência do inquérito cabe à autoridade policial, pois a exerce com exclusividade, segundo o art. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal, as funções de polícia judiciária, embora as diligências realizadas possam ser acompanhadas pelo representante do Ministério Público, que possui o controle externo da polícia.

Domina na doutrina e na jurisprudência a utilização da expressão “polícia judiciária” para se referir ao exercício de atividades ligadas à apuração da infração penal. Basta atentar para o teor da Sumula Vinculante nº 14 do Supremo:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (STF, 2009)

Independentemente dessa discussão, as atividades investigatórias devem ser exercidas precipuamente por autoridades policiais, sendo vetada a participação de agentes estranhos a autoridade policial, sob pena de atentarem contra o art. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal, da Lei nº 9.883/1999, e dos artigos 4º e 157 e seus parágrafos do Código de Processo Penal. Desta forma, os Tribunais vêm considerando que a execução de atos típicos de polícia judiciária, executadas por outros órgãos, como é o caso do Promotor exercer investigação criminal diretamente, acarreta a ilicitude das provas assim obtidas.

3.3 Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público

O art. 129, inciso VII, da Constituição Federal, define que caberá o Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar.

O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, não pressupõe subordinação ou hierarquia dos organismos policiais, como assevera Renato

Brasileiro de Lima:

[...] não significa ingerência que determina a subordinação da polícia judiciária ao Ministério Público, mas sim a prática de atos administrativos pelo Ministério Público, de forma a possibilitar a efetividade dos direitos assegurados na lei fundamental (LIMA, 2013 p. 156).

A lei complementar 75/93, lei Orgânica do Ministério Público da União, é aplicada subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados. A lei em tela aponta as ações que podem ser realizadas pelo promotor no intuito de legitimar a função que lhe foi atribuída pelo art. 129, VII.

Art. 9º da lei complementar 75/93:

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:
 I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
 II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
 III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
 IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
 V - promover a ação penal por abuso de poder (BRASIL, Lei Orgânica do Ministério Público da União, 1993).

Sujeitam-se ao controle externo do Ministério Público os organismos policiais definidos pelo art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual é atribuída poder de polícia relacionada a segurança pública e persecução criminal.

O controle externo na atividade policial visa dar ao Ministério Público um comprometimento com a investigação criminal, e um amplo domínio da lisura na produção da prova na propositura da ação penal pública ou privada. Também, tem o fito de dar manutenção da regularidade e adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, conseqüentemente, cabendo ao Ministério Público reprimir abusos, zelando para que as instituições controladas disponham dos meios materiais para o desempenho de suas funções.

Pelo exposto, conclui-se que a legislação voltada para o controle externo da atividade policial foi criada para evitar qualquer tipo de interpretação distorcida da lei,

pois a mesma exclui de forma expressa da atividade ministerial a investigação criminal direta.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, Constituição Federal, art. 127, caput. Na esfera penal, o Ministério Público é a instituição de caráter público que representa o Estado-Administração, expondo ao Estado-Juiz a pretensão punitiva. A CF atribui-lhe, no art. 129, I, com exclusividade, a função de propor a ação penal pública, seja ela condicionada ou incondicionada, excetuando a regra apenas no art. 5º, LIX, ao conferir ao ofendido a titularidade da ação penal privada subsidiária da pública, em caso de desídia do órgão ministerial. Em matéria criminal, o Texto Constitucional somente outorgou ao *Parquet* o poder requisitório, atribuindo-lhe autoridade para que determine às polícias judiciárias a realização de diligências investigativas e a instauração de inquérito policial (art. 129, VIII). A Lei Maior atribui ao Ministério Público, ainda, a função de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII).

De acordo com Bittencourt:

Não se poderia conceber que o legislador constituinte assegurasse expressamente o poder de o Ministério Público requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial e, inadvertidamente, deixasse de constar o poder de investigar diretamente as infrações penais. À evidência, trata-se de decisão consciente do constituinte, que não desejou contemplar o Parquet com essa atribuição, preferindo conferi-la à Polícia Judiciária, minuciosamente, como fez no art. 144 da CF (BITTENCOURT, 2005, p. 241).

4.1 Funções do Ministério Público

Como é uma instituição autônoma e independente, que age em prol do interesse público, nada mais adequado que tenha assegurado constitucionalmente os instrumentos para efetivar suas ações. Portanto, prega o artigo 129, da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias 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;
- 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;
- 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 Federal, 1988).

Os incisos III e VI do artigo citado, utilizados por parte da doutrina como base legal para realização de investigações ministeriais, é aplicado somente na área cível, certificando o *Parquet* o exercício de uma das suas funções: promover inquérito civil. Sendo assim, não dá autorização ao órgão acusador, com a exclusão da Polícia Judiciária, realizar investigação criminal. Observado o disposto no inciso VIII acima, assevera “podendo acompanhá-los”, mas não os presidir, isolada ou cumulativamente não afastando, assim, e nem poderia fazê-lo, da previsão constitucional. E, não se pode confundir requisitar diligências investigatórias e/ou instauração de inquérito, com poder para o Ministério Público investigar diretamente a existência de infrações penais. Se o membro do Ministério Público tem conhecimento de crime e não tem os elementos suficientes para a propositura da ação penal competente, o que lhe compete, de acordo com a Constituição (art. 129, VIII), é requisitar a instauração do inquérito policial, não lhe cabendo promovê-lo, por si mesmo, de ofício, ou em face de representação ou outra peça de informação. Por outro lado, se necessita maiores esclarecimentos sobre o caso ou o aprofundamento da investigação criminal produzida, não pode ele substituir a autoridade competente para efetivar a investigação (a polícia judiciária). O que lhe cabe, em tal circunstância, é também, nos termos do mesmo dispositivo constitucional, “requisitar diligências investigatórias” à autoridade competente, o presidente do inquérito policial.

Como diz Silva:

Percorrem-se os incisos em que o art. 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá não se encontrará nada que autorize os membros da instituição a proceder a investigação diretamente. O que havia sobre isso foi rejeitado, como ficou demonstrado na construção da instituição durante o processo constituinte e não há como restabelecer por via de interpretação o que foi rejeitado (SILVA, 2004, p. 374-375)

4.2 A incoerência da Teoria dos Poderes Implícitos e do “quem pode o mais pode o menos”

Tendo sua origem na Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, no caso *McCulloch vs. Maryland*, a teoria dos poderes implícitos significa que quando a Constituição ao delegar uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe outorga, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade. Posto isso, os defensores da investigação Ministerial argumentam que, ainda que a Constituição Federal não tenha conferido expressamente ao *Parquet* a possibilidade de investigar crimes, tal competência estaria inserida de maneira implícita no dispositivo que confere ao Ministério Público a titularidade da Ação Penal (artigo 129, inciso I).

Apesar de todo o exposto, essa teoria não pode ser aplicada, pois levaria a uma hermenêutica inadequada por dois motivos, primeiramente quando tratamos de matéria em que sejam imputados poderes explícitos como ocorre no art. 144, onde confere às Polícias judiciárias a atribuição para realizar investigações criminais, com atividade exclusiva, exclui em absoluto a implicitude defendida pela maioria dos doutrinadores, não sobrando espaço para qualquer interpretação em sentido contrário. A Carta Magna outorga competência e atribuição aos diversos poderes, instituições e órgãos, sendo que nenhum é mais ou menos, e assim devido às determinações constitucionais devem ser acatadas.

A outra questão diz respeito à impensada relação de meio e fim existente entre a investigação criminal e a Ação Penal, é preciso tornar claro que o objetivo da investigação criminal não é somente servir o titular da Ação Penal, a instrução preliminar (investigação) não está atrelada à acusação e nem à defesa, mas, sim, à

Justiça, buscando a verdade real dos fatos e a perfeita elucidação do crime, que pode muitas vezes reunir elementos favoráveis ao investigado. Portanto, se a investigação dá subsídio tanto à acusação quanto ao investigado, não se pode estabelecer uma relação de meio e fim com a Ação Penal. Trata-se de institutos diferentes, ainda que complementares, tanto que a própria Constituição conferiu tais atribuições a órgãos distintos.

Analisa-se agora o ditado “quem pode o mais, pode o menos”. Em outras palavras, se o Ministério Público “pode o mais” propondo a Ação Penal também “pode o menos” realizando investigações criminais. Persistindo esse entendimento, nós podemos concluir que, nessas situações, o poder investigatório também deveria ser estendido à vítima, que é titular da Ação Penal de iniciativa privada. Ora, se a vítima pode o mais (oferecer queixa-crime), ela também pode o menos (investigar). Assim como na Ação Penal Pública, também haveria uma relação de meio e fim entre a investigação criminal e a vítima nos delitos que se procedem mediante queixa.

Se se leva ao pé da letra a expansão descontrolada dos chamados “Poderes Implícitos”, o juiz criminal – que pode condenar (mais?) – também poderia investigar e acusar (menos?). Em razão do exposto é que o constituinte, no âmbito criminal, apenas reservou aos membros do MP poderes para requisitarem a instauração de inquéritos policiais, com a possibilidade de acompanhamento das investigações realizadas pelas polícias judiciárias, instituições igualmente comprometidas com a defesa do Estado Democrático de Direito.

Note-se o absurdo a que se chega quando pretende distorcer e agigantar indevidamente uma teoria como essa e o absurdo que chegaríamos prevalecendo esse entendimento. A Carta Magna outorga competência e atribuição aos diversos poderes, instituições e órgãos, sendo que nenhum é mais ou menos, e assim devido às determinações constitucionais devem ser respeitadas.

Frente ao exposto, defende-se o entendimento de que a teoria dos poderes implícitos não pode ser invocada para subsidiar o suposto poder investigatório do Ministério Público, sendo totalmente incoerente ser usada para defender o que não existe.

4.3 Insipiente *Parquet* investigador

A formação de um investigador seja qual for sua carreira, é longa, técnica, fincada na experiência e na vocação profissional. Ser policial não é trabalhar em gabinetes confortáveis, com ar condicionado e secretárias, com férias de sessenta dias por ano, com uma das melhores remunerações do país, com foro privilegiado e com o luxo da arma na cintura. Os promotores não têm formação técnica e conhecimento específico para fazer investigações policiais. O Ministério Público quer subverter o processo investigatório, e invadir seara que não lhe compete e também para a qual não está preparado.

Ser policial é simplesmente servir o povo que lhe paga - e lhe paga mal -, com formação técnica profissional adequada. O grande erro por parte da população é procurar, de uma forma ou de outra, denegrir a integridade, o sacrifício, a coragem, o esforço e a devoção de uma classe de servidores públicos que se dedicam e arriscam suas vidas, no combate ao crime. Essa denegridora tendência que cada dia cresce mais, de forma que, quando o povo se conscientizar do papel fundamental que a Polícia exerce na sociedade, o futuro já estará comprometido, porque em razão dessas crescentes depreciações, a Polícia vai se acomodando, vai se aborrecendo, com receio de ser atingida ainda mais. Ademais, as autoridades policiais têm prazo certo para concluir as investigações (art. 10, caput, do Código de Processo Penal), enquanto que os membros do Ministério Público utilizam o tempo que bem entendem.

Se há Autoridades Policiais ineficientes, podemos afirmar, com absoluta segurança, que a responsabilidade é do Ministério Público que ao invés de cumprir sua função constitucional de controle externo estão procurando usurpar funções delegadas a outros órgãos, portanto é um paradoxo o fato do órgão acusatório, que exerce a fiscalização da atividade policial, atribuir às polícias judiciárias a responsabilidade por eventuais fracassos do sistema de investigação brasileiro. No dia que em a Polícia cruzar os braços, cansada de servir aqueles que têm interesses em despojá-la, a segurança do povo ficará apenas na memória.

Nesse enfoque, é a lição do professor Guilherme de Souza Nucci:

O sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer 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, significaria quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração penal (NUCCI, 2006, p. 139).

Os delegados de polícia são bacharéis em Direito, como são os advogados, promotores e juízes, com esta característica: a função que lhes cabe, de irem às ruas em busca da verdade, os expõe a risco de morte, exigem coragem e mais: a Polícia, por ser uma instituição que está em contato direto com a sociedade, com o banditismo e com a criminalidade, merece um mínimo de amparo material e o subsídio do policial é ínfimo, se comparado a de outras categorias profissionais.

Assim se posiciona Coutinho:

[...] ainda hoje, infelizmente, não são poucos – e normalmente os serviços do Poder e do *status quo* – que vêem os Delegados de Polícia em nível inferior, partindo de um *a priori* negativo. Esquecem-se, tais desavisados, que os Delegados de Polícia, como estabelecido em lei, são tão bacharéis em Direito quanto os Magistrados e os Promotores de Justiça, separando-os, quanto a este aspecto, e tão-só, a realização e aprovação em concursos diversos. No mais, cada carreira tem suas peculiaridades, suas vantagens, seus níveis e extensão do poder e suas desvantagens, típicas do exercício da própria função (COUTINHO, 2005, p. 447).

Tourinho Filho também questiona os motivos de se aceitar a investigação criminal por parte do órgão ministerial, haja vista que, no Brasil, o policial encarregado das diligências é um Bacharel em Direito, com a mesma formação jurídica dos promotores e magistrados.

Ainda, cumpre informar que, na prática, estatísticas mostram que, nos países cuja legitimidade de investigação é do *Parquet*, os agentes policiais é que de fato a realizam, restando aos promotores apenas ciência final como ocorrente, por exemplo, na Alemanha. A propósito, vale lembrar os deslizes cometidos pelo Ministério Público italiano, o qual, abusando de seus poderes investigatórios, na última década do Século XX, transformou a chamada operação mãos limpas naquilo que a opinião pública chamou de operação algemas fáceis, por desrespeitar direitos de liberdade dos cidadãos.

Ao se falar do problema da corrupção, apontado por alguns, como um dos fatores que afastariam o monopólio investigativo das polícias, Silva ensina que esse distúrbio não é exclusivo das polícias, mas um dos aspectos do crime organizado em que estão envolvidas autoridades públicas, não sendo certo que promotores de justiça fiquem imunes “aos mesmos riscos”. Streck e Feldens, com o mesmo ponto de vista, referem que a corrupção não é exclusividade da polícia, podendo esse desvio ser encontrado, inclusive, no Poder Judiciário e no Ministério Público.

A polícia está diretamente atrelada ao Poder Executivo, o que acaba dando margem a algumas ações serem tomadas por influências políticas. Contudo, a partir do momento que reconhecer alguns privilégios como a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, as eminentes interferências políticas não mais terão espaço. Dessa forma, a atividade policial poderá se desenrolar de uma maneira mais justa, eficaz e consentânea com um Estado Democrático de Direito. Frente ao exposto, é impossível negar a importância do inquérito policial e do Delegado de Polícia e seus agentes para a persecução penal e como consequência uma plena democracia.

4.4 Seletividade midiática

Apesar de existirem investigações criminais conduzidas pelo Ministério Público que são eficientes e alcançam sua finalidade, ainda que inconstitucional, no entanto, o ponto principal para essa eficiência é a seletividade feita por esse órgão. Certamente esse predicado não seria o mesmo se promotores e procuradores tivessem que investigar todo e qualquer tipo de crimes que ocorrem em nosso país, que sabemos que são inúmeros. A respeito dos danos que essa seletividade pode vir a causar, o juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Marco Antônio Rodrigues Nahum assevera que:

Além das razões políticas, casuísticas e eleitoreiras, essa seletividade criará três problemas insolúveis, críticos e de raiz:

- a) Quem definirá a relevância do caso e quais os critérios de definição dessa relevância, sendo previsível que o critério não será certamente do bem jurídico e da natureza, gravidade e extensão da lesão às vítimas, mas sim o critério da repercussão dos fatos nos meios de comunicação;
- b) Com base na crença de que há crimes mais relevantes que outros, concluir-se-á que à Polícia caberá investigar apenas os menos relevantes e, portanto, gerará um descrédito da Instituição Policial por parte de todos;
- c) Essa Polícia desacreditada, desestimulada, e com poucos recursos

estruturais, não conseguirá cumprir seu papel investigativo (NAHUM, 2004, p. 175).

Como não existe aparato legal para as investigações ministeriais, menciona Vieira, que, frequentemente, os promotores de justiça antecipam o resultado das investigações pela imprensa, proferindo o que chama de “sentença penal irrecorrível” em desfavor de quem tem a presunção de inocência (2004, p. 312) havendo a percepção de que estão escolhendo os fatos que dão repercussão na imprensa. Por isso que Tucci registra a existência de membros do MP que agem de maneira insaciável para promoção pessoal e publicidade, em desprezo a valores éticos inafastáveis (TUCCI, 2004, p. 78-79).

Lopes Júnior, para quem seria mais importante a definição de como seria a inquisição – e não de qual órgão que deve presidi-la –, assim se expressa:

Ninguém nega a existência (e a gravidade) de alguns bizarros espetáculos levados a cabo por promotores e procuradores autoritários e prepotentes, verdadeiros justiceiros da (sua) ideologia de “lei e ordem”. Também existem os amantes do holofote, adeptos da maior eficiência da imputação midiática (LOPES JUNIOR, 2004, p.11).

Como falado anteriormente, a escolha de fatos que gera repercussão na mídia como parâmetro para as investigações ministeriais não é nada criteriosa. Outro fato alarmante é a preocupante postura de promotores de justiça que promovem a divulgação nos órgãos de imprensa, precipitada e injustamente, dos resultados de investigações preliminares, circunstância que pode gerar prejuízos irreparáveis ao investigado, como menciona Moraes Filho, (1997, p. 105) que “os excessos de exposição publicitária dos membros do Ministério Público”, tanto na Itália, quanto na França, teve como um dos resultados negativos o suicídio, ocorrido em Paris, de um empresário indiciado injustamente, tendo sido proibida a divulgação do episódio na mídia.

Essas investigações de crimes que causam forte comoção social, visando com isso a obtenção de cada vez mais status e flashes, consequentemente, do reconhecimento da mídia, passam por cima do princípio que deve nortear praticamente todo o processo legal, qual seja: o do Estado de Inocência. O órgão ministerial já demonstrou que não tem pretensão nem desejo de investigar todo e qualquer tipo de crime. O que na verdade ele almeja é investigar apenas os crimes que lhe forem convenientes, havendo uma seletividade por parte do Ministério

Público.

Após todo o exposto, pode-se concluir que, quando um órgão faz uma seleção e investiga apenas alguns crimes, a chance dele ser bem sucedido se torna bem maior do que as chances de sucesso daquele órgão que tem a obrigação constitucional de investigar todos os crimes, sem exceção, desde os crimes de menor potencial ofensivo, até aqueles que se encaixam na macro criminalidade. O que pretendemos dizer é que se a polícia investigasse só os delitos de seu interesse, exerceria com maior eficácia seu trabalho, mas não é admissível analisar a investigação penal como se ela se constituísse apenas das infrações penais que apresentam autoria conhecida e fácil elucidação.

5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Quanto a inconstitucionalidade da investigação criminal direta, realizada pelo Ministério Público, este capítulo a demonstra de forma inequívoca, por estar em desconformidade com a Carta Magna, causando assim, severas consequências para as partes e para o *persecutio criminis*. Destarte, é inexequível que o Parquet, titular da ação penal, adote a postura de órgão investigatório, suprimindo a polícia judiciária e produzindo inquéritos no fito da apuração de infrações penais e de sua autoria.

A Constituição Federal, como visto anteriormente, foi clara ao estabelecer as funções da polícia, assim, a polícia civil e federal, polícias judiciária, são incumbidas para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário, tendo a atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais, conforme art. 144 da Constituição Federal.

Quanto ao Ministério Público, ficou reservado a titularidade da ação penal, ou seja, a competência exclusiva no seu ajuizamento. Note-se, ainda, que o art. 129, III, da Constituição Federal, permite a possibilidade do promotor elaborar inquérito civil, mas não permite elaborar inquérito policial. Contudo, o legislado com a intenção de equipar convenientemente o órgão acusatório oficial do Estado, atribuiu-se ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos

de sua competência, requisitando informações e documentos; a possibilidade de exercer o controle externo da atividade policial “o que não significa a substituição da presidência da investigação, conferida ao delegado de carreira” (NUCCI, 2013, p. 158); o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, “o que demonstra não ter atribuição para instaurar o inquérito e, sim, para requisitar a sua formação pelo órgão competente” (NUCCI, 2013 p. 159).

Complementando e dando alicerce ao tema aqui exposto, leciona Nucci que:

Enfim, ao Ministério Público cabe, tomando ciência da prática de um delito, requisitar a instauração da investigação pela polícia judiciária, controlar todo o desenvolvimento da persecução investigatória, requisitar diligências e, ao final, formar sua opinião, optando por denunciar ou não eventual pessoa apontada como autora. O que não lhe é constitucionalmente assegurado é produzir, sozinho, a investigação, denunciando a seguir quem considerar autor de infração penal, excluindo, integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz (NUCCI, 2013, p. 159).

Deste modo, fica claro a competência, atribuição e limites atribuídos a cada órgão acusatório do Estado, sendo essas atribuições impostas pela Constituição Federal, porquanto o que é excedido ou abrandado por cada órgão, não sendo permitido pela própria Carta Magna, torna-se inconstitucional.

Qualquer instituição superpoderosa faz com que o sistema processual penal torne-se desequilibrado e desafinado, ferindo vários princípios, tornando o sistema obscuro. Quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal, é supervisionada pelo Ministério Público (controle externo) e pelo Juiz de Direito, há toda uma cautela a fim de resguardar as garantias constitucionais, de cada cidadão. Quando se permite que o Ministério Público, produza a investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem acesso pelo advogado da parte, sem a participação do indiciado, que nem precisa ser ouvido, dentre outros, significaria quebrar a harmonia, ferir princípios e tornar o sistema obscuro em uma investigação criminal. Fica demonstrado de forma clara, esse prejuízo insanável, o exemplo extraído dos ensinamentos de Nucci:

Não é pelo fato de ser o inquérito naturalmente sigiloso que o acesso do advogado, por exemplo, é vedado. Ao contrário, trata-se de prerrogativa sua consultar quaisquer autos de inquérito, especialmente quando já há indiciado cliente seu. O mesmo não ocorreria em investigação sigilosa em transcurso na sede do Ministério Público federal ou estadual, pois nem mesmo ciência de que ela está ocorrendo haveria. Por isso, a investigação

precisa ser produzida oficialmente, embora com sigilo necessário, pela polícia judiciária, registrada e acompanhada por magistrado e membro do Ministério Público (NUCCI, 2013, p. 159).

Corroborando, ainda, a oportuna colocação de Juarez Tavares:

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 si, controlados mutuamente e submetidos ou devendo submeter-se à participação de todos, como exercício indispensável da cidadania (TAVARES, p. 13).

Há Estados em que o Ministério Público vem investigado, a Constituição Federal estabeleceu que as funções atribuídas a Polícia e ao Ministério Público seriam atribuídas pelo legislador constitucional e não pelo ordinário, deixando claro que é de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar de forma concorrente sobre a organização, garantias, direitos e deveres da polícia civil, desta forma, se a União estabelece uma norma a esse respeito, cabe aos Estados apenas a criação de normas suplementares. Portanto, cita o professor José Afonso da Silva, sendo do mesmo entendimento, que:

Mais contundentemente inconstitucional é o disposto no art. 26 do ato 98/96, quando atribui ao órgão do Ministério Público a função investigativa direta.

Eis o texto:

Art. 26. O órgão do Ministério Público poderá promover diretamente investigações, por meio de procedimento administrativo próprio a ser definido em Ato do Procurador – Geral de Justiça, ouvido o Colégio de Procuradores de Justiça:

I – se houver necessidade de providência de cautelar;

II – quando as peculiaridades do caso concreto exijam em prol da eficácia da persecução penal.

Em essência, nesse dispositivo instituiu o Ministério Público, sponte própria, particular forma de inquérito, extrapolando os limites, consignados em lei, que lhe permite encetar investigação, o que só é possível nas hipóteses de infração penal praticada por Promotores de Justiça, ou nos casos de inquérito civil, como medida preliminar à propositura da ação civil pública. O procedimento administrativo, referido no dispositivo é uma contrafação do inquérito civil previsto no inciso III do art. 129, da Constituição, que não pode ser transmutado em mal disfarçada forma de inquérito penal, pôquer tem a destinação própria qual seja servir de peça informativa prévia a propositura da ação civil pública para os fins ali previstos. A apuração das infrações penais é uma das atribuições exclusivas da polícia civil, que se encontram expressamente prevista no art. 144, § 4º da Constituição Federal. Não há como legitimamente passar essa atribuição para o Ministério Público por meio de ato administrativo ou de qualquer medida legislativa infraconstitucional, sem grave afronta a normas e princípios constitucionais. Vale dizer, pois que o tal “procedimento administrativo próprio” é na verdade, um expediente de invasão de competência, desprovido de base legal. (SILVA, 1996, p. 19)

As investigações na ceara criminal foram atribuídas com exclusividade à Polícia Judiciária pela Constituição Federal e, o fato do Ministério Público estar investigando mostra-se inconstitucional. É pertinente a transcrição das palavras do advogado criminal, Luís Guilherme Vieira:

Os legisladores constitucionais e ordinários sempre rejeitam a ideia de transformar o Ministério Público em “Grande Inquisidor”, reservando a ele o papel superior de controlador/fiscalizador das atividades policiais. Destarte, o Min. Jobim, que foi parlamentar constituinte, afirma, com a autoridade e a segurança de quem faz a interpretação autêntica, que a mens legis das normas em vigor é, seguramente, na direção de manter as investigações criminais como atribuição exclusiva da polícia judiciária (VIEIRA, 2004, p. 370).

Outro fator que favorece a investigação do Ministério Público, tornando-se assim um falso positivo, é a questão quanto a seletividade feita por este órgão, ou seja, há investigações conduzidas pelo Ministério Público que são eficientes e alcançam sua finalidade, os colocando em uma situação privilegiada, mas não deixam de ser inconstitucionais e ir contra o ordenamento jurídico pátrio. Em suma, há grande possibilidade que este órgão obtenha êxito nas investigações e assim galguem de uma excelente qualidade e eficiência, pois podem escolher o que investigar, separando assim o joio do trigo. Certamente a qualidade e eficiência não seria a mesma se promotores tivessem que investigar todos os crimes que ocorrem, como é na Polícia Judiciária.

A investigação criminal que tenha obtido sua finalidade, não poderá ser levada em consideração para sustentar a propositura de uma ação penal, pois como demonstrado, uma investigação criminal realizada pelo Ministério Público não atende o ordenamento jurídico pátrio e nem o sistema penal.

5.1 Posição contrária à investigação pelo Ministério Público

Sem dúvida, o tema é controverso, comportando diversas visões a respeito, complementando e embasando o acima exposto Renato Brasileiro De Lima apontou entre outras as principais questões por parte da doutrina que tem a posição contrária a investigações no âmbito criminal pelo Ministério Público, que o presente trabalho defende:

- 1) a investigação pelo Parquet atenta contra o sistema acusatório, pois cria um desequilíbrio na paridade de armas;
- 2) a Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências e a instauração de inquéritos policiais (art. 129, VIII), mas não lhe conferiu o poder de realizar e presidir inquéritos policiais;
- 3) a atividade investigatória é exclusiva da Polícia Judiciária (CF, art. 144, § 1º, IV, c/c art. 144, § 4º);
- 4) não há previsão legal de instrumento idôneo para a realização das investigações pelo Ministério Público (LIMA, 2013, p. 145).

Logo, para que atenda a legalidade do nosso ordenamento jurídico e após o devido processo legal, os agentes competentes pela *persecutio criminis* devem se ater cada um com sua função e competência, pois a democracia exige que cada um cumpra sua função, mas sem invadir a atribuição imposta a outros, assim, a investigação criminal deve ficar sob a presidência exclusiva do delegado de polícia, a imputação deve ser privativa do Promotor e o direito de julgar, do magistrado.

5.2 Posição favorável à investigação pelo Ministério Público

Em sentido distinto, outra parte da doutrina tem admitido a possibilidade de investigação pelo Ministério Público, sob os seguintes contextos, como especifica Renato Brasileiro de Lima:

- 1) não há falar em violação ao sistema acusatório, nem tampouco à paridade de armas, porquanto os elementos colhidos pelo Ministério Público terão o mesmo tratamento dispensado àqueles colhidos em investigações policiais: serão de mera informação preliminar, apenas a servir de base para a denúncia, devendo ser ratificados judicialmente sob crivo do contraditório e da ampla defesa, para embasamento da eventual condenação de alguém.
- 2) Teoria dos poderes implícitos: segundo essa teoria, nascida na Suprema Corte dos EUA, no precedente *Mc Culloch vs. Marland* (1819), a Constituição, ao conceder uma atividade-fim a determinado órgão ou instituição, culmina por, implícita e simultaneamente, a ele também conceder todos os meios necessários para a consecução daquele objetivo. Segundo o Juiz Black “tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia a um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição”.
- 3) a Constituição Federal confere à Polícia Federal a exclusividade do exercício das funções de Polícia Judiciária da União, mas funções d polícia judiciária não se confundem com funções d polícia investigativa. (...);
- 4) a possibilidade de o Ministério Público investigar pode ser extraída de diversos dispositivos constitucionais e legais (LIMA, 2013, p. 145).

Este trabalho concorda com o entendimento da posição contrária à investigação pelo Ministério Público, assim toda a monografia, com seus argumentos já expostos, justifica esta posição, quanto a posição diversa cai por terra sem ser necessário

aprofundarmos, pois a justificação da posição contrária supri os questionamentos da posição a favor.

5.3 A PEC 37/2011 - PEC da Legalidade

Diversas foram as discussões em torno da Proposta de Emenda Constitucional n.º 37, conhecida como PEC 37, que trata da atribuição exclusiva das Polícias Civis Estaduais e Polícia Federal para realizar Investigação Criminal.

A PEC 37 visava a incluir um novo parágrafo ao art. 144 da Constituição Federal, o item adicional acarretaria a seguinte redação: "A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal".

A Proposta de Emenda Constitucional teve como autor o deputado Lourival Mendes, que justificava essa emenda, ressaltando que não há prejuízo para a investigação criminal em CPIs, o que é garantido por outro dispositivo presente na Constituição Federal e que as investigações de crimes não estão incluídas no rol de competências do Ministério Público, o que levou diversos processos a serem questionados nos tribunais superiores.

Em diversas capitais do país durante o mês de junho, diversos manifestantes tomaram as ruas pedindo o arquivamento da PEC 37, claro que tais manifestações pegaram carona na onda de protestos que dominavam o país e que exigiam o fim da corrupção. No dia 25 de junho de 2013, sob pressão das manifestações de rua, a Câmara dos Deputados rejeitou a Proposta de Emenda Constitucional, por 430 votos contrários e 9 favoráveis, além de duas abstenções. Se fosse aprovada, o poder de investigação criminal seria exclusivo das polícias federal e civis.

O Ministério Público fez uma campanha, nacional contra a PEC 37, a intitulando, falaciosamente, como a "PEC da Impunidade", atribuindo-a como fator que favoreceria a corrupção, protegendo deputados, senadores, ou qualquer um que fizesse parte do governo e pactuasse com a corrupção. Obviamente a "PEC da Ilegalidade", assim chamada pelo Ministério Público, não encontrou respaldo legal ou justificativa que não atentasse contra o Estado Democrático de Direito, para ser

rejeitada na Câmara dos Deputados, teve como salvaguarda o apelo nacional por parte da população que em sua maioria nem se quer leu a Proposta de Emenda Constitucional, consequentemente, não entendendo do que se tratava.

Por todo trabalho aqui já exposto, a PEC 37 ditava o que já é legalmente constituído, ditava o que já estava dito, sua rejeição ainda não autoriza a investigação criminal pelo Ministério Público, ou seja, ainda é inconstitucional tal poder ao órgão Ministerial. Sua rejeição se quer pode fortalecer ou servir de justificativa para a ilegalidade que é cometida pelo *Parquet* ao assumir o papel de investigador.

5.4 Posição da jurisprudência brasileira

Os Tribunais vêm se manifestando a favor da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, diversas são as decisões proferidas em que dão legalidade da investigação promovida pelo Ministério Público, não gerando prova ilícitas, viciadas, que acarretem a nulidade processual, principalmente, após a rejeição da PEC 37 essa tendência deva crescer ainda mais, mas os Tribunais de Justiça estão revestindo de legalidade o que é expressamente ilegal e passível de nulidade.

Entretanto há tempos os Tribunais vêm se preocupando com essa questão, mas ainda não se pode entender que está pacificada a corrente que defende as investigações criminais pelo Ministério Público.

No STJ editou a súmula 234 que cita “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”, fazendo com que os julgamentos se tornem mais uniforme.

Esperasse que tal entendimento, no sentido de legalizar a investigação do Ministério Público seja revisto, não se pode admitir o que vai a confronto com a Carta Magna, não se deve ir a sentido oposto quanto o que o constituinte originário pretendeu, desta forma evidencia alguns precedentes no sentido de impedir essa aberração jurídica e mantendo a legalidade e o entendimento correto da Constituição Federal, deve se ressaltar os julgados do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRÇÃO. ILEGITIMIDADE. 1. PORTARIA. PUBLICIDADE A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. INQUIRÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido. (STF-RHC 81326/DF)

Outro é este julgado, que mostra que as investigações devem ser requeridas a autoridade policial, não devendo ser realizados pelo Ministério Público:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. CF, art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, CF, no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (CF, art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. - R.E. não conhecido (STF-RE 205473/AL).

Mais um, em anuência da impossibilidade de investigação do Ministério Público, manifestou o TRF:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. REPRESENTANTE DOPARQUET (CF, ART. 129). REALIZAÇÃO DIREITA DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIOS. NÃO CABIMENTO. POLÍCIA (CF, ART. 144,, § 1º, IV). ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO. - O Ministério Público, como *dominus litis*, é o verdadeiro das investigações preparatórias da ação penal, cabendo a operacionalização das mesmas, de forma exclusiva, pela polícia Judiciária (CF, art. 144, § 1º, IV); - "Pode o Ministério Público, portanto, presentes as normas do inc. VIII, do art. 129, da CF, requisitar diligências e investigatórias e requisitar a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. As diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial deverão ser requisitadas, obviamente, à autoridade policial"(STF - RE 215.301-CE, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOSVELLOSOS, informativo-STF 145, DJ 28/05/99, p. 1303); - Diante da falta de atribuição legal ao Ministério Público Federal par promover diretamente atos investigatórios, há que ser reconhecida a ilegalidade das provas coligidas, sob pena de violação ao princípio do *due process of law*. - Habeas corpus concedido. (TRF, HC-1806).

Destas decisões expostas, algumas se tornam acertadas, a partir do momento em que vão de acordo com a legislação vigente, as que são a favor da investigação pelo Ministério Público vai contra mandamentos estabelecidos pela Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

O legislador constituinte ao dividir as atribuições de cada órgão do sistema de justiça criminal (polícia, ministério público, defensoria pública e judiciário), instituiu que a investigação criminal competiria, com exclusividade, às Polícias Cíveis e à Polícia Federal, conforme é expressado no disposto no art. 144 e parágrafos da Constituição Federal.

Quanto ao Ministério Público, tratando-se de órgão acusatório, consequentemente parcial, entendeu-se que não lhe seria lícito atribuir-lhe as funções de investigador e acusador, uma vez que tais atribuições representaria desequilíbrio na esfera processual, tornando prejudicado o princípio da igualdade processual, lesando o contraditório e da ampla defesa. Assim, de acordo com o art. 129 da Constituição Federal, é atribuído ao Ministério Público, tanto promotores da justiça quanto procuradores da República, como titulares da ação penal, requisitar a Polícia Judiciária, bem como o controle externo da atividade policial. Sendo assim, não podendo-se valer de poder implícito, pois a Constituição outorgou o poder explícito de investigação a Polícia Judiciária, ou seja, o que não está previsto e determinado constitucionalmente será considerado discrepante ao Estado Democrático de Direito. Notadamente, a função de investigação criminal não está, como alguns interpretam, implícita no controle externo da atividade policial realizada pelo Ministério Público.

Destarte, a Carta Magna na oportunidade que teve de dar ao Ministério Público o poder de investigação, não o fez intencionalmente, em seu art.129 e no art. 144. Contudo, atribui-lhe poderes de investigação em CPIs e Ação Cível Pública.

Jamais, em nenhum momento o constituinte permitiu que o Ministério Público investigasse diretamente infrações no âmbito penal, caso ocorra será considerado ilegal afrontando, portanto a Constituição Federal.

Poderão ainda ser anuladas as provas da investigação criminal se colhidas pelo

Ministério Público por ter invadido e não respeitado a seara policial.

Considerando que o Ministério Público tem a obrigação de fiscalizar a polícia, conclui-se que quando a polícia falha, de certa forma, também falhou o Ministério Público. Se houve negligência de um órgão, também houve do outro, que é seu fiscalizador, não pode atribuir essas falhas somente a um órgão. Se a falha da Polícia se deu por deficiência de cunho material ou financeiro, não é este o motivo para diminuí-la perante o Ministério Público, pois é culpa do Estado tal omissão, que não sendo suprida está este órgão fadado ao fracasso, como estaria também o Ministério Público ou qualquer outro se com ele ocorresse a mesma deficiência que ocorre com a Polícia judiciária. Logo, percebe-se que a baixa elucidação de crimes, a deficiência, casos de corrupção, dentre outros problemas da polícia que travam o sistema, não está ligado ao órgão que exerce tal função, o motivo seria a falta de estrutura que lhe era pra ser proporcionada.

Quanto a PEC 37, apesar de importante é desnecessária, pois tem o objetivo somente de deixar claro o modelo de investigação criminal adotado no Brasil, que no decorrer deste trabalho foi mostrado de forma límpida, ou seja, o modelo de investigação policial ou do delegado investigador. Desta forma, quando o Ministério Público pleiteia a investigar a qualquer custo, há o conflito da ordem constitucional.

Com a função imprescindível de fiscalização das leis, deveria o Ministério Público não tentar usurpar a função da Polícia Judiciária ou de qualquer outro órgão, alegando argumentos distorcidos que vão diretamente contra forma literal em que foi posta a lei constitucional, justo o seu defensor.

Com certeza seria mais benéfico para a sociedade que tais investidas fossem no sentido buscar a preservação da segurança pública, conservando a ordem constitucional já estabelecida pelo constituinte originário, mantendo a legalidade e preservando a paz social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 out 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus**: RHC-81326 DF. Recorrente: Marco Aurélio Vergílio de Souza. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator (a): Min. Nelson Jobim, Julgado em: 06/05/2003. Publicado em 01/08/2003. <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=021_1742+pp08973>. Acesso em: 14 out. 2013.

_____. **Recurso Extraordinário**: RE-205473 AL. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: União Federal. Relator(a): Min. Carlos Velloso, Julgado em: 15/12/1998. Publicado em 19/03/1999. <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/739930/recurso-extraordinario-re-205473-al>. Acesso em: 14 out. 2013.

_____. **Habeas Corpus**: HC-1806. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: União Federal. Relator(a): Desembargador Federal Fernando Marques, Julgado em: 08/11/2000. Publicado em 15/03/2001. <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=990207263->>. Acesso em: 14 out. 2013.

FERRARESI, José Meneghini. Investigação policial de homicídios: análise de métodos, técnicas e do procedimento policial, **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, jan.-dez. 2005.

FERREIRA, Orlando Miranda. Inquérito Policial e o Ato Normativo 314-PGJ/CPJ. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 45, out.-dez. 2003, p. 260.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.1644.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **A opacidade da discussão em torno do promotor investigador (mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003. v.1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

SILVA, José Afonso da. 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, jul.-ago. 2013.

NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. Constituição e investigação criminal. **Revista Jurídica Consulex**, ano VIII, n.175, abr. 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2013.

ROCHA, Luiz Carlos. **Investigação policial: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso. Parecer. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n.49 p. 368-388, ago. 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: JusPODIVIM, 2010.

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

VIEIRA, Luiz Guilherme. O Ministério Público e a investigação criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 207-370, fev.2004.