



Hélcio Corrêa

94

A IMPOSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO INVESTIGAR NO ÂMBITO CRIMINAL

THE IMPOSSIBILITY OF THE CONDUCTION OF A CRIMINAL INVESTIGATION BY PUBLIC PROSECUTION

Fábio Motta Lopes

RESUMO

Questiona acerca da legitimidade do Ministério Público para conduzir investigações nos casos de infrações em que a ação penal é pública, apresentando argumentos para a corrente contrária à apuração ministerial, demonstrando os riscos do modelo do promotor/investigador.

Entende que, apesar de o sistema policial apresentar problemas, forçoso reconhecer que não existe, na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, nem mesmo implicitamente, qualquer dispositivo legal que autorize o Ministério Público a investigar.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal; ação penal pública; infração penal; investigação – poder; Ministério Público; polícia judiciária.

ABSTRACT

The author brings into question the public prosecution's legitimacy for conducting investigations into public criminal cases, providing arguments to support that view and showing the risks involving the prosecutor/investigator model.

According to him, notwithstanding the fact that the police force face many problems, it is clear that there are not any legal provisions authorizing public prosecution to investigate (not even implicitly), neither within the Brazilian federal Constitution nor within any corresponding lower legislation.

KEYWORDS

Criminal Procedural Law; public criminal case; criminal wrong; investigative power; Public Prosecution (office); judiciary police.

1 INTRODUÇÃO

Ainda segue em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF) se, no Direito brasileiro, o Ministério Público (MP) possui poderes para realizar, diretamente, investigações criminais. Atualmente, o Pleno do STF encontra-se reunido para definir, no HC 84.548/SP, a questão, como se verá no desenvolvimento deste artigo.

Nos debates sobre o assunto, aparecem, basicamente, as seguintes indagações: à luz da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais, possui o Ministério Público brasileiro atribuições para proceder, no âmbito criminal, a investigações, autonomamente? A Carta constitucional outorgou, explícita ou implicitamente, esse poder ao *parquet*? Seria essa a solução para enfrentar a crise do sistema de investigação preliminar nacional? Entendendo-se que o Ministério Público não possui essa atribuição, quais as consequências jurídicas de eventuais investigações levadas a cabo pelo órgão ministerial? Estarão ou não evadidas pelo vício da ilegalidade? Aceitando-se a tese de que o *parquet* pode executar, isoladamente, investigação, haverá igualdade de armas, em uma relação processual, entre acusação e defesa? Na prática, um órgão que atuará na acusação, sendo parte em uma eventual relação processual, será isento ou imparcial para conduzir uma investigação, visando à apuração dos fatos? Se é o titular da ação penal pública, não será lícito ao Ministério Público investigar, colhendo os elementos necessários para a acusação? Não se aplica ao caso a teoria dos poderes implícitos?

Em que pesem as teses em sentido contrário, tentar-se-á apresentar respostas a essas questões, mostrando que o MP não possui, no Brasil, principalmente diante da ausência de autorização constitucional, poderes para realizar investigação no âmbito criminal. A seguir, serão arrolados os principais argumentos da corrente contrária à apuração ministerial, demonstrando-se os riscos do modelo do promotor investigador.

Cabe salientar, desde já, que essa

discussão só é cabível nos casos de infrações penais em que a ação penal é pública, pois nas hipóteses de ação penal privada, sabidamente, não possui o Ministério Público legitimidade para acusar alguém em juízo.

2 ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

Entre os sistemas policial, do juiz instrutor e do promotor investigador, o legislador brasileiro optou pelo primeiro, estabelecendo uma diferenciação entre as funções de acusação (atribuição do órgão ministerial) e de investigação, a cargo das polícias judiciárias com exclusividade¹, ainda que se admita o acompanhamento das diligências policiais pelo MP (MORAIS FILHO, 1997, p. 107).

Como ensina Peruchin (2002), a Magna Carta estabeleceu, clara e expressamente, a exclusividade das investigações no campo criminal às polícias judiciárias, não havendo ressalva com relação a outros órgãos, nem ao *parquet*.

O fato de ser o inquérito policial dispensável, como preceitua o Código de Processo Penal (CPP)², não transfere ao MP a função investigatória³, mormente pela inexistência de norma legal autorizadora, como adiante se mostrará.

Entre os sistemas policial, do juiz instrutor e do promotor investigador, o legislador brasileiro optou pelo primeiro, estabelecendo uma diferenciação entre as funções de acusação (atribuição do órgão ministerial) e de investigação

A dispensabilidade do procedimento policial não afasta, em momento algum, o poder das polícias judiciárias, nos moldes constitucionais, para realizar investigação. Como afirma Coutinho (1994, p. 450), as apurações de infrações penais são da esfera de atuação das polícias judiciárias, nos seus campos legalmente definidos, com exclusividade. Do contrário, não teria sentido o controle externo da atividade policial pelo *parquet*.

Ao analisar o termo “exclusividade”, estabelecido no art. 144, § 1º, inc. IV, da

Constituição Federal (CF)⁴, assim se manifesta o autor mencionado: *O advérbio grifado, enfim, tem assento constitucional e não se pode fingir que não consta do texto, o que beiraria o ridículo. Não bastasse isso – de todo vital na base de qualquer pensamento sobre o tema em discussão –, quando nas referidas situações indicam-se as esferas de atuação, os comandos geram um poder-dever, afastando a atuação de outros órgãos do exercício daquele mister.*(COUTINHO, 1994, p. 450).

Após examinar o dispositivo supracitado, Silva (2004, p. 379-380) afirma que a CF, no art. 144, § 4º, também reservou às Polícias Cíveis Estaduais *um campo de atividade exclusiva*, situação que não pode ser alterada por lei infraconstitucional.

Tucci (2004, p. 78), por sua vez, acrescenta um argumento que afasta qualquer dúvida porventura existente: *tanto os textos constitucionais, como os inferiores, contêm, in expressis verbis, a locução ‘inquérito policial’.* Ora, se o inquérito de que se trata, em âmbito penal, é policial, somente à polícia, e a mais ninguém, será dado realizá-lo! (grifos do autor)

Importante salientar que investigações efetivadas por outros órgãos, como

e o Banco Central, adverte Grinover que tais atos são inerentes à apuração, respectivamente, de ilícitos tributários e financeiros de suas competências⁷ – e não de crimes –, embora possam trazer reflexos no âmbito criminal.

No que tange a eventuais apurações executadas por particulares, relevante consignar que tal tese também não legitima o MP a investigar. O particular pode realizar qualquer ato que não seja vedado pela lei. Já a competência dos órgãos públicos, no entanto, deverá estar autorizada no ordenamento jurídico. Se não estiver, como no caso em análise, significa que o órgão acusatório não possui a função investigatória⁸.

Com relação a investigações que poderiam ser conduzidas por magistrado, ocorreram mudanças legislativas significativas, havendo reafirmação no sentido de que o Brasil adotou o modelo policial na fase pré-processual.

Na primeira delas, o STF, em ação direta de inconstitucionalidade⁹, decidiu ser inconstitucional o art. 3º da Lei 9.034/95¹⁰, que permitia ao juiz realizar, pessoalmente, diligência investigatória na apuração de ações criminosas praticadas por organizações criminosas. Fundamentou a Corte Suprema, em suma, que a CF reservou à polícia a realização de inquérito e que a coleta pessoal de provas por magistrado ofenderia o princípio do devido processo legal e comprometeria a imparcialidade do juiz no exercício da prestação jurisdicional, desvirtuando sua função.

A segunda alteração ocorreu com a nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/05), em que o inquérito judicial – procedimento que era fixado na legislação anterior¹¹ para apuração dos crimes falimentares e utilizado, igualmente, como exemplo de inquérito extrapolicial – foi substituído por procedimento policial¹².

Ainda que não seja o foco principal deste artigo, é necessário que se faça um breve comentário sobre a possibilidade de magistrados conduzirem investigações. No Direito brasileiro, permanecem duas situações em que esse procedimento será possível: as investigações contra os próprios juízes e de infrações penais atribuídas a autoridades com prerrogativa de função, como, por exemplo, a apuração de um crime cometido, em tese, por deputado federal, que deverá ser conduzida, *a priori*, por um ministro do STF. Gomes (2005), porém, baseado no sistema acusatório vigente desde a Constituição Federal de 1988, que retira do juiz a possibilidade de investigação criminal, defende a tese de que essas duas exceções são excrescências que devem acabar. E tem razão o autor.

Se é correto que órgãos não policiais realizam investigações, podendo trazer reflexos na área criminal, o deslocamento dessas atribuições somente acontece, excepcionalmente, em virtude de previsão constitucional ou legal.

Em respeito ao sistema acusatório, o magistrado não pode produzir provas na investigação criminal, porque a preparação da ação penal, como ensina Prado, *implica em afastamento do juiz da fase preparatória* e a presunção de inocência impõe ao julgador uma postura de preservação (imparcialidade). (PRADO, 2005, p. 136-137). Em virtude disso, sustenta o autor, com precisão, que a previsão que consta no art. 33, parágrafo

único, da Lei Complementar 35/79 desrespeita o princípio da igualdade de tratamento e confere à *autoridade encarregada do julgamento a atribuição para apurar o fato*, o que seria um equívoco. (Idem, p. 135, n.203)

3 AUSÊNCIA DE BASE LEGAL

Por ser a investigação criminal atividade exclusiva das polícias judiciárias, não existe dispositivo legal na CF, tampouco na legislação infraconstitucional, que autorize a realização de investigação pelo MP.

Ainda que se admita que a Magna Carta não concedeu à polícia judiciária o monopólio da investigação criminal, as ressalvas, como indica Silva (2004, p. 380), estão expressas no texto constitucional e “nenhuma delas contempla o Ministério Público”.

A CF, ao explicitar as funções do MP, tratou da atuação da instituição na investigação preliminar no inc. VIII do art. 129¹³, conferindo ao órgão ministerial, apenas, o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. 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 procedimento policial. (FRAGOSO, 2002, p. 243; BITENCOURT, 2007, n. 66, p. 241).

Aliás, não restam dúvidas de que o MP possui, como titular da ação penal e por força da CF e das leis infraconstitucionais, o poder de requisitar à polícia judiciária a instauração de inquérito e a realização de diligências, podendo, inclusive, acompanhá-las¹⁴. Entretanto, jamais poderá realizar inquérito ou investigações penais sozinho, em razão da ausência de previsão específica no ordenamento jurídico positivo. (FERNANDES, 2002, p. 254-255; VIEIRA, 2004, p. 315)

Como bem registra Bitencourt (2005, p. 241), *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.*

Já os incs. III e VI¹⁵ do art. 129 da CF, utilizados por parte da doutrina (BASTOS, 2004, p. 169; CRUZ, 2003, p. 23; ARAUJO *et. alli*, 1998, p. 251-252; MAZZILLI, 1989, p. 113) como amparo legal para a realização das investigações ministeriais, possuem incidência somente na área cível, assegurando ao *parquet* o exercício de uma de suas funções: a promoção do inquérito civil. (MORAIS FILHO, 1997, p. 109). Não autorizam o órgão de acusação, de forma alguma, a executar investigação criminal com a exclusão da polícia judiciária. (NUCCI, 2004, p. 73-74).

Como expõe Fragoso, o inc. VI do art. em comento apenas diz respeito aos procedimentos fixados nos incs. I (promoção da ação penal), III (inquérito civil e ação civil pública) e IV (ação de inconstitucionalidade ou representação para intervenção) do mesmo dispositivo¹⁶.

O fato de o MP exercer o controle externo da atividade policial também não transfere ao órgão ministerial a presidência da investigação, conferida ao delegado de polícia de carreira (NUCCI, 2004, p. 73), circunstância que será adiante explicitada.

Streck e Feldens, por outro lado, referem que, por força do inc. IX do art. 129 da CF¹⁷, a Lei Complementar 75/93 (art. 8º, inc. V)¹⁸ e a Lei 8.625/93 (art. 26, inc. I, alínea “c”)¹⁹ dariam

amparo às apurações ministeriais. (STRECK; FELDENS, 2005, p. 3-4, 7, 80-82). No entanto, os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais apresentados não autorizam o órgão de acusação a investigar delitos, conforme demonstraremos.

Nesse aspecto, relevante trazer à baila o ensinamento de Silva (2004, p. 374-375): *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.*

Em conformidade com a CF – e deveria ser mesmo dessa maneira –, a Lei Complementar 75/93 também não deferiu ao órgão ministerial o poder de presidir investigação criminal.

Os procedimentos da competência do MP, previstos no *caput* do art. 8º da mencionada lei, são aqueles de natureza não criminal, como o inquérito civil. Nesse campo, aí sim, teria o *parquet* atribuições para, por exemplo, “realizar inspeções e diligências investigatórias”.

Por outro lado, com relação ao aspecto penal, a lei complementar limitou-se a conferir ao MP o poder de requisitar ao delegado de polícia o cumprimento de diligências e a instauração de inquérito policial (SOUZA, 2003, p. 369), podendo acompanhar tais atos²⁰.

Diferente não pode ser o raciocínio com relação à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que também não conferiu ao *parquet*, em dispositivo algum, o poder de realizar investigação no campo criminal.

Ao analisar, especificamente, o inc. I, “a” e “b”, do art. 26 da Lei 8.625/93²¹, Coutinho explica que as atribuições previstas nessas alíneas são aplicáveis, apenas, ao inquérito civil, não autorizando investigação criminal autônoma por parte do órgão ministerial²².

Sobre o artigo citado, Silva ainda comenta que ele somente autoriza o *parquet* a instaurar inquéritos civis e outros procedimentos, como a *sindicância administrativa*, o *inquérito administrativo* e o *processo administrativo*, destinados à apuração de faltas disciplinares²³. Não lhe confere, contudo, o poder de conduzir a

instrução pré-processual na área penal.

Em sede criminal, a lei ordinária referida apenas permite ao MP, no inc. IV²⁴, *requisitar à autoridade diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, e de inquérito policial-militar [...] podendo acompanhá-los.* (MORAIS FILHO, 1997, p. 109)

Por ser a investigação criminal atividade exclusiva das polícias judiciárias, não existe dispositivo legal na CF, tampouco na legislação infraconstitucional, que autorize a realização de investigação pelo MP.

À luz do exposto, admitida a execução de atos investigatórios pelo *parquet* de forma isolada, violado estará o princípio constitucional do devido processo legal²⁵.

Nesse ponto, Dotti, apesar de defender uma nova concepção que confira ao MP o controle da investigação, atuando a polícia judiciária como órgão auxiliar, assim se manifesta: *O chamado Procedimento Administrativo Investigatório do Ministério Público (ou designação equivalente) ofende o princípio do devido processo legal porque: a) não há prazo de encerramento; b) não há controle jurisdicional; c) o indiciado ou suspeito não tem a faculdade de requerer diligência, em atenção ao princípio da verdade material; d) o sigilo do procedimento é a regra e não a exceção como prevê o CPP; e) um procedimento administrativo formal (portaria, autuação, juntada de documentos, registro de informações, colheita de depoimentos e de outros elementos de prova, etc.) para ter força cogente e suscetível de expedir notificações e intimações – inclusive para suspeitos e indiciados, determinando comparecimento – exige a previsão legislativa para o seu funcionamento regular, em obediência aos princípios do devido processo legal – no plano geral (CF, art. 5º, LV)²⁶ – e da legalidade – no plano pessoal (CF, art. 5º, II); f) um procedimento administrativo formal (para investigar crimes) não pode ser objeto de lei estadual, frente à regra constitucional que defere à União, em caráter privativo, a competência para legislar sobre direito processual (art. 22, I).* (DOTTI, 2004, p. 8).

Por uma questão de segurança jurídica e em respeito, do mesmo modo, ao princípio da legalidade, as pessoas

também têm o direito de saber, previamente, por qual órgão estatal que serão investigadas. (PERUCHIN, 2002).

Mesma linha de raciocínio segue Grinover, para quem somente a lei (complementar), por imposição do princípio da reserva legal, poderia atribuir funções investigativas criminais ao MP²⁷.

No magistério de Coutinho, é evidente que, por força desse princípio reitor, a função para executar investigações criminais é exclusiva das polícias judiciárias. Em consequência, excluída estará a atuação do órgão de acusação. (COUTINHO, 1994, p. 450).

Não obstante, o próprio MP vem instituindo, *sponte propria*, atos normativos regulamentando a matéria no âmbito criminal, com violação à CF e com flagrante descaso à democracia, fundada na observância ao sistema jurídico vigente²⁸.

No Paraná, *verbi gratia*, a Procuradoria-Geral de Justiça editou a Resolução 97/94, instituindo a Promotoria de Investigação Criminal e dando poderes aos promotores de justiça para realizarem, inclusive com o apoio de policiais militares, investigações criminais²⁹.

Em São Paulo, foi instituído o Ato Normativo 314/03, da Procuradoria-Geral de Justiça³⁰, regulamentando, em sede penal, o procedimento administrativo criminal³¹.

Contrariamente ao que estabelece o CPP quando trata do inquérito policial, o ato normativo paulista, por exemplo, fixa o prazo (prorrogável) de noventa dias para conclusão das investigações³² e autoriza o arquivamento do procedimento administrativo criminal no próprio MP, sem controle da legalidade pelo Poder Judiciário³³.

Mais recentemente, semelhante posição foi adotada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) ao disciplinar o assunto mediante a Resolução 13/06. Não obstante, tanto a Associação Nacional dos Delegados de Polícia (Adepol), quanto a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), questionam no STF a constitucionalidade dessa resolução, estando

a questão, ainda, pendente de julgamento³⁴. Especificamente com relação a esta resolução, é importante salientar que ela viola o art. 22, I, da CF, por legislar sobre matéria processual penal. (BITENCOURT, 2007, p. 261).

No momento, também está sendo questionada junto à Suprema Corte a constitucionalidade de outros atos internos editados pelo MPF³⁵ e pelos Ministérios Públicos do Rio Grande do Sul³⁶, de Minas Gerais³⁷, de Santa Catarina³⁸, de Pernambuco³⁹ e do Amapá.⁴⁰

Com relação ao Estado mineiro, especificamente, cabe salientar que, em 1998, membros da cúpula do Ministério Público Federal entenderam ser eivado de inconstitucionalidade procedimento criminal instaurado pelo MP, por ter sido feito alheio ao ordenamento jurídico vigente⁴¹.

No entanto, não restam dúvidas de que esses procedimentos administrativos ferem a CF e, em razão disso, devem ser considerados ineficazes. (SILVA, 2004, p. 380). Como ensina Grinover (2004, p. 4), tais atos normativos internos são *flagrantemente inconstitucionais e desprovidos de eficácia*, em decorrência da ausência de lei que autorize a investigação conduzida pelo MP.

4 IGUALDADE DE ARMAS

Embora prevaleça no continente europeu o sistema do promotor investigador, a Corte Europeia dos Direitos do Homem tem-se preocupado, no âmbito criminal, com o respeito à *égalité des armes*⁴² e o *procès équitable*, garantias que restariam abaladas no modelo referido.

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

Conceder ao MP, pessoal e diretamente, a produção de provas na fase pré-processual fere o princípio da paridade de 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. 110)

Os procedimentos da competência do MP, previstos no caput do art. 8º da mencionada lei, são aqueles de natureza não criminal, como o inquérito civil. Nesse campo, aí sim, teria o parquet atribuições para, por exemplo, “realizar inspeções e diligências investigatórias”.

Ensina Nucci (2004, p. 71) que *o sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa*.

Demonstrando preocupação com investigações realizadas por uma das partes e adotando a mesma linha de pensamento, assim se manifesta Lima (2003, p. 25): *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.

Resumidamente, é indispensável que se garanta no processo penal a equidade entre as partes, situação consubstanciada na igualdade de armas entre acusação e defesa⁴³. Do contrário, permitindo-se ao órgão ministerial a investigação pré-processual, restará quebrado esse necessário equilíbrio (FRAGOSO, 2002, p. 241; IBCCRIM, 2004; VIEIRA, 2004, p. 314) e estará caracterizada uma *“verdadeira ditadura do Parquet”*. (FERREIRA, 2003, p. 262). No processo penal, a criação de uma parte *polivalente*⁴⁴ leva ao patente desequilíbrio entre acusação e defesa, derrubando a igualdade de armas das partes na batalha travada em juízo.

5 IMPARCIALIDADE

Não restam dúvidas de que deve haver imparcialidade por parte do órgão – independentemente de qual seja – que irá comandar a fase investigatória, em que se deve apurar as circunstâncias de um fato que se apresenta como delituoso. (LIMA, 2003, p. 24).

Dessa forma, mostra-se perigosa a acumulação das funções de apuração e de acusação sobre um mesmo órgão estatal⁴⁵, criando o risco da parcialidade no investigador – seja ele policial, promotor de justiça ou magistrado –, que poderá adotar um ponto de vista desde o início das investigações e manter-se avesso a quaisquer outras alternativas que possam surgir ao longo do procedimento. (MORAIS FILHO, 1997, p. 106; FRAGOSO, 2002, p. 242).

Admitida, então, a prática de atos investigatórios pelo órgão ministerial de maneira autônoma, restará afastado o caráter impessoal da acusação, situação que se deve reprovar em um Estado democrático de Direito. (FERREIRA, 2003, p. 263).

Assim, por ser o MP parte (acusadora) – e não poderia ser diferente – em um eventual processo penal, poderá *não dispor de imparcialidade suficiente para conduzir a primeira fase da persecução penal*, podendo prejudicar de forma irreparável o réu e a sua defesa. (SAAD, 2004, p. 192). Seria uma utopia pensar que o *parquet* não iria conduzir uma investigação com enfoque nitidamente acusatório, haja vista que se trata de um sujeito parcial⁴⁶.

Sendo o *parquet* parte, impossível lhe exigir neutralidade ou imparcialidade durante a fase pré-processual, razão pela qual não se pode aceitar que possa, isoladamente, investigar infrações penais, por restar evidente a tendência de selecionar aquilo que interessar apenas à acusação (BITENCOURT, 2005, p. 251; LIMA, 2003, p. 25; HABIB, 2008, p. 16). Mostra-se inconcebível, portanto, a tese de que uma parte, ao investigar, seja imparcial⁴⁷. Caso fosse permitida à defesa a realização de investigação criminal, a apuração também seria parcial ou seletiva. Ou alguém acredita que a defesa colheria elementos probatórios que interessassem à acusação?

Nesse campo, então, é inaceitável a tese de que o órgão ministerial possui imparcialidade⁴⁸. Como lembra Lopes Júnior (2004, n. 142, p. 10), a imparcialidade de uma parte acusadora *só é alardeada por quem não sabe o que fala*.

Esse fator, por si só, já é suficiente para determinar que a investigação pré-processual seja realizada pela polícia judiciária, tendo em vista que a prova colhida *não terá o sinete da parcialidade*. (HABIB, 2003, p. 16).

6 SELETIVIDADE E MÍDIA

Mesmo quem defende a tese de que pode o órgão ministerial proceder, diretamente, a investigações criminais sustenta que ela seja realizada em caráter não rotineiro⁴⁹.

Assim, aceita a tese da investigação ministerial, o MP selecionaria, principalmente em razão da falta de estrutura, os casos que seriam apurados, escolhendo-os ao seu bel-prazer. (SAAD, 2004, p. 194; IBCRIM, 2004; TUCCI, 2004, p. 78). Não existiria um critério para se definir em quais situações atuaria, ficando essa decisão ao alvedrio do órgão de acusação e gerando *incertezas e confusões*⁵⁰.

Como não existe balizamento legal para as investigações ministeriais, menciona Vieira que os interesses dos promotores de justiça sofrem variações conforme suas vontades ou caprichos, havendo a percepção de que estão escolhendo os fatos que dão repercussão na imprensa⁵¹. Hoje, de fato, a escolha dos fatos a serem investigados vai recair, unicamente, sobre os episódios em que o Ministério Público colherá *dividendos na grande mídia*. (BITENCOURT, 2005, p. 255). 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 da inquisição em si – 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*⁵².

Sintetizando, a escolha de fatos que repercutam na mídia como parâmetro para as investigações ministeriais não é nada criteriosa. Por outro lado, também é preocupante a 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 a história nos mostra⁵³.

7 CONTROLE EXTERNO

A atividade investigativa realizada pela polícia judiciária está sujeita a controle externo exercido, por força do art. 129, VII, da CF, pelo Ministério Público.

Embora Streck e Feldens (2005, p. 110-111) mencionem que existem mecanismos de controle nas investigações efetivadas pelo MP, citando como exemplos o mandado de segurança e o *habeas corpus*, não há previsão legal para fiscalização externa dessa atividade.

No processo penal, a criação de uma parte polivalente leva ao patente desequilíbrio entre acusação e defesa, derrubando a igualdade de armas das partes na batalha travada em juízo.

Mostrando apreensão com relação a esse aspecto, assim se manifesta Nucci (2004, p. 74): *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.*

Assumida a investigação pelo *parquet*, possuirá o órgão ministerial um poder sem controle, permitindo-se a uma das partes a colheita de provas e, posteriormente, o desencadeamento da ação penal ao seu talante⁵⁴.

Não se pode olvidar, como frisa Lopes Júnior, que a investigação ministerial, historicamente, está associada ao que chama de “utilitarismo judicial”, ou seja, ao combate da criminalidade a qualquer preço⁵⁵.

Já as investigações conduzidas pela polícia são realizadas sob controle do Ministério Público e de outros setores da sociedade⁵⁶. Dessarte, como lembrou o Min. Nelson Jobim, com relação aos órgãos policiais, *sabe-se o que fazer; contra o Ministério Público, porém, pouca coisa tem-se a fazer*⁵⁷.

Aliado a essa falta de controle, não se pode olvidar, outrossim, que seria incoerente, ininteligível⁵⁸ e temerária a

concentração, em um mesmo órgão, das atividades de execução e de fiscalização. Não se pode conferir a uma instituição a função de exercer o controle de outro órgão e, ao mesmo tempo, autorizar que pratique os mesmos atos atribuídos à organização controlada. (SILVA, R.A., 2004) Portanto, a realização de investigação direta pelo MP seria incompatível com a função de controle⁵⁹.

Ensina Ferreira (2003, p. 262) que o MP, em virtude dessa missão controla-

dora da atividade policial, *fica impedido do exercício da persecutio criminis extra iudicio, porque por uma questão lógica não pode realizar os mesmos atos que tem o dever de inspecionar.*

Em suma, como bem ensina Prado, em virtude da opção legislativa de se encarregar o MP da fiscalização das investigações criminais, tal órgão *não pode investigar diretamente, prescindindo da polícia, sem atentar contra o princípio republicano de controle*, o sistema acusatório e o princípio do devido processo legal, também aplicável na fase pré-processual. (PRADO, 2005, p. 132-133).

Necessário acrescentar-se, ainda, que o fato de o MP exercer o controle externo da atividade policial não o autoriza a realizar investigações criminais. (TAQUARI, 2003, p. 18-19).

O controle externo da atividade policial foi regulamentado através do art. 9º da Lei Complementar 75/93⁶⁰. Em nenhum dos incisos do dispositivo citado, porém, consta que poderá o MP apurar um fato, em tese, criminoso. (PERUCHIN, 2002).

No âmbito dos Ministérios Públicos estaduais, não existe lei complementar nacional que regulamente o assunto. De acordo com o art. 80 da Lei 8.625/93, que é uma *lei ordinária*, a Lei Orgânica do Ministério Público da União aplica-se, subsidiariamente, aos Ministérios Públicos estaduais. No campo do controle externo, porém, essa aplicação subsidiária não pode acontecer, em razão de o art. 129, VII, da CF exigir *lei complementar* para regulamentar o controle externo da atividade policial⁶¹.

Com isso, diante da ausência de lei autorizadora, temerárias as investigações a cargo do órgão ministerial, que têm sido exercidas, na prática, sem fiscalização e de forma sigilosa⁶², circunstâncias impensáveis em uma democracia e que violam princípios constitucionais, notoriamente o do devido processo legal. (PRADO; CASARA, 2004, n. 141, p. 13).

A respeito do sigilo, alerta Nucci que a prerrogativa do advogado de consultar autos de inquérito estaria afastada em investigação secreta em curso na sede do MP, tanto federal, quanto estadual, haja vista a falta de ciência de que ela estaria em andamento⁶³.

Ao analisar a ação do MP em inquérito próprio, Vieira afirma o seguinte: *mantém a defesa técnica ao largo da investigação e, ao fim e ao cabo, oferece denúncia com base unicamente nesse inquérito ministerial secreto (por eles batizado de procedimento investigatório ou administrativo criminal, como se o eufemismo fosse capaz de suavizar o escopo precipuo, que é a promoção, às avessas, do inquérito policial), com cores da Inquisição e de Kafka, temperado à moda de ditadura militar nacional, do qual, durante o andamento, a ninguém dá satisfações.* (VIEIRA, 2004, p. 312).

8 ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

A questão analisada no presente artigo também foi objeto de discussão durante a assembleia nacional constituinte, em que estiveram presentes as associações do MP, não tendo sido contemplada no texto constitucional aprovado uma única *palavra que atribua ao Ministério Público a função investigatória direta*⁶⁴.

Durante a Constituinte, o único anteprojeto que se aproximou de conferir ao órgão ministerial a faculdade de realizar investigações no âmbito criminal, cujo relator foi o parlamentar Egidio Ferreira Lima, não foi aprovado⁶⁵.

Não restam dúvidas de que deve haver imparcialidade por parte do órgão – independentemente de qual seja – que irá comandar a fase investigatória, em que se deve apurar as circunstâncias de um fato que se apresenta como delituoso.

Por ser bastante ilustrativo, transcreve-se, a seguir, trecho do voto do Min. Nelson Jobim, no julgamento do RHC 81.326/DF: *Na Assembleia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do controle externo da polícia civil, o processo da instrução presidido pelo Ministério Público voltou a ser debatido. Ao final, manteve-se a tradição. O Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao Ministério Público a supervisão, advocação e o acompanhamento da investigação criminal. A Constituição Federal assegurou as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais à polícia civil (CF, art. 144, § 4º)*⁶⁶.

Lembra Grinover que foram rejeitadas, também, as emendas constitucionais que visavam conceder ao MP funções investigatórias penais, permanecendo a estrutura original da CF⁶⁷.

No âmbito da legislação infraconstitucional, essa atribuição também foi afastada do órgão ministerial, *verbi gratia*, na discussão dos projetos que originaram as leis orgânicas do MP⁶⁸ e a lei das organizações criminosas (Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995). (FERREIRA, 2003, p. 260; FELIPETO, 2003).

Mais uma vez o posicionamento do Min. Nelson Jobim: *Na esfera infraconstitucional, a Lei Complementar 75/93, cingiu-se aos termos da Constituição no que diz respeito às atribuições do Ministério Público (arts. 7º e 8º). Reservou-lhe o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (CF, art. 129, inc. VIII)*⁶⁹.

Em um dos principais projetos de reforma do CPP⁷⁰, aliás, em que são propostas mudanças significativas na fase da investigação criminal, estão perfeitamente caracterizadas as funções da polícia judiciária, encarregada das investigações, e do MP, destinatário das diligências policiais, com atribuições de supervisão e controle. (GRINOVER, 2002, p. 4; TUCCI, 2004, p. 86).

Por derradeiro, importante registrar neste item que as investigações a cargo da polícia judiciária, historicamente, foram contempladas nos projetos de elaboração legislativa sobre a matéria, à exceção do projeto do Ministro Vicente Ráo, que não foi aprovado e que se inclinava, em 1936, pelos juizados de instrução. (TUCCI, 2004, p. 67-74).

9 TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL

O fato de ser o MP o titular da ação penal pública também não transfere ao órgão ministerial o poder de executar, isoladamente, investigações criminais. Essa situação, ao contrário, impede a atuação ministerial no campo pré-processual, por serem os promotores de justiça interessados na colheita de provas desfavoráveis aos investigados e desinteressados daquelas que lhes possam trazer benefícios. (TUCCI, 2004, p. 85).

Sustenta parte da doutrina (ARAÚJO et. alli, 1998, p. 251-252; CRUZ, 2003, p. 23) que se aplica ao caso a *teoria dos poderes implícitos*, garantido-se ao MP os meios para que possa exercer sua atividade fim (promoção da ação penal). Afinal, “quem pode o mais, também pode o menos”.

No caso em estudo, entretanto, insustentável a doutrina dos poderes implícitos, até porque essa tese só existiria no silêncio da CF e o texto constitucional possui norma expressa que consagra o sistema de investigação policial, limitando a atuação do MP, na etapa pré-processual, à requisição de diligências e de inquérito policial (VIEIRA, p. 318, 324; IBCCRIM, 2004; BITENCOURT, 2007, p. 259).

Como deixa claro Silva, a Magna Carta explicitou o tema, conferindo a investigação no âmbito penal às polícias judiciárias⁷¹. A clareza do enunciado contido no § 4º do art. 144 da CF não exige do analista qualquer esforço de interpretação (*in claris cessat interpretatio*). (TUCCI, 2004, p. 28).

Ainda, questiona o constitucionalista o que seria “mais” e “menos” na área da distribuição de competências na CF, bem como sobre o critério que se utilizaria para tal medição, afirmando que as competências são conferidas, de maneira expressa, *aos diversos poderes, instituições e órgãos constitucionais. Nenhuma é mais, nenhuma é menos.* (SILVA, 2004, p. 378).

Na mesma esteira, mencionando que a CF não confere ao *parquet*, expressamente, a função investigatória, Grinover critica quando se invoca a “teoria dos poderes implícitos”, haja vista

que, a respeito da matéria, o texto constitucional não deixa espaço para “poder implícito algum”⁷².

De fato, em matéria de investigação criminal, a CF é explícita, determinando que se trata de uma tarefa das polícias judiciárias, razão pela qual não pode ser invocada a teoria referida. Além disso, a CF, em momento algum, diz o que é “mais” e o que é “menos”, mas apenas define e limita as atribuições dos órgãos estatais, que só podem agir quando a lei os autorizar expressamente. Porém, caso vingue essa tese equivocada, o juiz criminal – que pode condenar (mais?) – também poderia investigar e acusar (menos?).

10 LIMITAÇÃO AO PODER ESTATAL

Independentemente do órgão ou da instituição que detenha amplas atribuições, a concentração de poder faz com que surjam abusos e ilegalidades, como explica Ferreira: *O poder inebria e aquelas que o detêm tendem a exorbitar no seu exercício e para que se preserve o equilíbrio é necessário que se ponha um freio nessa tentativa de atribuir ao órgão do Ministério Público a função investigatória direta, de cunho contundentemente inconstitucional, de forma a preservar o devido processo legal. A experiência tem demonstrado que, qualquer que seja o órgão, o Poder ou a instituição, sempre que se confundem em um só organismo as funções de execução e as de seu respectivo controle, exsurtem abusos ou irregularidades, máculas de toda a ordem que não são escoimadas em virtude da tibieza da fiscalização*⁷³.

Dessa forma, o critério de atribuir, durante a *persecutio criminis*, as funções de investigação e de acusação a órgãos distintos – polícia judiciária e MP, respectivamente – preserva os indivíduos do poder de persecução do Estado, coadunando-se melhor com o sistema acusatório. (MORAIS FILHO, 1997, p. 108). Como mostra Vieira, nos países democráticos deve-se agir nos *hígidos parâmetros constitucionais e legais, não se permitindo que um invada as funções do outro*⁷⁴.

Posicionando-se no sentido de que o MP não está legitimado a realizar investigações criminais, ensina Coutinho que a democracia impõe que cada órgão estatal cumpra o seu papel, sem avançar

naquele demarcado a outras instituições. Caso contrário, estaria consolidada uma sobreposição prejudicial e não haveria possibilidade em se definir as responsabilidades. (COUTINHO, 1994, p. 449).

Diferentemente não pensa Tucci (2004, p. 84), mencionando que a investigação direta pelo MP representa uma *indesejável e inadmissível ditadura ministerial*, afrontando as garantias e os direitos constitucionais das pessoas investigadas.

Caso fosse permitida à defesa a realização de investigação criminal, a apuração também seria parcial ou seletiva. Ou alguém acredita que a defesa colheria elementos probatórios que interessassem à acusação?

Seguindo a mesma linha, consigna Peruchin que os atos realizados pelas polícias judiciárias, formalizados através dos inquéritos policiais, ao contrário das investigações levadas a cabo pelo MP, são regulados pela lei processual penal (LIMA, 2003, p. 24-25) de maneira que o *jus puniendi dá-se de modo regrado, limitado ou obstaculizado*, em respeito ao Estado democrático de Direito⁷⁵.

Outra não era, a propósito, a lição de Ferrajoli: *qualquer poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos. [...] no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade*⁷⁶.

Assim, por terem a CF e as leis infraconstitucionais, no campo da instrução criminal pré-processual, conferido ao órgão ministerial o poder requisitório e incumbido as polícias judiciárias da realização de investigações, impossível a execução de diligências pelo MP de maneira autônoma, em obediência às limitações impostas pelo garantismo⁷⁷.

11 MUDANÇA NA TITULARIDADE DA INVESTIGAÇÃO

Coutinho afirma ser ingênuo o pensamento de que os membros do MP, admitido o sistema do promotor investigador no Brasil, irão perquirir melhor que as autoridades policiais. Conclui que

deveria o *parquet*, por ser tímida a sua atuação em outras funções que lhe foram acometidas pela CF⁷⁸, *cumprir com total eficácia as suas atribuições, pelo menos antes de se arvorar a querer ocupar espaços legalmente atribuídos a outras instituições*. (COUTINHO, 1994, p. 449).

Assim se posiciona o autor: *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. (Idem, p. 447)

Tourinho Filho (2003, p. 282) também questiona as razões para a substituição do presidente das investigações, haja vista que, no Brasil, o policial encarregado das diligências é um Bacharel em Direito, com a mesma formação jurídica dos promotores e magistrados.

Se a polícia judiciária é, hoje, ineficiente, não se pode esquecer *que se sujeita ao controle externo do Ministério Público*. (SAAD, 2004, p. 191). Dessa maneira, é paradoxal o fato de o órgão acusatório, que exerce a fiscalização da atividade policial, atribuir às polícias judiciárias a responsabilidade por eventuais fracassos do sistema de investigação brasileiro. (IBCCRIM, 2004).

Ao tratar do problema da corrupção, apontado por alguns como um dos fatores que afastariam o monopólio investigativo das polícias (STRECK; FELDEN, 2005, p. 111, n.7), Silva ensina que esse problema não é exclusivo das polícias, mas uma das características do crime organizado em que estão envolvidas autoridades públicas, não sendo garantido que

promotores de justiça, caso se admita a mudança no comando da investigação no Brasil, fiquem imunes "aos mesmos riscos"⁷⁹.

Streck e Feldens, seguindo a mesma linha, referem que a corrupção não é exclusividade da polícia, podendo o problema ser encontrado, inclusive, no Poder Judiciário e no MP⁸⁰.

Enfim, eventuais problemas nas polícias judiciárias não transferem a outras instituições a atribuição de investigar delitos, nem subsidiariamente. (SILVA, 2004, p. 370-371).

Por fim, cabe registrar que não se vê nenhum promotor de justiça defendendo que, quando se estiver diante de eventual corrupção cometida, em tese, por membro do MP, as investigações criminais sejam feitas por outra instituição.

12 NULIDADE DAS INVESTIGAÇÕES MINISTERIAIS

As investigações levadas a cabo, exclusivamente, pelo MP, por irem de encontro à CF e às leis infraconstitucionais, deverão ser consideradas nulas. (TUCCI, 2004, p. 84). Em consequência, todos os atos delas decorrentes, em razão da ilicitude da atuação ministerial e em respeito à teoria dos *fruits of poisonous tree*, também serão nulos.

[...] diante da ausência de lei autorizadora, temerárias as investigações a cargo do órgão ministerial, que têm sido exercidas, na prática, sem fiscalização e de forma sigilosa, circunstâncias impensáveis em uma democracia [...].

102

Coutinho, afirmando ser função das polícias judiciárias a apuração das infrações penais, comenta que incide, aparentemente, no artigo 328 do CP (usurpação de função pública) quem assim atua sem estar na situação de órgão legalmente habilitado⁸¹.

Para Lopes Júnior, se os atos investigatórios praticados pelo MP forem considerados ilegais pelo STF, deverá ser *reconhecida a nulidade de toda a investigação e do processo (contaminação por derivação)*. (LOPES JÚNIOR, 2004, p. 11).

Em suma, a investigação criminal realizada, autonomamente, pelo MP, na ausência de base legal, deverá ser considerada ilegal, em razão da patente inconstitucionalidade. (PERUCHIN, 2002; IBCCRIM, 2004). Nesse aspecto, vale transcrever o que leciona Fragoso (2002, p. 244): *Não é possível [...] permitir que o Ministério Público possa acumular as funções de investigador (que a ninguém presta contas), e de instituição encarregada de promover a persecução criminal. Trata-se de acúmulo perigoso de atribuições, que, sobre ser ilegal e inconstitucional, é absolutamente inconveniente, pois dá lugar, pelo excesso de poder, a abusos intoleráveis.*

13 JURISPRUDÊNCIA

O Supremo Tribunal Federal (STF) vinha decidindo que o Ministério Público, no âmbito criminal, somente possui o poder de requisitar investigações às polícias judiciárias, mas jamais realizá-las diretamente⁸².

Entendendo a Suprema Corte que a Magna Carta estabeleceu que as investigações criminais são da alçada das polícias judiciárias, assim se posicionou pela primeira vez: *CONSTITU-*

CIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISICÃO 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 conhecido⁸³.

Em um segundo julgado, idêntica foi a manifestação do STF: *O Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; pode propor ação penal sem inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes⁸⁴.*

Tratando sobre a mesma matéria, decidiu o Supremo, nos dois seguintes processos de que se tem conhecimento, que o Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo para apurar fatos tipificáveis como ilícitos penais⁸⁵.

Diante dessas decisões e em virtude da existência de um volume considerável de recursos pendentes na Corte Suprema a respeito do tema, em 2003, foi afetado ao Pleno do STF o julgamento do Inquérito 1.968/MA, que envolvia como suspeito da prática de crime um deputado federal. Depois dos votos de cinco ministros – três favoráveis à tese do MP (Joaquim Barbosa, Eros Grau e Carlos Britto) e dois contrários (Marco Aurélio e Nelson Jobim) – pediu vista dos autos, em 2004, o Min. Cezar Peluso. Contudo, com a extinção do mandato do parlamentar, os autos foram remetidos, em 2007, à Justiça Federal do Maranhão, sem que o STF adotasse uma posição definitiva sobre o assunto.

Atualmente, o Pleno encontra-se novamente reunido para definir a questão no HC 84.548/SP, que está pendente de julgamento final. Depois dos votos dos ministros Marco Aurélio (impossibilidade de o MP investigar) e Sepúlveda Pertence (possibilidade), pediu vista dos autos, em 11.06.07, o Min. Cezar Peluso.

Recentemente, porém, a 2ª Turma do STF, ao julgar o HC 91.661/PE, decidiu ser possível ao MP investigar diretamente⁸⁶.

No Superior Tribunal de Justiça, em que predomina o entendimento de que o MP pode realizar investigações diretamente⁸⁷, colhe-se uma decisão em que o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro destacou a importância em se separar as funções de investigar e acusar⁸⁸. Em outra decisão, o Min. William Patterson destaca que não se compreende o poder de investigação do *parquet*, sob pena de haver uma polícia paralela, fora da excepcional ação civil pública⁸⁹.

A linha de que o órgão ministerial não pode, autonomamente, realizar investigações criminais é a que tem sido seguida, também, no TRF da 2ª Região, como se verifica na seguinte ementa: *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 requerido na inicial⁹⁰.

Em tal decisão, Juarez Tavares, Procurador da República, deu parecer no sentido de que o MP não pode, de maneira independente, proceder a investigações criminais.

Nos tribunais de São Paulo a questão está dividida. Todavia, algumas decisões recentes do TJSP seguem a linha de que são ilegais e ilegítimas as informações colhidas pelo *parquet* em procedimentos administrativos criminais próprios⁹¹.

Já em 1991, o TJSP havia se posicionado no sentido de que poderia o membro do MP acompanhar o desenrolar das investigações policiais, sem que assumisse, porém, a sua direção⁹².

Essa linha tem sido adotada, ademais, pelo Tribunal de Justiça carioca: [...] não pode o Parquet desempenhar, de maneira ampla e difusa, as atribuições constitucionalmente atribuídas à polícia judiciária, selecionando testemunhas e ouvindo reservada e sigilosamente. Assim, inválida a prova que se subsume exclusivamente em declarações prestadas para embasar a denúncia e o requerimento de prisão preventiva, colhidas e apresentadas pelo mesmo promotor de Justiça o qual, de forma abusiva, expediu "mandados de notificação" para inúmeras pessoas, sob pena de "condução coercitiva", determinando seu cumprimento por "técnico profissional" espuriamente fazendo as vezes de oficial de Justiça, além de requisitar "sob pena de desobediência, de acordo com o art. 330 do Código Penal" informações variadas inclusive a determinado estabelecimento bancário [Grifos do relator]⁹³.

Além dos tribunais arrolados, outros também já se posicionaram nesse sentido, como o TJDF⁹⁴, o TJCE⁹⁵ e o TJGO⁹⁶. Entretanto, vê-se que o tema é bastante polêmico, igualmente, na jurisprudência, havendo a expectativa de que o STF, nos próximos dias, defina a questão.

14 CONCLUSÃO

À luz do exposto, está bem definido no ordenamento jurídico pátrio que o MP não possui atribuições para, autonomamente, realizar investigações na esfera criminal.

Dessa forma, apesar de o sistema policial apresentar, como todos os outros modelos, problemas⁹⁷, necessitando de melhorias, forçoso que se reconheça que não existe na Constituição Federal, tampouco na legislação infraconstitucional, qualquer dispositivo legal que autorize o órgão de acusação a investigar, nem implicitamente.

No Brasil, o texto constitucional conferiu a órgãos distintos as funções de investigar (polícia), acusar (MP) e julgar (Poder Judiciário), consagrando o modelo de investigação policial. O art. 144, §§ 1º e 4º, atribui às polícias judiciárias (Federal e Cíveis), com exclusividade, a investigação criminal. Ainda que não se admita que a investigação seja uma função exclusiva das polícias judiciárias, as exceções devem estar previstas no texto constitucional, como ocorre, por exemplo, com as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º). Quanto ao MP, porém, não há qualquer permissão constitucional para essa atividade.

O fato de ser o MP o titular da ação penal e exercer o controle externo da atividade policial, assim como a dispensabilidade do inquérito para propositura da ação penal, não transferem ao *parquet* a função de investigar. Se cabe, por exemplo, ao MP o exercício do controle externo das polícias, seria ilógico atribuir-se ao órgão acusador esse mister e, ao mesmo tempo, permitir que exerça diretamente a atividade que deve fiscalizar. Quem fiscalizaria, afinal, o controlador?

Admitida a investigação por uma das partes, restará quebrado o equilíbrio processual que deve existir entre acusação e defesa. O MP, sabidamente, é parte no processo penal, assim como a defesa. Destarte, caso se aceite que o órgão de acusação possa elucidar infrações penais, restará comprometida a imparcialidade que deve existir na apuração de um delito, pois o *parquet* agirá em apenas uma direção, colhendo provas que só interessam para a acusação e deixando de lado outras que possam favorecer a defesa.

Além disso, os investigados pelas polícias judiciárias sabem quais são "as regras do jogo" a que estão sujeitos, característica inarredável de um regime democrático. O inquérito policial está previsto e regulamentado no Código de Processo Penal, que estabelece o devido processo legal. Com relação às investi-

gações realizadas pelo MP, no entanto, até por não haver, como já dito, previsão constitucional para isso, inexistente qualquer regulamentação dessa atividade na legislação infraconstitucional, não se assegurando aos suspeitos do cometimento de um crime, assim, essa garantia fundamental.

Assim, eventuais investigações levadas a cabo pelo MP, por ferirem princípios constitucionais, como o do devido processo legal, deverão ser consideradas nulas, como têm decidido alguns tribunais brasileiros.

Registre-se, por derradeiro, que a pretensão de alguns membros do MP, no exato momento em que os criminosos agem, cada vez mais, em parceria e de forma organizada, não é a integração entre os órgãos estatais. Querem alguns promotores, isso sim, realizar investigações de maneira isolada, em vez de participarem das que são feitas pelas polícias judiciárias. Além disso, a mera mudança na titularidade da investigação criminal, como exposto, não produzirá nenhuma mudança substancial na fase pré-processual.

NOTAS

- 1 Nesse sentido: Prado; Casara (2004, n. 141, p. 13); Ferreira (2003, n. 45, p. 260); Costa (2003, n. 159, p. 22); Taquary (2003, n. 159, p. 19); Vieira (2004, v. 46, p. 309).
- 2 Os arts. 12, 27, 39, § 5º, e 46, § 1º, todos do CPP, não deixam dúvidas de que o inquérito policial, efetivamente, é dispensável para o oferecimento da denúncia, desde que o MP disponha de outros elementos necessários para a propositura da ação penal (BASTOS, 2004, p. 112-7).
- 3 Cf. Silva (2004, p. 382); Fragoso (2002, p. 242). Para este autor, a prescindibilidade do inquérito policial aponta para hipóteses de coleta de elementos prévios de informação advindos de Comissão Parlamentar de Inquérito, inquérito administrativo, peças extraídas de processos judiciais etc., mas nunca para a possibilidade de instaurar-se um inquérito no âmbito do próprio Ministério Público.
- 4 Art. 144 [...]. § 1º - A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: [...] IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. Para Fragoso (2002, p. 242), a CF é clara ao determinar que as funções de polícia judiciária da União serão exercidas, exclusivamente, pela Polícia Federal, vedando essa atribuição ao MP.
- 5 Cf. Nucci (2004, p. 71); Silva (2004, p. 380). Para este autor, aliás, o inquérito parlamentar não seria um típico inquérito criminal, porque visa apurar fato determinado de qualquer natureza: político, administrativo, responsabilidade civil e também criminal [...]. Essa tese também é defendida por Vieira (2004, p. 327-8).

- 6 Cf. IBCCRIM (2004); Tucci (2004, p. 86). Para Vieira (2004, p. 326), a CF conferiu a outras autoridades (não policiais), em raríssimas circunstâncias (comissões parlamentares de inquérito, p. ex.), "o poder de investigar, mas não crimes".
- 7 Grinover (2004, p. 4). Nessas apurações, como consigna a autora, poderão os órgãos mencionados, eventualmente, encontrar elementos que indiquem a existência de crimes, remetendo-os ao MP. Caso o titular da ação penal não possua elementos suficientes ao oferecimento da denúncia, deverá requisitar a instauração de inquérito policial (VIEIRA, 2004, p. 331).
- 8 Vieira (2004, p. 319). Para o autor, a CF, *por não consagrar qualquer comando expresso, vedou ao Ministério Público investigar crime* (p. 323).
- 9 STF, ADI 1570/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12.02.04, DJ de 22.10.04 e Informativo 336 do STF.
- 10 Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.
- 11 Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências).
- 12 Cf., a respeito, Bitencourt (2005); Marcão (2005).
- 13 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.
- 14 Exemplo de acompanhamento das investigações por parte do MP, em que trabalhou de forma harmônica com a polícia, sem se imiscuir em suas funções, foi a chamada "Operação Anaconda", em que foram iniciados pela prática de crimes contra a Administração Pública juizes, policiais, advogados e auditores da Receita Federal (VIEIRA, 2004, p. 319).
- 15 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] 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; [...] VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.
- 16 Ver Fragoso (2002, p. 243). Na mesma linha, Vieira (2004, p. 317).
- 17 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 privadas.
- 18 Art. 8º - Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] V – realizar inspeções e diligências investigatórias [...].
- 19 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: [...] c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior.
- 20 LC 75/93: Art. 7º - Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: [...] II – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas [...].
- 21 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 depoimentos 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.
- 22 Coutinho (1994, p. 446). Na mesma esteira, acrescentando que as alíneas "a", "b" e "c" nada têm a ver com investigação criminal, Tucci (2004, p. 77).
- 23 Silva (2004, p. 385). No Rio de Janeiro, como consta em Vieira (2004, p. 333), a Lei Complementar 106/2003, promulgada em 03.01.2003, no art. 35, inc. I, explicitou que as notificações ministeriais e as requisições de informações, por exemplo, somente serão possível nos procedimentos administrativos para a apuração de fatos de natureza civil.
- 24 Lei 8.625/93: Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: [...] IV – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los.
- 25 Moraes Filho (1997, p. 110). Cf., também, Costa (2003, p. 22); Fragoso (2002, p. 242); Ferreira (2003, p. 262); Tucci (2004, p. 79-80). Em matéria criminal, o devido processo legal estabelece que se deve seguir em um feito o rito fixado em lei (aspecto formal) e impõe uma limitação ao poder punitivo do Estado, assegurando aos acusados garantias mínimas previstas na legislação (aspecto material), como explica Boschi (2004, n. 10, p. 77-9).
- 26 Acredita-se que quis o autor se referir, na realidade, ao inc. LIV: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.
- 27 Sustenta a autora que esse entendimento é reforçado pelo § 5º do art. 128 da CF, que estabelece que leis complementares estabelecerão as atribuições do MP (GRINOVER, 2002, p. 4). Em que pese esse entendimento, sem emenda constitucional não existe como o *parquet* realizar, autonomamente, investigação (TUCCI, 2004, p. 86-7).
- 28 Ver: Prado; Casara (2004, p. 13); Vieira (2004, p. 336); Lima (2003, p. 25).
- 29 A Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, em parecer da lavra de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – ato que gerou o artigo já citado (*A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público*) –, entendeu que a Resolução, ao atribuir a órgãos do MP função de polícia judiciária, fere a CF. É importante referir que, em ação direta de inconstitucionalidade, a Associação dos Delegados de Polícia (Adepol) pretendia ver declarada a inconstitucionalidade dessa resolução. Contudo, o pedido não foi conhecido por ilegitimidade ativa *ad causam* (STF, ADI 13.360, rel. da liminar Min. Octavio Gallotti, j. 11.10.95, rel. da decisão de mérito Min. Ellen Gracie, j. 01.07.98. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 04.02.2005).
- 30 Publicado no DOE de São Paulo de 28.06.2003.
- Regulamentou o art. 26 do Ato 98/1996, da Procuradoria-Geral de Justiça paulista, *in verbis*: 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, (...): I – se houver necessidade de providência cautelar; II – quando as peculiaridades do caso concreto exijam em prol da eficácia de persecução penal. In: Silva (2004, p. 383).
- 31 Ato interno sem amparo na CF e, em consequência disso, inconstitucional (cf., a respeito, Tucci (2004, p. 84, nota 33); Saad (2004, p. 185-186); Silva (2004, p. 380); Ferreira (2003, p. 257-68). Ainda, Reale Júnior; Ferrari, em parecer não publicado, em atendimento a consulta feita pelo Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo. In: Vieira (2004, 339-40); Tucci (2004, p. 42, n. 19).
- 32 Art. 16. O procedimento administrativo criminal será concluído no prazo de 90 dias, prorrogáveis por iguais períodos, mediante motivação consignada nos autos por seu presidente. Para Ferreira (2003, p. 266), a disposição fere o art. 22, I, da CF, que estabelece que somente a União pode legislar sobre matéria processual penal.
- 33 Art. 17. [...] § 1º Caso se convença da inexistência de fundamento que autorize a promoção de qualquer medida judicial ou extrajudicial, o presidente promoverá o arquivamento do procedimento administrativo criminal. Expõe Ferreira (2003, p. 266), que tal artigo contraria flagrantemente o art. 5º, XXV, da CF, que determina que nenhuma lesão ou ameaça a algum direito será excluída da apreciação judicial, e afasta o magistrado do acompanhamento das investigações.
- 34 Respectivamente, ADI 3.836/DF e ADI 3.806/DF, cujo relator é o Min. Ricardo Lewandowski. Nesta última, questiona-se, ainda, a constitucionalidade de dispositivos das leis orgânicas dos Ministérios Públicos.
- 35 Na ADI 3.309/DF, questiona-se a Resolução 77/04, que regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público Federal, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Pendente de julgamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 jun. 2009.
- 36 Na ADI 3.317/RS, questiona-se a Resolução 03/04 do Órgão Especial do Colégio de Procuradores do MP/RS, que regulamenta o art. 26 da Lei 8.625/93, disciplinando, no âmbito do MP, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal. Relatora: Min. Ellen Gracie. Pendente de julgamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 jun. 2009.
- 37 Na ADI 3.318/MG, questiona-se a Resolução Conjunta 02/04, publicada no DJ de 18.09.04, que regulamenta o art. 67 da Lei Complementar 34/94, disciplinando, no âmbito do MP/MG, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Pendente de julgamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 jun. 2009.
- 38 Na ADI 3329/SC, questiona-se o Ato 01/04 do Procurador-Geral de Justiça e do Corregedor-Geral do MP/SC, publicado no DOE de 11.10.04, que regulamenta o art. 82, XVII, "d", e o art. 83, I, da Lei Complementar Estadual 197/00, disciplinando, no âmbito do MP, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Crimi-

- nal – PIC. Relator: Min. Cezar Peluso. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.
- 39 Na ADI 3.337/PE, questiona-se a Resolução 03/04 do Colégio de Procuradores de Justiça pernambucano, publicada no DOE de 22.09.04, que regulamenta o art. 6º, da Lei Complementar 12/94, disciplinando, no âmbito do MP, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal. Relator: Min. Cezar Peluso. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.
- 40 Na ADI 3.370/AP, questiona-se a Resolução 01/04 do Procurador-Geral de Justiça e Presidente do Colégio de Procuradores de Justiça do Amapá, publicada no DOE de 25.10.04, que regulamenta o art. 54, VIII, da Lei Complementar Estadual 09/04, disciplinando, no âmbito do MP, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal. Relator: Min. Menezes Direito. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.
- 41 Processo administrativo realizado na 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria-Geral da República, firmado pelos, na época, Subprocuradores-Gerais da República Edinaldo de Holanda Borges, Gilda Pereira de Carvalho e Delza Curvello Rocha e publicado no DJ 02.09.1998. Da ementa (também disponível em FRAGOSO, 2002, p. 250), extrai-se o seguinte trecho: [...] *Instauração de procedimento criminal administrativo pelo Ministério Público. Impossibilidade face aos exatos termos do art. 144, § 1.º, IV, da CF de 1988 – interpretado como garantia constitucional do cidadão de somente ser investigado pela Polícia Judiciária [...]*.
- 42 Expressão utilizada para designar a necessária paridade que deve existir entre as partes no processo penal, ou seja, entre o órgão acusador (MP, em regra) e a defesa, visando à igualdade substancial (TUCCI, 2004, p. 80).
- 43 Leciona Ferreira (2003, p. 263), que seria necessário, caso se permita ao MP a investigação criminal, estender-se essa atribuição à defesa, assegurando-se, dessa forma, a *igualdade de armas ou do tratamento paritário*. No sistema acusatório, como ensina Marques (1998, v. 1, p. 71), *autor e réu encontram-se em pé de igualdade*.
- 44 Expressão usada por Lopes Júnior (2003, p. 92).
- 45 No sentido de que a divisão das funções de investigação e acusação, respectivamente, entre polícia e MP representa o melhor sistema: Saad (2004, p. 193); Moraes Filho (1997, p. 108).
- 46 Tucci (2004, p. 83); IBCCRIM (2004). Para Lopes Júnior (2004, p. 92), o promotor de justiça, por ser órgão de acusação e “uma parte parcial”, não vê mais do que uma direção, inclinando-se a juntar, na prática, apenas provas contrárias ao imputado.
- 47 Imparcialidade, como leciona Lopes Júnior (2003, p. 93), é atributo do magistrado, mas não das partes.
- 48 *O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem a obrigação de ser imparcial. Sendo parte – advogado da sociedade – a parcialidade lhe é inerente* (trecho do voto proferido pelo Min. Carlos Velloso, em 13.04.1999, no RE 215.301-0/CE. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 2 mar. 2005).
- 49 Gonçalves (2004, p. 166-7), por exemplo, sugere que o MP deva investigar quando houver *economicidade e razoabilidade no dispêndio de recursos públicos ou pairar dúvida de que, por questões corporativas ou políticas, o fato poderá não ser investigado a contento pela polícia*. Para Araújo; Corrêa; Silva (1998, p. 251-2), o MP deve apurar os fatos sempre que a atuação da polícia judiciária se mostrar insuficiente à satisfação do interesse público, dando como exemplo o envolvimento de policiais em crimes. Cf., ainda, Mazzilli (1989, p. 115).
- 50 Silva (2004, p. 379). Questiona o autor se o critério de seleção utilizado pelo MP não seria “o de maior repercussão na mídia”.
- 51 Vieira (2004, p. 308 e p. 318, nota 24). Enfatiza o autor 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 (p. 312). Cf., também, Silva (2004). Para este autor, o órgão ministerial nada apura. Quem investiga, como salienta, são as polícias ou, *dentro de suas respectivas alçadas, instituições como o Banco Central, Receita Federal e Tribunal de Contas, sendo que depois das apurações, por força de lei, os expedientes são remetidos ao MP, quando este, deslumbrado e vislumbrando repercussão nos meios de comunicação, reivindica a autoria das apurações*.
- 52 Lopes Júnior (2004, p. 11). Adverte o jurista que esse problema também ocorre na investigação policial.
- 53 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 oprimido pela divulgação do episódio na mídia.
- 54 Moraes Filho (1997, p. 108); Saad (2004, p. 192); Fragoso (2002, p. 244); IBCCRIM (2004) *in verbis*: [...] *a experiência tem demonstrado que o Ministério Público, quando investiga, age de forma totalitária e contrária às suas próprias funções institucionais*.
- 55 Lopes Júnior (2004, p. 89). Demonstra o jurista que, na Alemanha (1974) e na Itália (1988), por exemplo, o modelo do promotor investigador passou a ser adotado em combate, respectivamente, ao terrorismo – *com a falácia da defesa do Estado de Direito* – e à corrupção nos órgãos públicos italianos, à máfia e ao crime organizado (p. 90). Na Itália, como refere, um elevado número de pessoas inocentes foi submetido, injustamente, a processos criminais, restando evidenciadas as altas *cifras dos casos de abuso de autoridade, perseguição política, desnecessária estigmatização e todo tipo de prepotência* (p. 90-1).
- 56 Citem-se, como exemplo, o Poder Judiciário, os advogados e a imprensa.
- 57 STF, RE 233.072-4/RJ, rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 18.05.99, DJ de 03.05.02, p. 22. Trecho do voto proferido pelo Min. Nelson Jobim.
- 58 Termo usado por Costa (2003, p. 22).
- 59 Nesse sentido: TJSP, HC 440.810-3/7, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, rel. Des. Marco Antônio, j. 18.02.04. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 139, Jurisprudência, p. 807, jun. 2004.
- 60 *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 acesso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II – ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade 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 a instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; VI – promover a ação penal por abuso de poder.*
- 61 No caso do Rio Grande do Sul, o assunto foi regulamentado pela Lei Complementar Estadual 11.578/01.
- 62 Cita-se, como exemplo, investigação preliminar a cargo da Promotoria da Defesa da Saúde do MP do Distrito Federal, em que foi proibida a presença de advogado durante depoimentos de servidores públicos, conforme matéria publicada no *Correio Braziliense*, edição de 18.11.2004 (Disponível em: <http://www.adpesp.com.br/noticia_177.htm>. Acesso: 26 fev. 2005). Em procedimentos investigatórios a cargo do MP, aliás, os advogados são impedidos, sistematicamente, de examinarem os autos, segundo o IBCCRIM, editorial citado. Tucci (2004, p. 84), expõe que as investigações ministeriais *têm assumido caráter sigiloso, num procedimento desenrolado à sorrelfa dos interessados, com a colheita dos elementos probatórios em ambientes fechados, e, ao que se sabe, com forte carga psicológica sobre os inquiridos*. Dotti (2004, p. 8), apresenta as razões pelas quais o procedimento administrativo investigatório do MP fere o princípio do devido processo legal, sendo uma delas o fato de ser o sigilo a regra, quando deveria ser a exceção.
- 63 Nucci (2004, p. 74). Conclui o autor que a investigação precisa ser conduzida pela polícia judiciária, acompanhada por magistrado e por promotor de justiça.
- 64 Silva (2004, p. 371). Cf., ainda, Tucci (2004, p. 46).
- 65 Silva (2004, p. 372). Lembra o autor, que foi assessor na Constituinte, que o anteprojeto citado, elaborado pela Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo (junho de 1987), mantido no *Projeto de Constituição (Comissão de Sistematização, julho de 1987, art. 233, §3.º)*, incluía como atribuição do MP 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 [...]*”. Todavia, já no primeiro substitutivo, cujo relator foi *Bernardo Cabral (Comissão de Sistematização, agosto de 1987)*, excluiu-se a possibilidade de o *parquet* promover inquéritos, bem como o poder de avocá-los. Na visão do constitucionalista, o legislador *suprimiu aquilo que o Ministério Público hoje ainda pretende: o poder de investigação subsidiário* (p. 372).
- 66 Cf.: STF, 2ª Turma, RHC 81.326/DF, rel. Min. Nelson Jobim, j. 06.05.03, DJ de 01.08.03, p. 142, além do Informativo 307 do STF.
- 67 Grinover (2002, p. 4). Na mesma linha, Vieira (2004, p. 310), afirma que foram rejeitadas as propostas de emendas constitucionais de 1993 e de 1999.
- 68 Ferreira (2003, p. 259-60). Arrola o autor, ainda, a Lei Complementar 743/93, de São Paulo, que concedeu ao MP, no campo investigativo, o poder requisitório de diligências e de instauração de inquérito policial, apenas, como preceitua o art. 104, inc. V (p. 260).
- 69 Cf.: STF, 2ª Turma, RHC 81.326/DF, rel. Min. Nelson Jobim, j. 06.05.03, DJ de 01.08.03, p. 142.
- 70 Projeto 4.209/01 da Câmara dos Deputados. Disponível em: <www2.camara.gov.br/propo

sicoes>. Acesso em: 04.06.09.

- 71 Silva (2004, p. 376-7). Na mesma linha, Vieira (2004, p. 325).
- 72 Grinover (2002, p. 4). No mesmo sentido: Vieira (2009, n. 199).
- 73 Ferreira (2003, p. 262). No Rio Grande do Sul, por exemplo, promotores de justiça *teriam cooptado um partícipe que passou a atuar como 'agente infiltrado' sob promessa de perdão judicial*, segundo notícia Knijnik (2004, n. 10, p. 15, nota 10).
- 74 Vieira (2004, p. 324). Afirma, ademais, que o MP deve ter seus atos vigiados e limitados pela lei, como de resto, qualquer ente do Poder Público. *O Parquet, por mais importante, não está acima das leis* (p. 359).
- 75 Peruchin (2002). Refere, também, que os atos conduzidos pelo MP, caso fossem possíveis, implicariam um exercício absolutamente incontrolável, em razão da falta de normatização.
- 76 Ferrajoli (2002). Para o jurista italiano, o garantismo, como base da democracia substancial, deve ser compreendido, também, como a técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos (p. 693-4).
- 77 Teoria que estabelece a racionalidade do sistema jurídico, limitando o poder punitivo estatal e assegurando os indivíduos contra violências arbitrárias, sejam públicas ou privadas, como se depreende de Carvalho (2003, p. 84).
- 78 Cita, como exemplo, as ações em defesa de interesses difusos ou coletivos.
- 79 Silva (2004, p. 369). Ao analisar a Operação *Mãos Limpas*, menciona o autor que não demorou muito para aparecerem "os abusos de poder", circunstâncias que culminaram com a renúncia ao cargo do Procurador Di Pietro, o mais destacado, na época, do *parquet* italiano, e de procuradores na Sicília (p. 370). Com relação a problemas em investigações ministeriais, cf. Vieira (2004, p. 367-70). Em um dos casos, cita o autor o aparecimento do nome de um Procurador-Geral do MP como "chefe de cima" de ilegalidades envolvendo máquinas de azar em uma das capitais do país (p. 367-8).
- 80 Streck e Feldens (2005, p. 111-2, nota 7). Para esses autores, no entanto, tal afirmação serve para afastar o monopólio investigativo de uma única instituição.
- 81 Coutinho (1994, p. 452). Cf., também, Moraes Filho (1997, p. 110), para quem a promoção direta de investigações pelo MP caracteriza uma *verdadeira usurpação das atribuições da autoridade policial, a quem a Constituição comete as funções de polícia judiciária (art. 144, § 1.º, IV e § 4.º)*, e Tucci (2004, p. 65).
- 82 Em precedente do Min. Nelson Hungria, já havia o STF decidido no sentido de que o CPP não autoriza, na investigação de crime, sob qualquer pretexto, a substituição da autoridade policial por magistrado ou por promotor de justiça (STF, RHC 34.827, rel. Min. Nelson Hungria, j. 31.01.57). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 24 mar. 2005.
- 83 STF, 2ª Turma, RE 205.473-9/AL, rel. Min. Carlos Velloso, j. 15.12.98, votação unânime, DJ de 19.03.99, p. 19. Extrai-se do voto do relator que, se possível investigação criminal pelo MP, *haveria uma Polícia Judiciária paralela*.
- 84 STF, 2ª Turma, RE 233.072-4/RJ, rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 18.05.99, DJ de 03.05.02, p. 22. Relevante transcrever trecho do voto do Min. Mauricio Corrêa: [...] *o Ministério Público só poderá proceder a investigações preliminares criminais quando houver no sis-*

tema jurídico positivo normas que venham presidir a sua atuação, regrado-a; não pode ele, entretanto, motu proprio, criar normas e ignorar as existentes, sob pena de comprometer a segurança jurídica da sociedade [...]. Adiante, partes do voto do Min. Marco Aurélio Mello: [...] O Ministério Público não pode fazer investigação porque ele será parte na ação penal a ser intentada pelo Estado e, também, não pode instaurar um inquérito. [...] Ainda, assim votou o Min. Nelson Jobim: [...] O Ministério Público exorbitou, no caso concreto, de suas funções. Não tem ele competência alguma para produzir um inquérito penal, sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos. [...] quanto à polícia sabe-se o que fazer, contra o Ministério Público pouco se tem a fazer.

- 85 STF, Inquérito 1.828/SP, rel. Min. Nelson Jobim, j. 01.07.02, DJ de 01.08.02; STF, 2ª Turma, RHC 81.326/DF, rel. Min. Nelson Jobim, j. 06.05.03. In: DJ de 01.08.2003, p. 142.
- 86 STF, HC 91.661/PE, rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.03.09, DJe de 02.04.09. A 2ª Turma, aliás, já havia deixado transparecer esse entendimento no seguinte julgamento: RE 535.478/SC, rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.10.08, DJe de 20.11.08.
- 87 STJ, 5ª Turma, HC 20.020/SP, rel. Min. Félix Fischer, j. 02.09.04, DJ de 18.10.2004, p. 303. RHC 15.507/PR, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 28.05.04, DJ de 31.05.2004, p. 328; HC 28.761/MG, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 01.04.04, DJ de 24.05.2004, p. 302; HC 12.685/MA, rel. Min. Gilson Dipp, j. 03.04.01, DJ de 11.06.2001, p. 240; HC 7.445/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, j. 01.12.98, DJ de 01.02.1999, p. 218.
- 88 STJ, 6ª Turma, RHC 4.769/PR, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 07.11.95, DJ de 06.05.1996, p. 14.475. A seguir, trecho do voto do relator: *Ministério Público e magistratura não podem estar comprometidos com o caso sub judice. [...] Se um ou outro atua na coleta de prova que, por sua vez, mais tarde, será base do recebimento da denúncia, ou do sustentáculo da sentença, ambos perdem a imparcialidade, no sentido jurídico do termo [...].*
- 89 STJ, 6ª Turma, REsp 76.171/AL, rel. Min. William Patterson, j. 13.02.96, DJ de 13.05.96, p. 15.582.
- 90 TRF da 2ª Região, 2ª Turma, HC 96.02.35446-1, rel. Des. Fed. Silvério Cabral, j. 11.12.96, DJ de 05.08.97, p. 59. No mesmo sentido, seguem outras decisões do TRF da 2ª Região: HC 97.02.09315-5, 1ª Turma, rel. Des. Fed. Ney Fonseca, j. 19.08.97, DJ de 09.10.1997, p. 83.701; HC 99.02.07263-1, 4ª Turma, rel. para o acórdão Des. Fed. Benedito Gonçalves, j. 08.11.00, DJ de 15.03.2001, p. 163; Apelação Criminal 2002.51.01.501942-7, 4ª Turma, rel. Des. Fed. Valmir Peçanha, j. 31.03.03, DJ de 12.05.2003, p. 217.
- 91 TJSP, HC 440.810-3/7-00, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, rel. Des. Marco Antônio, j. 18.02.04, *Boletim do IBCCrim* n. 139, Jurisprudência, p. 807.
- 92 TJSP, HC 99.018-3/2, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Weiss de Andrade, j. 26.02.91, DOE de 02.03.1993.
- 93 TJRJ, HC 2004.059.03830, 7ª Câmara Criminal, rel. Des. Eduardo Mayr, j. 10.08.04, *Boletim do IBCCrim* n. 143, Jurisprudência, p. 839. Outras decisões do TJRJ no mesmo sentido: HC 1996.059.00615, 1ª Câmara Criminal, rel. Des. Silvio Teixeira, j. 10.09.96, *Boletim do IBCCrim* n. 65, Jurisprudência, p. 249; HC 2004.059.00005, 3ª Câmara Criminal, rel. para o acórdão Des.

Valmir de Oliveira Silva, j. 16.03.04. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 09 mar. 2005; HC 2000.059.02458, Seção Criminal, rel. Des. Eduardo Mayr, j. 27.09.00, DOE de 01.08.01, p. 319-20; HC 2001.059.00597, 3ª Câmara Criminal, rel. Des. Valmir de Oliveira Silva, j. 15.05.01, DOE de 22.06.2001.

- 94 TJDF, HC 2000.002.005055-6, 2ª Turma Criminal, rel. Sandra de Santis, j. 23.11.00, DJ de 30.05.2001, p. 62; HC 1999.002.002958-2, 2ª Turma Criminal, rel. Aparecida Fernandes, j. 14.10.99, DJ de 12.04.2000, p. 35; HC 1999.002.002413-8, 2ª Turma Criminal, rel. Des. Joazil M. Gardes, j. 14.10.99, DJ de 02.02.2000, p. 37.
- 95 TJCE, HC 2004.0001.5987-9/0, 1ª Câmara Criminal, rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, j. 11.05.04, *Boletim do IBCCrim* n.141, Jurisprudência, p. 823.
- 96 TJGO, HC 23285-3/217, rel. Des. Byron Seabra Guimarães, j. 21.09.04, DJ de 17.11.2004; Apelação Criminal 24195-0/213, rel. Des. Byron Seabra Guimarães, j. 06.11.03, DJ de 04.12.2003.
- 97 Como lembra Tourinho Filho (2003, p. 283), [...] *a nossa investigação preliminar ou preparatória para o exercício do direito de ação, conhecida como Inquérito Policial, é a mais abominável de todas, à exceção de todas as outras [...].*

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Maria Emília Moraes de; CORRÊA, Paulo Fernando; SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da. A investigação criminal direta pelo ministério público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 66, p. 251-252, maio 1998. Caderno de Jurisprudência.
- BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública*: papel do Ministério Público: uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Aspectos procedimentais e político-criminais dos crimes disciplinados na nova lei falimentar. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 148, mar. 2005.
- _____. A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 66, maio-jun. 2007, p. 237-70.
- BOSHI, Marcus Vinícius. O devido processo como princípio. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 10, jan./jun. 2004.
- CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- COSTA, José Armando da. Hipertrofia do controle ministerial. *Revista Jurídica Consulex*, n. 159, p. 22, ago. 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 2, p. 450, ago. 1994.
- CRUZ, Alex Sandro Teixeira da. O ministério público e a investigação criminal". *Revista Jurídica Consulex*, n. 159, p. 23, ago. 2003, p. 23.
- DOTTI, René Ariel. O desafio da investigação criminal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 138, maio 2004, p. 8.
- FELIPETO, Rogério. Monopólio da investigação criminal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, set. 2003. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em set. 2003.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal*

constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

FERREIRA, Orlando Miranda. Inquérito policial e o ato normativo 314-PGJ/CPI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 45, p. 260, out./dez. 2003.

FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os procedimentos investigatórios realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, p. 242, jan./mar. 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de falências e suas repercussões criminais. *Paranaonline*, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/113088/>> Acesso em: 08 abr. 2009.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. A atuação criminal do ministério público: entre a tradição e a efetividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p. 166, jan.-fev. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do processo penal. In: *Escritos de direito penal e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 4.

_____. Investigações pelo ministério público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 145, p. 4, dez. 2004.

HABIB, Sérgio. O poder investigatório do ministério público. *Revista Jurídica Consulex*, n. 159, p. 16, ago. 2003.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Poderes investigatórios do ministério público. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 135, fev. 2004.

KNIJNIK, Danilo. A serpente me seduziu, e eu comi. O agente infiltrado, encoberto e provocador: recepção, no direito brasileiro, das defesas do entrapment e da conduta estatal ultrajante, como meio de interpretação conforme a Lei 9.035/95. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 10, jan./jun. 2004.

LIMA, José Augusto Ferreira de. O MP pode apurar formalmente infração penal? *Revista Jurídica Consulex*, n. 159, p. 25, ago. 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. A opacidade da discussão em torno do promotor investigador (mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa). *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 142, p. 10, set. 2004.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARCÃO, Renato. Procedimento penal na nova lei de falência. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, mar. 2005. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 07 mar. 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MORAIS FILHO, Antonio Evaristo de. O ministério público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 107, jul./set. 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Da ilegalidade da investigação criminal exercida, exclusivamente, pelo ministério público no Brasil. *Boletim IBCCrim*, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.ibccrim.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2002.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____; CASARA, Rubens (Coords). Posição do MMFD sobre a impossibilidade de investigação direta pelo ministério público ante a normatividade constitucional. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 141, p. 13, ago. 2004.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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, p. 382, jul./ago. 2004.

SILVA, Rui Antônio da. Ministério Público x investigação criminal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, out. 2004. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 08 out. 2004.

SOUZA, José Barcelos de. Investigação direta pelo ministério público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 44, p. 369, jul.-set. 2003.

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

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. A investigação criminal: atividade exclusiva da autoridade policial. *Revista Jurídica Consulex*, n. 159, p. 19, ago. 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 282.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

VIEIRA, Luís Guilherme. O ministério público e a investigação criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 46, p. 309, jan./fev. 2004.

VIEIRA, Renato Stanzola. Ainda, investigação criminal direta do ministério público: poder implícito ou limite explícito? Proposta de novo enfoque. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 199, jun. 2009.

Artigo recebido em 5/6/2009.

Fábio Motta Lopes é delegado de polícia no Rio Grande do Sul.