

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO
ESPECIALIZAÇÃO DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

EWERSON ARAÚJO ALEXANDRE

O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO:
a legitimidade constitucional do procedimento de investigação no
estado democrático de direito

NATAL – RN
2013

EWERSON ARAÚJO ALEXANDRE

O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO:
a legitimidade constitucional do procedimento de investigação no
estado democrático de direito

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte (UNI-RN), como
requisito parcial para obtenção do título
de Especialista em Direito Penal e
Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Nascimento
Silva.

NATAL – RN
2013

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Alexandre, Ewerson Araújo

O poder investigatório do Ministério Público : a legitimidade constitucional do procedimento de investigação no estado democrático de direito. / Ewerson Araújo Alexandre. – Natal, 2013.

51 f.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva.

Monografia (Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal) - Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito Penal – Monografia. 2. Ministério Público – Investigação – Monografia. 3. Doutrina – Monografia. 4. Jurisprudência – Monografia I. Silva, Luciano Nascimento. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 343.1

EWERSON ARAÚJO ALEXANDRE

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte (UNI-RN), como
requisito parcial para obtenção do título
de Especialista em Direito Penal e
Processual Penal.

O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
a legitimidade constitucional do procedimento investigação no
estado democrático de direito

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Orientador (UNI-RN)
Profº Doutor Luciano Nascimento Silva

Examinador

Examinador

Dedico esta conquista a meu amigo-herói,
que um dia esteve junto a mim e hoje apenas o
guardo nas lembranças, pois gostaria de dividir
esta nova vitória com ele **Evandro Alexandre da
Silva**, meu pai;

à minha mãe, que mora dentro do meu coração,
Maria Da Guia Araújo Alexandre, que lutou para
a formação da sua descendência e foi beneficiada
por DEUS para assistir de pé;

à minha amada companheira, **Delayne Azevedo**,
por acreditar sem restrições que um Fuzileiro
Naval poderia ser ADVOGADO, e sem seu apoio
nada disto seria possível; e

à razão do meu sonhar, meus filhos amados,
Laís Azevedo Araújo Alexandre, e **Caio
Azevedo Araújo Alexandre**, que em seus novos
aprendizados nos alegria e traz vida a nosso lar.

“Se não se admitisse a possibilidade de apuração autônoma de crimes, por outros meios que não a Polícia Judiciária, haveria graves riscos de inviabilizar-se, em certos casos, a apuração administrativa de algumas infrações penais”.

Mazzilli, Hugo Nigro.
(*Manual do Promotor de Justiça*, SP, Saraiva, 1991, p. 179).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DISCURSÃO QUANTO A POSSIBILIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EXERCIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	11
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	11
1.2 FORMA PROCESSUAL VIGENTE E ATUAL SISTEMA DE REPRESSÃO AO CRIME	12
1.3 PERSECUÇÃO PENAL. FASE INVESTIGATÓRIA.....	13
2 O INQUÉRITO POLICIAL – UMA VISÃO CRÍTICA.....	15
2.1 NATUREZA E FUNÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL.....	16
2.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O INQUÉRITO POLICIAL.....	18
2.3 DEVOLUÇÃO PARA NOVAS DILIGÊNCIAS DO INQUÉRITO POLICIAL.....	20
2.4 INQUÉRITOS EXTRAPOLICIAIS.....	22
2.5 FORMAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	23
2.5.1 A investigação criminal presidida pelo próprio representante do Ministério Público no direito estrangeiro.....	23
2.5.2 Modelo Americano.....	26
2.5.3 O Modelo Italiano.....	26
2.5.4 O Modelo Alemão.....	27
3 O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL.....	27
3.1 CONCEITO DE CONTROLE EXTERNO.....	30
3.2 NATUREZA DO CONTROLE EXTERNO.....	30
3.3 OBJETIVO DO CONTROLE EXTERNO.....	31
4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A INVESTIGAÇÃO PRÓPRIA.....	32
4.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONVICÇÃO QUANDO DA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL.....	33
4.2 CRÍTICAS QUANTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO COLHER PROVAS EM DETERMINADOS CRIMES.....	34

4.3 ARGUMENTOS DA CLASSE DOS POLICIAIS QUANTO AO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	34
4.3.1 Da ilegalidade da investigação criminal exercida, exclusivamente, pelo Ministério Público no Brasil, defendida pelo Professor de Direito Penal e Processo Penal da PUC-RS Marcelo Caetano Peruchin.....	36
4.4 OUTRAS FORMAS DE INVESTIGAÇÃO ASSEGURADAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	39
4.5 ARTIGOS 129, I E VI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	40
4.6 PROVIDÊNCIAS TOMADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUANTO A FRAGILIDADE DA PEÇA INFORMATIVA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA.....	43
5 DECISÕES RECENTES QUANTO AO PODER DE INVESTIGAR ILÍCITOS PENAIIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	44
5.1 DA DECISÃO PELA JUÍZA, DR. ^a NILDA MARGARETE STANIESKI PELLIZZER, TITULAR DA 1 ^a VARA CRIMINAL DE PELOTAS, QUANTO AO INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO EM FACE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EFETUADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	45
5.2 CASO RECENTE QUE ENVOLVEU DOIS BANCOS BRASILEIROS: O BANCO MARKA E O BANCO FONTECINDAM, COM A INTERVENÇÃO POR PARTE DO ÓRGÃO MINISTERIAL.....	47
5.2.1 Decisão do STF reconhecendo repercussão geral quanto à investigação direta procedida pelo Ministério Público.....	47
5.2.2 Críticas à tese consagrada no Recurso Especial contrário ao Poder de Investigar do Ministério Público e seus argumentos.....	48
5.3 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37–A DE 2011 QUE ACRESCENTA O § 10 AO ARTIGO 144 DA CARTA MAGNA TRATANDO DA PRIVATIVIDADE DA INVESTIGAÇÃO PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA.....	52
6 CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

RESUMO

Cabe ao Estado assegurar a paz e a segurança social, protegendo a liberdade individual e, para tanto, defendemos a investigação procedida pelo Ministério Público atuando pela busca da verdade real como representante da sociedade e pautado nos ditames do Direito pátrio. Contudo, a Carta Magna vigente, embora tenha concedido ao Órgão Ministerial a prerrogativa de atuar como fiscal da lei e promotor exclusivo da ação penal, não se pronunciou expressamente quanto à investigação direta exercida paralelamente à da Polícia judiciária ou conjuntamente, dependendo do caso concreto. Por outro lado, a mesma Carta Política em seu artigo 144, especialmente em seus parágrafos primeiro e quarto, não reservou dar exclusividade para prática de atos destinados à apuração de infrações penais a Polícia Judiciária, desta forma, entendemos que, mesmo em relação a Polícia Federal, o que é exclusivo é o exercício da polícia judiciária e não a apuração de crimes que, conforme previsão legal, também podem ser investigados e apurados por outros órgãos, por exemplo: o art. 58, parágrafo 3º da Constituição Federal, trata do inquérito Procedido pela Comissão Parlamentar de Inquérito, e os artigos 71 e 74, parágrafo 2º, estabelecem a investigação pelo Tribunal de Contas. Portanto, explicitaremos em nossos estudos as posições contrárias e a favor da investigação procedida pelo ministério Público, como também, abordaremos a atual posição que se encontra este debate no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Ministério Público. Investigação. Doutrina e jurisprudência.

ABSTRACT

The State securing peace and social security, protecting individual freedom and, therefore, advocate the investigation proceeded by prosecutors acting for the real search for truth as a representative of the company and guided the dictates of law patriotism. However, the Constitution in force, although the Authority has granted Ministerial prerogative to act as tax law and the exclusive promoter of prosecution, did not comment specifically about the investigation directly exerted parallel to the Judicial Police or together, depending on the case. Moreover, the same Charter Policy in Article 144, especially in their first and fourth paragraphs, do not give exclusivity reserved for performance of acts intended to investigate criminal offenses the Judicial Police, this way, we understand that, even for Police Federal, what is unique is the exercise of the judicial police and not the investigation of crimes that, as such law may also be investigated and established by other organs, for example: the art. 58, paragraph 3º of the Constitution deals with the investigation undertaken by the Parliamentary Commission of Inquiry, and Articles 71 and 74, paragraph 2º, establish research by the Court. Therefore, in our studies expose opposite positions and for research preceded the Public Ministry, but also discuss the current position is that this debate on the Supreme Court.

Keywords: Prosecutor. Research. Doctrine and jurisprudence.

INTRODUÇÃO

Nosso estudo tecerá considerações a respeito de um dos temas da mais alta relevância na estrutura processual penal pátria, qual seja a discussão a cerca da viabilidade constitucional da investigação criminal levada a efeito por membros do Ministério Público.

No entanto, antes de ser enfrentado tão fascinante debate, é mister mais uma vez enaltecer a relevância institucional exercida pelo Ministério Público no Estado Constitucional Democrático de Direito, visto e concebido como um indispensável instrumento de fiscalização do cumprimento de leis, tendo como escopo primordial, na seara criminal, a efetivação da proteção dos direitos fundamentais e das garantias individuais, além de todas as funções incumbidas ao *parquet*, nos mais variados âmbitos, todas elas de inomináveis dimensões jurídicas e sociais.

Essa imprescindível ressalva tem o condão de bem esclarecer que as considerações técnicas a seguir expostas restringem-se à provocação dirigida à comunidade acadêmica, referentemente à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da investigação criminal exercida pelo Ministério Público, sem que isso possa, de modo algum, implicar em demérito ou mácula a esta instituição, louvável por todos os seus aspectos, e, portanto, digna da respeitabilidade cuja defesa com o próprio Estado de Direito.

A verdade se perfaz, de forma que, o modelo acusatório, único compatível e confortável com o Estado de Direito, somente encontra efetividade com o Ministério Público no polo ativo da ação penal, exercendo com independência o *jus perseguendi*, ocupando um dos vértices do triângulo completado pelo julgador, e pelo acusado juntamente com sua defesa técnica.

Feita tal indispensável ressalva inicial, cabe-nos propor a base de uma instigante discussão acadêmica, porém da alta significância sob o prisma da persecução penal em nossa sistemática processual. Seria constitucionalmente válida uma investigação criminal realizada pelo Ministério Público? Seria ou não exclusiva a atribuição da Polícia Judiciária para realizar atos de investigação criminal?

O estudo deste tema será pautado com interesse não em esgotar completamente o assunto, mas sim em esclarecer quais as posições doutrinárias favoráveis à constitucionalidade da investigação criminal exercida pelo Ministério Público, e as posições contrárias, principalmente, devido às mais ferrenhas críticas, da classe dos policiais, pois são os delegados que têm o poder legalmente de presidirem o inquérito policial.

CAPÍTULO I

1. DISCURSÃO QUANTO A POSSIBILIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EXERCIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em razão do abandono da autotutela, como forma de resolução de conflitos de interesses, o Estado assumiu a obrigação de garantir a segurança dos cidadãos. Para a realização dessa missão, o distribuiu o exercício de partes de sua soberania a diversos órgãos, os quais compõem o sistema de persecução penal, destinado a prevenir e reprimir a prática de atos ilícitos e punir os seus autores, inclusive invasões à soberania do País. É salutar para o bom funcionamento das instituições democráticas que o exercício da atividade de apuração de infrações penais recaia sobre mais de um órgão estatal, conforme o princípio da universalização. Por sua vez, Dentre as instituições legitimadas ao desempenho do exercício de tal atividade está o titular da ação penal pública, o Ministério Público.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a função de investigação criminal foi atribuída ordinariamente aos órgãos policiais não excluindo a legitimidade a outras autoridades para o exercício da função investigatória. O artigo 144 da CF, especialmente em seus parágrafos primeiro e quarto, não reservou dar exclusividade, à

polícia civil ou Federal, para prática de atos destinados à apuração de infrações penais.

No atual sistema vigente a polícia judiciária, *ex officio* ou mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou quem tiver qualidade para representá-lo inicia-se o inquérito policial.

O inquérito é um procedimento administrativo, isto é, cometido o ilícito penal, a polícia procura no menor prazo possível de tempo coletar as provas do fato criminoso e seu possível autor com vista a evitar a instauração de uma persecução penal infundada, diante dos fundamentos do processo penal, que é a instrumentalidade e o garantismo penal por parte do Ministério Público, enviando os autos ao juiz competente. O Juiz, recebido os autos, os enviará ao Ministério Público para apresentar denúncia. Da denúncia até a sentença o autor do ilícito será interrogado, ouvirá às testemunhas de ambos os lados e será sentenciado para ser declarado culpado ou absorvido.

O inquérito policial é peça meramente inquisitória, ou seja, inexistente neste tipo de procedimento administrativo o contraditório, o direito de defesa por parte do acusado. Sendo assim, Como pode a polícia falar no interesse da sociedade quando é *munus* específico do Ministério Público representá-la e ver seu interesse? A polícia pode prevenir o ilícito penal e agir em nome do bem comum cumprindo com os preceitos estabelecidos no artigo 144 da Constituição Federal em seu parágrafo 4º, porém jamais poderá pronunciar-se como representante do povo.

1.2. FORMA PROCESSUAL VIGENTE E ATUAL SISTEMA DE REPRESSÃO AO CRIME.

O tipo de processo penal adotado pelo ordenamento pátrio é o Acusatório, onde se caracteriza por ser um sistema contraditório, público, imparcial, que assegura a ampla defesa e, desta forma, há a distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos.

Como argutamente observa Gianpaolo Poggio Smanio, em seu livro *Criminologia e Juizado Especial Criminal*: “esse modelo não padece das mesmas críticas

endereçadas aos Juizados de Instrução, no sentido de que o juiz, ao participar da colheita de provas preliminares, teria a sua parcialidade afetada. É que, no sistema acusatório, a fase investigatória fica a cargo da Polícia Civil, sob o controle externo do Ministério Público (CF, art. 129, VII; Lei Complementar nº 734/93, art. 103, XIII, “a” e “e”), a quem, ao final deverá propor a ação penal ou o pedir o arquivamento do caso. A autoridade Judiciária não atua como sujeito ativo da produção da prova, ficando a salvo de qualquer comprometimento psicológico prévio. O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput, I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e da motivação dos atos decisórios (art. 93, IX), da vedação de provas ilícitas (art. 5º, LIV) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII)” (SMANIO, Gianpaolo, 1997, p. 51 a 53).

A polícia, no atual sistema de repressão ao crime, divide-se em administrativa e judiciária. A polícia administrativa é para a garantia da ordem pública e impedir a prática de qualquer crime. Ela é chamada também de polícia preventiva. A polícia judiciária atua após a prática de um crime coligindo os elementos necessários para apurar o fato criminoso e seu autor, ela é chamada também polícia repressiva.

O art. 4º do Código de Processo Penal define a finalidade da polícia judiciária (Brasil, 1941, Decreto Lei 3689/1941) : “Será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Note-se que na realidade atual não existe a polícia judiciária porque ela se confunde com a administrativa, utilizando os mesmos locais, meios, métodos e autoridades.

1.3. PERSECUÇÃO PENAL FASE INVESTIGATÓRIA.

Cabe ao Estado assegurar a paz e a segurança social, protegendo a liberdade individual. O direito penal, por sua vez, define os fatos típicos penalmente, e deste direito objetivo advém o direito-dever subjetivo de punir por parte do ente estatal.

Segundo Jorge Alberto Romeiro, “é a esse direito concreto, atual, efetivo de punir, de que goza o Estado, e que nasce com a transgressão da lei penal, mirando tão-somente ao seu transgressor, que os grandes sabedores do direito denominam pretensão punitiva” (ROMEIRO, José Alberto, 1978, p. 36).

Destarte, a pretensão punitiva, pertence ao direito objetivo penal, nascendo com a prática do delito e conferindo ao Estado o direito de impor ao infrator a respectiva sanção.

Desobedecida a norma incriminadora, o Estado exerce o direito-dever de punir, passando a pretensão punitiva a ter no *jus puniendi* o seu elemento intersubjetivo.

No Estado Democrático de Direito, necessário é o devido processo legal para a imposição de pena, e, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, nos incisos do art. 5º, estabelece as devidas garantias e requisitos para o “*due process of law*”.

E é através da *persecução criminal*, conforme Waldemir do Oliveira Lins, “Que o Estado procura tornar efetivo o direito e punir, atividade esta jurisdicionalizada e processualizada, indo o Estado-administração pedir ao Estado-juiz a aplicação da norma incriminadora ao acusado”(LINS, Waldemir de Oliveira, 1972, p. 6).

Dá-se a chamada *persecutio criminis in judicio*, atividade exercida privativamente pelo Ministério Público em relação às infrações de ação penal pública.

Entretanto, para que haja instauração de ação penal e a consequente persecução criminal em juízo, é necessária a notícia sobre a ocorrência do fato infringente de norma penal ou contravencional, com os elementos mínimos comprobatórios do fato e de sua autoria.

A colheita destes elementos indispensáveis para a propositura da ação da ação penal, que podem variar de acordo com o tipo infringido e a complexidade da prática ilícita, é que se chama *investigação criminal*, que também integra a *persecução penal*, constituindo-se em sua fase preliminar.

O sistema processual pátrio é acusatório, mormente após a Constituição Federal de 1988, com a acusação, em regra a cargo do Ministério Público, prevalecendo o princípio do contraditório.

Entretanto, o processo é precedido pela fase de investigação, com caráter sigiloso, onde não prevalece o contraditório, possibilitando, assim, a elucidação do fato típico.

A investigação, portanto, não tem as formalidades processuais, podendo sim ter caráter de procedimento, no caso do inquérito policial ou outro procedimento investigatório previsto em lei. Ressalte-se que, para a propositura da ação penal, poderão até mesmo inexistir quaisquer atos procedimentais, bastando a notícia-crime ou a peça de informação, caso os elementos necessários já estejam presentes.

Inexiste, no Brasil, a nosso ver acertadamente, o chamado juizado de instrução, em que o juiz instrutor preside a investigação, com formação de culpa, à revelia da necessária imparcialidade que deve reger os atos judiciais.

Ao contrário, na fase inquisitiva preparatória, não pode haver ingerência judicial, a não ser em razão de medidas cautelares e controle de legalidade, sendo que o destinatário das investigações criminais, em caso de ação penal pública, conforme a norma constitucional insculpida no art. 129, I da Lei Maior, é sempre o Ministério Público.

Apesar da forma mais comum de investigação ser o inquérito policial, procedimento a cargo da polícia judiciária, esta não é exclusiva deste órgão, pois, no decorrer de nosso estudo, veremos que a polícia judiciária não é exclusiva na apuração de crimes.

CAPÍTULO II

2. O INQUÉRITO POLICIAL – UMA VISÃO CRÍTICA.

De acordo com o renomado autor Tourinho Filho, no Brasil,

Não temos a figura do juiz instrutor. A fase processual propriamente dita é precedida de uma fase preparatória, em que a autoridade policial procede a uma investigação não contraditória, colhendo, à maneira de um juiz instrutor, as primeiras informações a respeito do fato infringente da norma e da respectiva autoria. Com base nesta investigação preparatória, o acusado, seja o órgão do

Ministério Público, seja a vítima, instaura o processo por meio da denúncia ou queixa. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1987, p. 75).

Desta forma, tomando como fundamento às sábias palavras do renomado autor, quanto à inexistência do juizado de instrução e sim, de um procedimento preparatório e não contraditório para a apuração de infrações penais, “O Inquérito Policial”. Estudaremos tal procedimento remontando suas peculiaridades e analisando através de uma visão crítica para um claro entendimento quanto à sua natureza e função dentro do contexto processual penal.

2.1. NATUREZA E FUNÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL.

Constitui-se de um procedimento “sigiloso, escrito, inquisitorial, dispensável e discricionário” com o fim de apurar a existência da infração penal, buscando a autoria e a materialidade do crime e, logo após, destinado ao Ministério Público, titular privativo da ação penal pública, ou ao ofendido nos casos da ação penal privada (cf. art. 4º e 12º do CPP).

O inquérito é presidido pela autoridade policial, delegado de polícia judiciária autuação, portanto, diferente da atividade de polícia preventiva, condizente com a função primária da polícia militar, desta forma, o delegado de polícia enfeixa nas mãos todo o poder de direção do inquérito policial, inquirindo as testemunhas do fato e procurando esclarecer as circunstâncias em que estes fatos ocorreram. Portanto, percebe-se nitidamente que se trata de um procedimento administrativo com o escopo de apurar a prática de um fato, em tese, dito como infração penal. Neste procedimento não há que se falar ou aplicar o princípio do contraditório, pois o indiciado não está sendo acusado de nada, e, sim sendo objeto de investigação com todos os direitos previstos na Constituição.

Dispõe o art. 144, par. 1º. IV, e par. 4º, da Constituição Federal:

*Art. 144 [...] (omissis)
[...] § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:*

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

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Portanto, consoante à expressa previsão constitucional, a exclusividade para exercer a Polícia Judiciária é deferida somente à Polícia Federal.

Destarte, a Constituição Federal não dá às Polícias Civis dos Estados Membros a exclusividade de apuração das infrações e nem mesmo das atividades de polícia judiciária, pois o que faz é dizer que incumbe à Polícia Civil as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, mas sem o caráter de **privatividade**.

A Constituição quando desejou dar foro de privatividade a algum exercício de função, assim manifestou-se de forma expressa, como ao dizer que cabe que Ministério Público a promoção privativa da ação penal pública. (cf.art. 129, I da CF).

Entendemos que, mesmo em relação a Polícia Federal, o que é exclusivo é o exercício da polícia judiciária e não a apuração de crimes (art. 144, par. 1º, IV), já que a própria Constituição elenca exceções à regra geral, considerando ainda que as funções da Polícia Judiciária não se refletem necessariamente na apuração de crimes, cabendo também auxiliar a justiça criminal, fornecer informações necessárias à instrução e julgamento de processos, realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público e cumprir mandatos de prisão, na forma do art. 13 do CPP.

Conforme observa Hugo Nigro Mazzilli: “Se não se admitisse a possibilidade de apuração autônoma de crimes, por outros meios que não a Polícia Judiciária, haveria graves riscos de inviabilizar-se, em certos casos, a apuração administrativa de algumas infrações penais”(MAZZILLI, Hugo Nigro, 1991, p. 179).

Na Carta Magna, o artigo 129, I, VI, VIII e IX, através de uma interpretação sistemática, viabiliza a investigação pelo Ministério Público, o art. 58, parágrafo 3º da CF, trata do inquérito Procedido pela Comissão Parlamentar de Inquérito, e os artigos 71 e 74, parágrafo 2º da CF, estabelecem a investigação pelo Tribunal de Contas.

Por outro lado, leis ordinárias especiais, recepcionadas pela nova ordem constitucional, admitem inquéritos conduzidos por outros órgãos que não a polícia judiciária, ou os substituem por elementos outros, a saber: na Lei de Falência (inquérito judicial), Lei de Imprensa exige somente cópia do escrito ou notificação da emissora, Lei nº 4.898 (basta a representação, crimes contra a saúde pública (inquérito por autoridade administrativa alfandegárias) e no caso de detecção de práticas de crimes em sindicância administrativa, cujas cópias deverão ser enviadas ao Ministério Público, para a formação de *opinio delicti*, existindo ainda o inquérito civil, presidido pelo *parquet*, que, pode ainda em seu bojo apurar crimes contra o ambiente).

Assim, continua em vigor, plenamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o parágrafo único do art. 4º do CPP, que estabelece que:

“A competência (leia-se atribuição) definida neste artigo não excluirá a de autoridade administrativa a que por lei seja cometida à mesma função”.

2.2. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O INQUÉRITO POLICIAL.

A doutrina anterior debatia-se com a indagação sobre se o Ministério Público teria legitimidade e poderes para interferir nos atos investigatórios da Polícia Judiciária.

O Código de Processo Penal já lhe deferia poderes para requisitar diretamente a instauração de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), bem como a requisição de realização de diligências investigatórias, o que foi ratificado pela Lei Complementar de nº 40, que inclusive chegou a deferir ao *parquet* a excepcional presidência de inquéritos ou avocação (art. 7º, VIII, e 15, V).

Se é verdade que o Ministério Público é o representante de Estado-sociedade que deve zelar pelo ordenamento jurídico-constitucional que ele encarna no exercício da soberania, ela deve atuar protegendo o cidadão, que é célula vivente da sociedade, ou de acusá-lo quando a sociedade é ofendida pela ação indigna de seu membro, ação essa prejudicial à sociedade e que em nome dessa, reclama por justiça.

O Ministério Público representa o marco da legalidade entre o *jus persecutionis* do Estado-administração e o *jus puniendi* do Estado-juiz. O Ministério, Público como representante do Estado-sociedade, é o único agente político que possui a faculdade-

obrigação de ser o *dominus litis*, o iniciador da ação penal e deve exercer a ação penal desde o início do procedimento repressivo, isto é, desde o inquérito até a sentença transitada em julgado.

De acordo com Waldemir de Oliveira Lins, em artigo publicado anterior à nova Constituição: “Tais poderes são insuficientes, e na prática, o Ministério Público se encontra afastado da elaboração do inquérito policial com sensível prejuízo para a tutela penal” (LINS, Waldemir de Oliveira, 1972, p. 65).

Hélio Tornaghi, por sua vez, chegou a sustentar que a intervenção do *parquet* em fase de inquérito representava uma *capitis diminutis* para a polícia judiciária.

Frise-se que, até o advento a Lei Complementar 40/81, existia até a posição, também equivocada, de que o promotor que acompanhasse a produção de prova na polícia estaria impedido para a futura ação penal.

Entretanto, tais posições já eram refutadas pela maior parte da doutrina.

Frederico Marques já sustentava que,

“se é o Estado-administração que investiga e acusa, é irrelevante o órgão a que ele atribui uma ou outra função. No juízo ou no inquérito, quem está presente é este Estado-administração. Que importa, pois, que ele se faça representar, na fase investigatória, também pelo Ministério Público”. (MARQUES, José Frederico, 1960, p. 93).

Tourinho, por outro lado, afirmava que,

“*nada de extraordinário existe quando o órgão do Ministério Público acompanha o desenrolar das investigações policiais, porquanto é o Ministério Público o titular da ação penal pública, e ninguém melhor que ele para acompanhar aquelas diligências preliminares.*” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1987, p. 182).

Com efeito, já era, anteriormente à Constituição de 1988, legítima e necessária a atuação do Ministério Público em fase de inquérito, fiscalizando as diligências, orientando a Polícia Judiciária, completando-o com peças ou declarações colhidas em seu gabinete, uma vez que é *dominus litis* na ação penal pública e o fim do inquérito é justamente alicerçar a acusação, possibilitando ao *parquet* a propositura da ação penal.

O já citado Waldemir de Oliveira Lins sustentava que “*embora preservada a autonomia da Polícia Judiciária – que tem que agir com rapidez e mobilidade – o*

Ministério Público é que deverá supervisioná-la no que se refere à elaboração de inquéritos policiais”. (obra citada, p. 70).

A Constituição de 1988, apesar de não subordinar a polícia judiciária ao Ministério Público, deferiu à instituição uma extraordinária gama de poderes, com inegáveis reflexos sobre a atividade daquela.

Foi ratificado ao Ministério Público a promoção privativa da ação penal pública, sendo expurgado os chamados procedimentos de ofício , como também, o controle externo da atividade policial, previsto no art. 129, VII, da Carta Magna. No entanto, quanto ao Poder da investigação direta, ainda é objeto de discussão cujas minúcias veremos mais adiante em nosso estudo.

2.3. DEVOLUÇÃO PARA NOVAS DILIGÊNCIAS DO INQUÉRITO POLICIAL.

A polícia Judiciária tem prazo certo para concluir o inquérito, ou seja, não se tratando de procedimento especial, dez dias no caso de indiciado ou investigado preso, ou trinta dias em se tratando de investigação em liberdade . Ocorre que, na maior parte das vezes, mormente nos casos de investigação em liberdade, os inquéritos não são completados neste prazo e, mesmo a polícia entendendo ter sido encerrada a investigação, Ministério Público pode assim não entender.

Ora, sendo o Ministério Público o *dominus litis* , constituindo-se no órgão que irá formar a *opinio delicti* e deduzir a acusação em juízo, obviamente será o órgão que terá condições de apreciar a necessidade desta ou daquela diligência, formando opinião se o caso é de imediata deflagração da ação penal, arquivamento ou de novas diligência.

O Código de Processo Penal de 1941, art. 16, dispunha que:

“O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia”.

Assim, a *contrário sensu*, havendo necessidade realização de novas diligências, o *parquet* poderia requerer a devolução do inquérito.

Mesmo antes do advento da Constituição de 1988, entretanto, a doutrina já era majoritária no sentido de que, sendo o Ministério Público o *dominus litis*, o exame da imprescindibilidade das diligências caberia ao *parquet*, o que tornava inútil o previsto requerimento de devolução do inquérito ao juiz.

A jurisprudência também fazia coro à doutrina, sendo cediço que o juiz não poderia negar o requerimento de baixa do inquérito pelo Ministério Público quando este considerasse necessária a produção de novas diligências. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão publicado na RT 394/93, refletia as posições dominantes dos tribunais a respeito, *verbis*:

“Não é dado ao juiz julgar da necessidade ou não da volta dos autos à polícia para nova diligência considerada imprescindível pelo promotor para o oferecimento da denúncia”.

Segundo Mirabete, ao Ministério Público cabe: “a verificação da conveniência, necessidade e utilidade das diligências probatórias, uma vez que é o titular da ação penal e deve oferecer a denúncia... indeferido o pedido de diligência, pode o Ministério Público... interpor correção parcial”. (MIRABETE, Júlio Fabbrini, 2000)

Naturalmente que tal entendimento, dominante mesmo antes da nova Constituição, era o acertado, pois, ao contrário, dar-se-ia um contra-senso, já que o art. 47 do mesmo Código de Processo Penal prevê que o promotor pode requisitar diretamente diligências, demonstrando prevalecer o entendimento de que o juiz poderia indeferir o retorno dos autos a polícia, tal indeferimento seria inútil, pois as diligências poderiam ser realizadas de qualquer forma, nada podendo fazer o magistrado, não podendo, obviamente, denunciar, arquivar ou obrigar o promotor a ofertar a denúncia ou arquivar o inquérito.

No caso de diligências desnecessárias, na maior parte das vezes se trata da aferição errônea pelo promotor, sendo que seria preciso adentrar no íntimo do raciocínio do mesmo para a identificação de cada caso em concreto, sendo certo que, em algum caso, realmente, poderá se configurar desídia ou protelação. Uma diligência poderá ser imprescindível para alguns tipos de delito e desnecessárias a outros, a folha

penal ou de antecedentes criminais consideradas exemplo de diligência para início da ação penal, pode ser fundamental na caracterização do crime de quadrilha ou bando, ou demonstrar habitualidade nos casos em que a exigem, ou mesmo para evidenciar o processo conexo, o que poderá transmutar a atribuição.

Por outro lado, a aferição de eventual desídia deverá ser controlada pelo próprio Ministério público, com representação do interessado ao Procurador Geral de Justiça ou Corregedoria da Instituição, respondendo o promotor pela falta funcional, podendo o chefe do *parquet* designar outro promotor para oferecer a denúncia, a exemplo do que ocorre nos casos de arquivamento indevido.

Por fim, cabe salientar que a natureza da função do Ministério Público, no controle do inquérito policial, se demonstra dívida entre parte imparcial, uma vez que as investigações lhe servirão de embasamento à propositura da ação penal, e de *custos legis*, velando pelo correto agir da polícia judiciária e pela legalidade dos atos investigatórios.

2.4. INQUÉRITOS EXTRAPOLICIAIS.

O art. 4º parágrafo único, do Código de Processo Penal, deixa claro que o inquérito realizado pela Polícia Judiciária não é a única forma de investigação criminal. Há outras, como, por exemplo, o inquérito realizado pelas autoridades militares para a apuração de infrações de competência da Justiça Militar (IPM); o inquérito judicial, presidido pelo juiz de direito da vara em que tramita o processo de falência, visando a apuração de infrações falimentares; as investigações efetuadas pelas Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPI), a qual terão poderes de investigação próprio das autoridades judiciais além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, e serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de 1/3 dos seus membros, para a apuração de fato determinado, com duração limitada no tempo (CF art. 58, parágrafo 3º); o inquérito civil público, instaurado pelo Ministério Público para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III), e que, eventualmente poderá apurar a existência de crimes conexos ao objeto da

investigação; o inquérito em caso de infração penal cometida na sede ou dependência do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 43); o inquérito instaurado pela Câmara dos Deputados ou Senado Federal, em caso de crimes cometidos nas suas dependências, hipótese em que, de acordo com o que dispuser o respectivo regimento interno, caberá à Casa a prisão em flagrante e a realização de inquérito (Súmula 397 do STF); a lavratura de auto de prisão em flagrante presidida pela autoridade judiciária, quando o crime for praticado na sua presença ou contra ele (CPP, art. 307).

Quando surgirem indícios da prática de infração penal por parte de membro da magistratura ou do Ministério Público no curso das investigações, os autos do inquérito deverão ser remetidos, imediatamente, no primeiro caso, ao tribunal ou órgão especial competente para o julgamento e, no segundo, ao procurador-geral de justiça, a quem caberá dar prosseguimento ao feito.

2.5 FORMAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO ESTRANGEIRO.

A participação ativa e direta do Ministério Público na investigação criminal não é uma intenção nacional; ao contrário, tem raízes no direito estrangeiro.

Basicamente, a questão passa pelo relacionamento existente entre o Ministério Público e a polícia, *de lege ferenda*, a oportunidade e a legitimidade do Ministério Público em participar da investigação criminal, mesmo se considerada a realidade jurídica atual. Veja-se, a propósito, como funciona esse relacionamento em alguns países.

2.5.1 A investigação criminal presidida pelo próprio representante do Ministério Público no direito estrangeiro.

O Atual Código Penal Francês, em seu artigo 12, estabelece que “as polícia judiciária é encarregada de constatar as infrações penais, juntar as provas e buscar seus autores, e que caba ao Ministério público o cuidado de dirigir esta tarefa, devendo a polícia agir sob suas instruções”. Assim também na Itália (CPP, art. 327), Espanha (Lei Orgânica n. 2/86, art. 31.1), Portugal (Decreto-lei n. 35.042 e 39.351/53), Alemanha (CPP, art. 161) e México (CPP, art. 3º), apenas para citar alguns casos (cf. Ian Grosner, *Ministério Público e Investigação Criminal*, pesquisa de pós-graduação, Brasília , julho de 1999,p. 14-21). No Brasil, a Lei Orgânica Nacional da Magistratura, Lei Complementar n. 35/79,em seu art. 33, II e parágrafo, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, Lei 8625/93, em seu art. 41, II e parágrafo, e a Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar 75/93, em seu art. 17, II, d e f, e parágrafo, garantem às respectivas instituições a ao Poder Judiciário a presidência das investigações envolvendo os seus membros. Nas demais hipóteses, ou seja , nas infrações penais não cometidas por juizes e por promotores, a questão é polêmica. A Lei Federal 8625/93 (dos Ministérios Públicos estaduais), em seu art. 26, prevê a possibilidade de o *parquet* requisitar informações, exames periciais e documentos, promover inspeções e diligências investigatórias e notificar pessoas para prestar depoimentos, podendo determinar a sua condução coercitiva. A Lei Complementar Federal 75/93 (do MP da União), em seu art. 8º , assegura expressamente o poder de realizar diretamente diligências investigatórias. Na jurisprudência, porém, há divergência. Em julgamentos passados, a 2ª Turma do Supremo tribunal Federal posicionou-se pela impossibilidade de o Ministério Público investigar diretamente no âmbito criminal, devendo limitar-se a requisitar tais investigações à autoridade policial, de acordo com o que dispõe a Constituição Federal, em seu art. 144 , parágrafos 1º e 4º (cf. RE 205.473-9, rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 19 mar. 1999). Em sentido contrário, autorizando o Ministério Público o desempenho de atividades investigatórias na esfera penal: STF, 1ª T ., HC 75.769, DJU , 28 nov. 1997, p. 62220. Também autorizando essa interpretação, o plenário do STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.571/97, publicada no DJU, 25 de set. 1998 e no informativo do STF, n. 64, entendeu que ” ... pode o Ministério Público proceder às investigações penais cabíveis, requisitando informações e documentos para instruir

seus procedimentos administrativos preparatórios da ação penal (CF, art. 129, VI)...” . Ainda nesse sentido: STF ADIn 1517, Tribunal Pleno, j. 30/04/1997, informativo do STF, n. 69 (cf. Ian Grosner, Ministério Público, cit., p. 70-7).

Atualmente, “a matéria está sendo julgada em dois processos. Além do Habeas Corpus (HC 84548) impetrado em defesa do empresário Sérgio Gomes da Silva, o Sombra, acusado de ser o mandante do assassinato do ex-prefeito de Santo André (SP) Celso Daniel, ocorrido em janeiro de 2002, os ministros julgam um Recurso Extraordinário (RE 593727) que teve repercussão geral reconhecida. Ou seja, a decisão tomada nesse processo será replicada aos demais casos idênticos em todo o país.

Após o voto do ministro Luiz Fux, o julgamento do HC foi interrompido por um pedido de vista do ministro Ricardo Lewandowski. Ao todo, oito ministros já votaram nesse processo. Desses, somente o relator, ministro Marco Aurélio, se pronunciou contra o poder de investigação do MP. Os demais se pronunciaram pela possibilidade de atuação do MP em maior ou menor extensão, sendo que três deles – os ministros Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso e Ayres Britto – não integram mais a Corte. Também já se pronunciaram nesse processo os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

No caso do RE 593727, o julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do ministro Marco Aurélio. No recurso, o ex-prefeito de Ipanema (MG) Jairo de Souza Coelho afirma que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) recebeu denúncia contra ele subsidiada, unicamente, por procedimento administrativo investigatório realizado pelo MP, sem participação da polícia. O ex-prefeito responde por crime de responsabilidade, por suposto descumprimento de ordem judicial referente a pagamento de precatórios.

Nesse processo, também votaram oito ministros. Além do relator, ministro Cezar Peluso (aposentado), também se pronunciaram os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Luiz Fux.

O ministro Peluso, que admite a investigação do MP somente em casos excepcionais, votou em julho de 2012 para decretar a nulidade, desde o início, do processo-crime em curso contra o ex-prefeito no TJ-MG, proposto pelo Ministério

Público estadual. Ele foi acompanhado pelo ministro Lewandowski. Os demais ministros mantiveram o andamento do processo contra o ex-prefeito.”

Em relação a esses embates da jurisprudências, estudaremos mais minuciosamente a diante, no entanto, como exemplos de como se dá a investigação criminal no Direito Estrangeiro, citaremos alguns exemplos de bastante relevância para o estudo do tema.

2.5.2 Modelo Americano

“Juridicamente a polícia norte-americana independe do Ministério Público, como todos sabem, porém, na prática, os dois são altamente interdependentes”.

E importante esclarecer que os promotores de justiça possuem a disposição toda uma estrutura: serviço de secretaria, informatização etc.

2.5.3 O Modelo Italiano

Na França, “os oficiais e agentes da polícia judiciária, embora recebam as ordens administrativas e funcionais de seus superiores hierárquicos , exercem sua atribuição de polícia judiciária sob a dependência e direção do Ministério Público”.

Em toda sede judiciária o oficial mais graduado é o responsável, junto ao representante do Ministério Público, pelo trabalho de seus subordinados. Visando a impedir ingerência político-partidária, não pode ser transferido nem privado de suas funções de polícia judiciária sem a concordância do Procurador-Geral. “Até a movimentação em razão de promoções de polícia judiciária há mais de dois anos.”

Na Itália, como observa Cabral Neto, “não há duas carreiras separadas e distintas para o exercício orgânico das funções de Juiz e do Ministério Público. Elas estão estritamente ligadas nos mesmos pressupostos de capacidade e de seleção, apresentando-se como interpenetradas no suceder-se das transferências e promoções”. Apesar disso, apresentam situações definidas, adquiridas com estabilidade, e “[...] em qualquer momento da vida judiciária é possível distinguir entre

magistrado atualmente investido nas funções de juiz, e magistrado atualmente investido nas funções de Ministério público.”

2.5.4 O Modelo Alemão.

Trataremos por último do modelo alemão afirmando que, na Alemanha cumpre ao Ministério Público a direção e fiscalização da polícia judiciária. Conquanto os agentes de polícia sejam subordinados administrativamente ao Ministro do interior, nos termos do art. 161 do Código de Processo Penal Alemão, são eles subordinados às instruções e ordens do Ministério Público, quando agirem como polícia judiciária. Em casos de maior relevância, o Ministério Público não só orienta e fiscaliza, mas assume pessoalmente a condução das investigações. Tal é o poder de mando sobre o agente de polícia, que as ordens emanadas do Ministério Público se sobrepõem à de seus superiores hierárquicos.

CAPÍTULO III

3 O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL.

O inciso VII do artigo 129 da Constituição Federal, de início, despertou controvérsias sobre sua amplitude e aplicabilidade.

“Conforme dicionaristas, *controle*, do francês controle, é ato de vigilância e verificação administrativa, domínio, ato de fiscalização, inspeção, supervisão, exame minucioso exercido sobre a atividade da pessoa, órgão ou departamento, ou as do próprio corpo de funcionários encarregados de velar pela observância das leis e regulamentos...” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1988).

Destarte, o controle externo da atividade polícia insere-se neste contexto, e a instituição natural para a efetivação deste controle só poderia ser o Ministério Público,

que é fiscal das leis e *dominus litis*, no processo penal público, por destinação constitucional.

O próprio Ministério Público tem sobre si um sistema de controle externo exercido pelo Poder Legislativo (art. 52 e 128 e parágrafos da CF), sem contar o controle anômalo da obediência ao princípio da obrigatoriedade nos processos penais, exercidos pelo judiciário.

Assim vislumbra que o controle a ser exercido pelo Ministério Público seria em forma de vigilância, verificação e inspeção, examinando as atividades policiais, visando o seu bom andamento e observação do restrito cumprimento das leis, como verdadeiro *custos legis*. Portanto, cabe ao Ministério Público velar pela correta atuação da atividade da Polícia Judiciária, coibindo eventuais abusos de poder.

Podemos enfatizar que entre as formas do Ministério Público Fiscalizar a atuação da polícia nos limites da lei, coibindo irregularidades e faltas funcionais, temos a representação aos superiores hierárquicos ou órgãos correcionais, e, em casos extremos, o acionamento do Poder Judiciário, através das medidas judiciais cabíveis.

Importante é dizer que, o controle há de incidir, sobretudo, na correta colheita de elementos e investigação, controlando-se, por exemplo, as chamadas verificação de procedência de informação, que, versam sobre expedientes esdrúxulos e ilegal, que, no mais das vezes, resultam em “acautelamentos”, que correspondem a arquivamentos, em manobra ilegal para subtrair do promotor a *opinio delicti*.

Especial atenção deve ser dirigida para as apurações, através de inquéritos ou sindicâncias, que envolvam policiais, pois, evidentemente, poderão ocorrer motivos corporativistas a impedir a correta investigação.

Importante frisar que o controle exercido pelo Ministério Público não se trata de controle interno e sim externo, portanto inexistirá subordinação da Polícia Civil ou Militar ao *parquet*, conservando-se a hierarquia própria destas instituições.

Após a Constituição Federal de 1988, a **Lei Complementar nº 75, de 20/05/1993**, organizadora do Ministério Público da União, definiu formas de controle externo da atividade policial, aplicando-se estas normas, subsidiariamente, aos Ministérios Públicos Estaduais, por força do art. 80 da Lei nº 8.625, 12/02/1993.

De qualquer forma, como observa, com acuidade de sempre, Afrânio da Silva Jardim,

“Aos menos avisados poderia parecer tratar-se de uma norma cuja eficácia ficasse dependendo do legislador infraconstitucional. Entretanto, não é bem assim. Consoante magistério de José Afonso da Silva, todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica e imediatamente aplicáveis nos limites dessa eficácia. No dizer do mestre citado, mesmo as regras constitucionais , que devem ser regulamentadas pelo legislador ordinário, possuem eficácia ab-rogativa da legislação precedente com ela incompatível, criando situações de interesse simples e de interesse legítimo” (JARDIM, Afrânio Silva, 1992, p. 296).

Pós a Constituição, independentemente da legislação recebida pelo dispositivo e questão, conforme já salientamos acima, tanto a lei nº 8.625 como a Lei Complementar nº 75 estabelecem formas de controle externo da atividade policial.

Entretanto, a função constitucional deferida ao *parquet* de controle externo da atividade policial, tem ainda grande relevância, a nosso ver, em relação á matéria do inquérito policial, revogando, inclusive dispositivos da legislação processual penal.

O Juiz Nagib Slaib Filho, afirma que:

[...]também é norma de eficácia plena e imediata o disposto no inciso VIII, pois cabe ao Ministério Público requisitar as diligências investigatórias, o que revoga o dispositivo da lei processual penal que defere ao juiz o mesmo poder (art. 13, II) e revogando a expressão requerer do art. 16, pois não se pode requerer a si mesmo. Não terão, assim, os membros do Poder Judiciário competência para funcionar em inquéritos policiais, no sentido de impulsioná-los ou de permitir a persecução penal... A atividade jurisdicional só poderá ser feita nos inquéritos quando houver ameaça ou lesão a direito, nos estritos termos do inciso XXXV do art. 5º da CF, assegurador dos direitos e deveres individuais e coletivos, ou para examinar o pedidos de arquivamento das peças informativas, ou ainda, quando houver ingresso em juízo de pedido para a apreciação privativa de magistrado.(FILHO,Nagib Slaibi, 2005),

Segundo Walter Paulo Sabella, Membro do Ministério Público de São Paulo, a respeito do controle externo da atividade policial,

alguns se mostra temerosos com a assunção dessa tarefa pelo Ministério Público, argumentado com impossibilidade lógica e material

de executá-la a contento, o que geraria desgaste e desprestígio diante da opinião pública.

[...]Outros , acenados com risco de que o insucesso seria acompanhado das pechas atiradas contra a polícia. Diziam estes que, para a preservação do bom nome do Ministério Público, conveniente que não se imiscuísse com uma instituição tão desgastada como a polícia, contra quem são atirados desprestigosos adjetivos.

Conclui Sabella, após rápida crítica sobre o descrédito generalizado nas instituições: [...] sendo o Ministério Público uma instituição que se afirma inspiradas por idéias de defesa da sociedade e do regime democrático, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a quem se encarrega de zelar pela fiel observância da Constituição e das Leis, parece natural que fosse o destinatário do encargo de agir para que a sociedade fique menos à mercê da criminalidade e dos criminosos.”

3.1.CONCEITO DE CONTROLE EXTERNO

O controle externo deve ser conceituado como um conjunto de normas que disciplinam as relações entre o Ministério Público e a Polícia Civil, objetivando a efetiva participação do promotor de justiça na atividade de polícia judiciária e na apuração e infrações penais.

O controle externo da atividade policial tem a exata dimensão de atribuição de *dominus litis* . Daí poder-se afirmar que nem todas atividades desenvolvidas pela Polícia Civil estão abrangidas pelo controle, como as atividades meios, que devem ficar de fora, sob pena de se estar exercendo controle interno e, ademais, estar-se-ia afastando o Ministério público do seu próprio perfil, da destinação que a própria Constituição da República lhe impôs.

3.2. NATUREZA DO CONTROLE EXTERNO.

Naturalmente, ainda que não existisse o controle externo da atividade policial, já seria incompreensível o repúdio da polícia judiciária a qualquer interferência do promotor na investigação criminal, quando mais lógico seria acreditar que, por se tratarem, ambos, de instrumento de realização dos fins do Estado, deveriam agir em comunhão de desígnio.

Entende Hugo Mazzilli que o controle externo da atividade policial faz parte de todo um sistema de freios e contrapesos que o ordenamento instituiu. Em um elaborado e recíproco sistema de fiscalização para controle dos poderes entre si, antes da administração direta e indireta e os mais diversos órgão e instituições do Estado, seja financeiro, seja finalístico, não se justificaria, mesmo, que a um semelhante sistema de controle ficasse imune a importante atividade policial.

Em se tratando de controle externo, não se pode ser considerada a existência , dentro da Polícia Civil, de uma corregedoria, “ O controle externo é o que se realiza por órgão estranho à administração responsável pelo ato controlado” (MEIRELLES, Hely Lopes, 2001).

3.3. OBJETIVO DO CONTROLE EXTERNO.

Walter Paulo Sabella já disse, com muita propriedade, que a Polícia Civil é “um dos segmentos mais poderosos da Administração Pública, um organismo hipertrofiado, cuja absoluta independência na apuração de crime equivale à negação do princípio que o Ministério público é o dono da ação penal.”

De acordo com Hugo Nigro Mazzilli, na promoção da ação penal pública, o Ministério Público está exercendo uma parcela direta da própria soberania do Estado. Dentro dessa visão, “se a ação penal pública consiste no exercício numa parcela de soberania do Estado, destinada a responsabilização dos cidadãos que, de forma mais grave, violam a ordem jurídica imposta e garantida pelo Estado, já o inquérito policial é apenas uma peça administrativa e preparatória, destinada tão somente a fornecer elementos ao titular da pretensão punitiva estatal, para o ajuizamento ou não da ação penal pública, para a qual é o único legitimado.”

Desta forma, o controle externo deve ser entendido como um instrumento de realização do *Jus puniendi*. Não pretende adentrar na Teoria Geral do Processo, mas é preciso compreender a ação penal como uma ação simplesmente e, assim sendo vista, entender que o seu autor, como de resto todos os autores de ações , têm o ônus de provar o alegado. Isto significa que o controle externo da atividade policial é dar ao Ministério Público maior domínio sobre a prova produzida e que lhe servirá de respaldo para a ação penal pública (denúncia). É função da polícia judiciária, conforme acentua

Joaquim Cabral Neto, “*descobrir os autores, levantar contra eles as provas e , assim, dar ao Ministério Público os elementos indispensáveis para a propositura do processo*”.

Se toda prova colhida no inquérito se destinasse ao Ministério Público, haja vista que, este é quem detém a palavra final sobre a propositura da ação penal pública, seria fundamental, como também, acarretaria um maior comprometimento e proximidade do promotor de justiça com a investigação criminal.

CAPÍTULO IV

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A INVESTIGAÇÃO PRÓPRIA.

Qual é a estrutura do Ministério Público? Qual é seu lugar na organização material da justiça? Quais são os meios que ele possui para promover e exercer a ação penal? Qual sua autoridade como agente político? O Ministério Público é um elemento solitário e errante. A nossa legislação é falha e omite completamente o organograma do Ministério público no contexto constitucional e legal.

Se o Ministério Público é que promove a ação penal, deve ter uma estrutura organizada para coletar a prova, ônus este inerente ao cargo de promotor.

Há um princípio jurídico que afirma que o ônus da prova cabe a quem alega. Se o Ministério Público não tem poder de procurar a prova da acusação, como poderá denunciar o criminoso? Se ele não avaliar, passar, aduzir as provas coletando-as diretamente ou através de seus auxiliares que são a polícia judiciária, como pode com toda consciência e responsabilidade acusar um cidadão, sendo ele um membro da sociedade que o Ministério Público representa, que nunca viu ou ouviu, e provar em juízo a culpa do mesmo? Será que o Ministério Público é simples repetidor das acusações que um delegado de polícia achou por bem mandar datilografar? Será que é suficiente um simples inquérito, que é peça informativa, para tirar a liberdade de um cidadão ou acusa-lo através de uma denúncia? Não há uma falha entre o sistema penal vigente? Não há um *vacum* entre o delegado e o juiz?

A nosso ver , este *vacum* é o lugar apropriado do Ministério Público. Este órgão que, a figura do promotor de justiça, não deveria ter dependência polícia judiciária, para exercer com eficiência a ação penal.

4.1.O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONVICÇÃO QUANDO DA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL.

Para que o Ministério Público, através da figura do promotor, possa formar sua convicção íntima, diante de certos fatos, é preciso que viva estes fatos, que os conheça todo a fundo. E que os conheça não através de alguns papéis, mas através de uma investigação pessoal, na qual ele próprio tenha tido a iniciativa da direção e desenvolvimento.

Por muita precisão que se coloque na documentação da acareação ou no relato de uma testemunha, sempre será de uma eficácia muito maior presenciar a acareação ou escutar a declaração para perceber os mil matizes que, inteligentemente valorizados, possam ser devidos para o sentido do conhecimento.

Para que um promotor possa apresentar para um tribunal uma tese, pedindo uma condenação ou uma absolvição, é necessário que sua posição esteja apoiada por um perfeito conhecimento do caso incriminado, não tanto para desbaratar os argumentos contrários, se errados, como para construir os próprios com força moral suficiente. E dizemos isto porque cada vez que, exercendo nossa função, pedimos ao Tribunal uma condenação ou absolvição, sentimos o peso da grave responsabilidade moral que contraímos, e jamais pensamos que, correspondendo a função decisória àquela, esse terá em definitivo o responsável.

Por isso é preciso pôr em mãos do promotora direção efetiva da instrução inicial. Pôr às suas ordens a polícia judiciária para que atue sob sua direção e controle nas tarefas de investigação dos feitos que revistam, em princípio, o caráter de delito, dando-lhe faculdade, dentro, claro está, de uma regulamentação em consonância com os tempos em que vivemos para que possa ordenar detenções, exames , comparecimentos, embargos etc.

4.2. CRÍTICAS QUANTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO COLHER PROVAS EM DETERMINADOS CRIMES.

O poder dado ao Ministério Público de exercer o controle externo da atividade policial vem recebendo ferrenhas críticas em grande parte de parcela da própria polícia.

No entanto, as críticas até o momento apresentadas revestem-se de caráter corporativista, revelando-se de todo infundadas.

Nesse aspecto, José Alves Paulino, quando do estudo da matéria, solicitou às entidades da classe policial e superintendências regionais do Departamento de Polícia Federal, em todo o Brasil, suas opiniões a respeito do controle externo, tendo recebido inúmeros questionamentos e observações. Desta forma, pronunciou:

Percebe-se, no seu todo, a preocupação geral dos membros integrantes da carreira policial acerca de como funcionara este controle externo, e se o Ministério Público Federal terá ou não terá o poder de mando que os submete à sua submissão hierárquica. Um grande número sustenta a necessidade de um trabalho em perfeita sintonia, respeitando a autonomia e a independência de cada uma delas. Nesta parte, uma das instituições da categoria frisou que não cabe a nenhum membro de quaisquer delas, afora os casos permitidos em lei e no processo legal, impor a membro de uma outra a sujeição de qualquer ato, por inexistir hierarquização entre as mesmas. Cabe aqui destacar, acerca da possibilidade ou não da polícia judiciária se negar a dar cumprimento às manifestações do Ministério Público, matéria já apreciada pelo STJ, no RHC 1.695-MG, Rel. Min. José Dantas, in 17/08/1992, se bem que, antes do advento da LC 75/93, cuja ementa foi a seguinte: “ Penal Prevaricação. Denúncia. Alegação de falta de justa causa. Habeas Corpus. Ordem acertadamente denegada, na origem, em face da justa causa espelhada pela denúncia, consoante o dever policial de atendimento à intervenção do Ministério Público no curso do Inquérito policial.” (PAULINO, José Alves, 1991, p. 103 e SS).

A par das observações destacadas, as críticas têm gravitado, principalmente, em torno da questão de o Ministério Público estar autorizado, ou não, a colher provas em determinados crimes.

4.3. ARGUMENTOS DA CLASSE DOS POLICIAIS QUANTO AO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Grande parcela da classe policial demonstra seu inconformismo calcados em premissas equivocadas, como se verá a seguir.

As entidades classistas policiais utilizam argumentos trazidos por Luiz Alberto Machado, que, tanto em parecer elaborado a pedido da Associação Paranaense dos Delegados de Polícia, quanto em palestras proferidas aos delegados de polícia de todo o país, manifestou-se aduzindo, em resumo, que a Polícia Civil deteria o monopólio nas investigações na medida em que o art. 144, da Constituição Federal teria revogado o parágrafo único do art. 4º, do Código de Processo Penal Brasileiro; e em decorrência disso, o Ministério Público poderia produzir provas e que, se assim agir, tudo o que for por ele colhido não se prestará à instrução criminal, sendo eivado de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, nulidade.

Machado sustenta, assim, que a Polícia Civil deteria o monopólio constitucional da investigação e que, quando o Ministério Público procede a investigação, perde sua imparcialidade e impessoalidade, o que, no seu entender, feriria uma garantia individual dos cidadãos.

Traz, como corolário de seu entendimento, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar Recurso de *Habeas Corpus* entendeu que “*o magistrado e o membro do Ministério Público se houverem participado da investigação probatória não podem atuar no processo. Reclama-se isenção de ânimo de ambos. Restaram comprometidos (sentido Jurídico). Daí a possibilidade de arguição de impedimento e suspeição*”

Este entendimento, no entanto, com a devida vênia, não se coaduna com as interpretações doutrinária e jurisprudencial majoritária sobre o tema.

De fato, tal decisão trazida à baila por Luiz Alberto Machado é isolada em termos jurisprudenciais, e a questão que ele aborda, inclusive, já foi objeto até mesmo de súmula pelo STJ em sentido diametralmente oposto, editada em 13.12.1999 e publicada no Diário da Justiça da União do dia 07.02.2000, p. 185: “*Súmula 234 do STJ – A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia*”.

Já no que diz respeito à tese de que o art. 144, IV, e seu par. 4º, da Constituição Federal, teriam revogado o parágrafo único do art. 4º, do Código de Processo Penal Brasileiro, impossibilitando outras autoridades, que não a autoridade policial, de realizar investigações, são oportunas as seguintes considerações:

Preliminarmente deve-se fazer uma análise do inciso IV e do parágrafo 4º do art. 144, da CF, e deste texto observa-se que a segurança pública será exercida, dentre outras, pela Polícia Civil, e que a ela incumbe as funções de polícia judiciária e as apurações das infrações penais, exceto as militares. No entanto, deste texto não é possível concluir que nenhuma outra autoridade poderá desempenhar investigação criminal.

A tese de Luiz Alberto Machado não pode prosperar, na medida em que conflita com uma análise mais percuciente e sistemática, tanto da CF quanto de outras leis infraconstitucionais.

4.3.1. Da ilegalidade da investigação criminal exercida, exclusivamente, pelo Ministério Público no Brasil, defendida pelo Professor de Direito Penal e Processo Penal da PUC-RS Marcelo Caetano Peruchin.

A Carta Magna de 1988, ao dispor sobre o Ministério Público, em seu Título IV, Capítulo IV, Seção I (art. 127 a 130), mais especificamente no art. 129, VII, estabeleceu como uma de suas funções institucionais o controle externo da atividade policial, nos seguintes termos: *“exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”*. A mencionada lei complementar surgiu em 1993, qual seja a LC 75/93, a qual a seguir examinaremos.

Porém, cotejando-se o dispositivo constitucional citado com o artigo 144, parágrafo 1º, IV e parágrafo 4º da mesma Constituição, já é possível alcançar uma importante leitura da matéria em questão. No primeiro deles, ao regular a instituição da Polícia Federal, disciplina a Carta Maior: “A Polícia Federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e organizado em carreira, destina-se a: exercer, com exclusividade, as funções das polícias judiciárias da União”(artigo 144, parágrafo 1º, IV da CF). Logo adiante, no art. 144, parágrafo 4º da CF,

consta a seguinte previsão; “As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as Funções da Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Portanto, é de clareza insofismável que a Constituição Federal de 1988 previu a expressa exclusividade dos atos de investigação criminal à Polícia Judiciária, não tendo feito qualquer ressalva no tocante à previsão de tal atribuição a nenhum outro órgão, nem mesmo ao Ministério Público, a quem foi incumbida a promoção da ação penal pública (art. 129, I) , e o aludido controle externo da atividade policial (art. 129, VII), dentre outras funções.

Dito isto, impede demonstrar-se que o exercício do referido controle externo pelo *parquet* não se traduz- nem poderia ser constitucionalmente confundido- com substituição da autoridade policial na presidência do inquérito policial, atribuição exclusiva desta, repita-se. O que se quer sustentar é que o exercício do controle externo d atividade policial, pelo Ministério Público, não afasta, em absoluto, a exclusividade dada pela Carta Magna à Polícia Judiciária, para a realização da investigação criminal, no curso do procedimento inquisitorial denominado inquérito policial, dentro do qual os atos (administrativos) processuais são desenvolvidos.

Até mesmo pelo texto da Lei Complementar número 75/93 depreende-se que em nenhum momento está cogitada, sequer insinuada, a substituição da autoridade policial pelo órgão *parquet*, ou sequer a subordinação hierárquica daquele por esta (art. 9º da LC 75/93), onde está regulado o controle externo da atividade policial.

“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-fim policial;*
- III. representar a atividade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida , ou para prevenir ou corrigir a 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;*
- V. promover a ação penal por abuso de poder”.*

Em nenhum dos incisos do citado artigo 9º da Lei Complementar nº 75/93 consta qualquer autorização legal para que o Ministério Público, tomando conhecimento da prática de algum fato delituoso, promova – diretamente – a instauração de procedimento equivalente ao inquérito policial, e realize atos de investigação criminal.

De acordo com o renomado professor Marcelo Caetano Peruchin, isto é constitucionalmente vedado ao *parquet*, o qual, poderá, sim, requisitar à autoridade policial a instauração do inquérito policial, ou quiçá oferecer diretamente a denúncia com base nos elementos que lhe forem fornecidos, mas, jamais, instaurar um procedimento equivalente ao inquérito policial e investigar criminalmente, pois isso é atribuição exclusiva da Polícia Judiciária em nosso país.

Ademais , um outro importante argumento pode ser defendido para a salvaguarda da posição aqui defendida: inexistente previsão legal consagradora da legitimidade ativa do Ministério Público para a investigação direta de atos de investigação criminal, o que implicaria, caso isso fosse admissível, em um exercício absolutamente incontrolável, diante da falta de normatização. Cogita-se dessa hipótese que seria a mais flagrante lesão ao princípio da legalidade. O qual também tem relevância no processo penal. Aliás, o princípio do juiz natural, do qual são erigidos os critérios da competência jurisdicional, nada mais é do que um corolário do princípio da legalidade, sustentáculo nevrálgico da estrutura física do Estado de Direito.

O cidadão não só tem o direito de saber previamente qual o órgão do Estado irá julgá-lo, mas também lhe é dado o direito de saber por quem será investigado. O cidadão sabe que caso venha a cometer um ilícito penal não será investigado por detetives contratados pela vítima e seus familiares, nem pelo magistrado que irá julgá-lo. A legalidade está para garantir que o cidadão será investigado criminalmente pela polícia judiciária, a partir da regular instauração do inquérito policial (se este for o caso) , e esta convicção integra o patrimônio jurídico e constitui o conceito de segurança jurídica.

E atente-se que, desta forma, os fatos desenvolvidos pela Polícia Judiciária em sede de inquérito policial são regulados pela Lei processual penal, de modo que o exercício do *jus puniendi* - desde o início - , em um Estado Democrático de Direito, dá-se de modo regrado, limitado ou obstaculizado. Nesse diapasão, obrigatória a citação

do conceito de Estado de Direito, da lavra do doutrinador italiano Luigi FERRAGOLI: “Sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos em garantias aos direitos fundamentais”(in derecho y Razón: teoria del garantismo penal. Tradução de Perfecto André Ibanez, Afonso Ruiz Miguel , Ruan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rócio Cantanero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997, p. 857).

FERRAJOLI, aliás, em sua obra, leciona que o que diferencia o Estado de Direito do Estado Absoluto é justamente o fato de que aquele é limitado e condicionado pela lei (inclusive e principalmente a Constituição).

Assim a investigação criminal terá um prazo previamente estabelecido pela lei para ser finalizada, os atos praticados também serão regulados pela lei processual penal. Em fim, a tipicidade dos atos realizados em sede de uma investigação criminal só se perfaz diante da legalidade, sem a qual aquela simplesmente não se efetiva.

Ora, na visão do professor Marcelo Caetano, não há previsão legal no Brasil que autorize o Ministério Público exercer atos de investigação criminal, de maneira direta, substituindo a Polícia Judiciária, o qual recebeu a atribuição constitucional exclusiva para tanto. E, ao que parece, qualquer tentativa neste sentido deveria importar em alteração do texto constitucional.

Portanto, segundo a estrutura normativa constitucional processual penal, não há base legal que empreste ao Ministério Público a legitimidade ativa para atos de investigação criminal, o que leva à conclusão que se isso ocorrer, é possível a declaração de nulidade insanável de tais atos, por falta de legitimidade do *parquet* , medida que se mostra imprescindível para a garantia dos direitos fundamentais e das garantias individuais.

4.4. OUTRAS FORMAS DE INVESTIGAÇÃO ASSEGURADAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A Constituição Federal assegura, por exemplo, às autoridades parlamentares, a possibilidade de conduzirem investigações , inclusive de persecução criminal, através das chamadas Comissões Parlamentares de Inquérito, hoje amplamente utilizadas, tanto pela Câmara dos Deputados, quanto pelo Senado Federal

Ora, se a CF autoriza a investigação pelas casas do Congresso Nacional, como consequente encaminhamento do resultado para o Ministério Público, promova, se for o caso, a respectiva ação penal, é evidente que, quando tratou da possibilidade de a Polícia Civil investigar, no seu art. 144, essa mesma Constituição não o fez de forma a excluir a atribuição concorrente das demais autoridades. Ao menos é o que se infere de sua leitura sistemática. Alias, a respeito de interpretação sistemática, vale destacar o pensamento de Luiz Roberto Barroso:

Uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou estar em contradição com a outra.

[...]

o método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente.

[...]

A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta.

É justamente esta interpretação sistemática que deve ser aplicada no presente caso, onde as normas constitucionais não podem ser analisadas isoladamente, como se as demais fossem estranhas ao ordenamento jurídico.

4.5. ARTIGOS 129, I E VI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Temos, por sua vez, a análise que se possa fazer a respeito da possibilidade, garantida constitucionalmente, de o Ministério Público vir a investigar, conforme também se conclui a leitura do artigo 129, I e IV da Constituição Federal.

Art. 129. *São funções institucionais do Ministério Público:*

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

[...]

VI - *expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;*

Assim, o inc. I do art. Em questão, faz-se claro ao transferir ao Ministério Público o pleno e exclusivo exercício da ação penal pública. Neste aspecto, tal exercício somente se dá em amplitude se houver elementos suficientes para a propositura da ação penal respectiva, os quais podem se encontrar no inquérito policial ou em quaisquer outras peças informativas.

Sucedem que em não raras situações, os inquéritos policiais são precariamente instruídos, com deficientes colheitas de provas, o que fragiliza a função institucional do Ministério Público de promoção da ação penal pública.

Desta forma, é cristalina a possibilidade de instauração de procedimento administrativo investigatório pelo Ministério Público, principalmente em um crime imputado a agente ou autoridade policial, quando a instauração do referido procedimento colabora sobremaneira para o pleno exercício do controle externo da atividade policial.

O velho inquérito policial, manejado por uma Polícia Judiciária desestruturada e repleta de carências, não pode mais subsistir, muito menos se prestar como fonte e referência para que sobre ele seja erigida uma sentença condenatória.

Viabilizando esta providência, encontra-se o inc. VI, do art. 129 que, complementarmente ao inciso I, do mesmo artigo, refere-se à possibilidade de instauração de procedimento administrativo investigatório, remetendo à “lei complementar” respectiva a incumbência de definir sua forma.

Esta lei complementar referida pode ser, como primeira *ratio*, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93); num segundo momento, a Lei complementar do Ministério Público da União (Lei complementar 75/93) aplicada subsidiariamente aos Ministérios Públicos Estaduais, quando da omissão da Lei Orgânicas Estaduais de cada um dos Ministérios Públicos da Federação.

Assim, neste sentido, a Lei orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93) antecipando-se às demais Leis orgânicas, disciplinou a questão em seu art. 26, I, II e V:

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 notificação para colher depoimento ou esclarecimento e, caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução*

- coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas em lei;*
- b) requisitar informações, exames periciais e documentos de órgão e entidade da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*
 - c) promover inspeções e diligência investigatórias junto às autoridades, órgão e entidades a que se refere a alínea anterior;*
- II- requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processos em que officie:*
[...]
- V- praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatórios; [...]*

Este artigos e respectivos incisos vêm repetidos e detalhados na Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 8.625/93), em seu art. 7º e 8º, que se impõem também sejam transcritos aqui:

- Art. 7º.** *Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:*
- I. instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos:*
[...]
- art. 8º. Para o exercício de suas atribuições o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:*
- II. notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;*
 - III. requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;*
 - IV. requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;*
 - V. requisitar informações e documentos a entidades privadas;*
 - VI. realizar inspeções e diligências investigatórias;*
 - VII. ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à violabilidade de domicílio;*
 - VIII. expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;*
 - IX. ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativos a serviços de relevância pública;*
 - X. requisitar ao auxílio de força policial.*

Atento à questão e visando melhor discipliná-la, o Conselho Superior do Ministério Público Federal editou a Resolução 38, de 13.03.1998, publicada no Diário

da Justiça da União, de 19.03.1998. disciplinando, já no art. 1º, o que se entende como pleno exercício da ação penal pública:

Art. 1º. A titularidade plena no exercício da ação penal pública autoriza o membro do Ministério Público a realizar pessoalmente, ou em equipe, procedimento investigatório próprio, com inquirições pessoais de investigados e testemunhas, requisições de documentos e perícias; bem como acompanhar pessoalmente, ou em equipe, inquéritos e investigações preliminares instauradas no âmbito da Polícia Federal, nos termos da Resolução 32 deste Conselho Superior.

Portanto, como se vê claramente dos dispositivos legais destacados, a Constituição da República não revogou, sequer tacitamente o parágrafo Único do artigo 4º, do Código de Processo Penal Brasileiro, existindo previsão legal para a instauração, pelo Ministério Público, de “*procedimentos administrativos pertinentes ou correlatos*” ao inquérito civil, ou seja, de procedimento administrativo investigatórios, inclusive de natureza criminal. Assim, a atuação investigatória do Ministério Público está legalmente amparada.

4.6. PROVIDÊNCIAS TOMADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUANTO A FRAGILIDADE DA PEÇA INFORMATIVA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

Muitas das vezes, mesmo após a requisição de novas diligências para suprir falhas da investigação feita pela Polícia Judiciária, algumas ainda continuam persistindo. Desta forma, o Ministério Público deve adotar providência para que possa exercer suas funções constitucionais, suprimindo as omissões evidenciadas, pois a ele como parte autora da ação penal, incumbe provar o alegado em juízo. E se é o titular exclusivo da ação penal pública incondicionada e tem o ônus de provar, nada mais justo que também possa produzir a prova, mesmo que investigue concomitantemente com a polícia judiciária.

Essa possibilidade para requisição de diligências extras, vem assegurada também pela **Teoria dos Poderes Implícitos** forjada no julgamento do caso *MacColloch vs. Maryland*, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, segundo o qual, quando o constituinte concede a determinado órgão – no caso o Ministério Público – uma função de exercer privativamente a ação penal pública, implicitamente está lhe

concedendo os meios necessários para o cumprimento desta função, ou seja, a instauração de procedimento administrativo investigatório sob pena de frustrar-lhe o exercício da mesma.

CAPÍTULO V

5. DECISÕES RECENTES QUANTO AO PODER DE INVESTIGAR ILÍCITOS PENAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

A interposição de um incidente de suspeição apenas aos autos do processo-crime de número 02201572577, em face do promotor de justiça, Dr. José Olavo Bueno dos passos, na 1ª Vara Criminal de Pelotas, trouxe mais uma decisão jurisprudencial favorável ao Poder de investigar do Ministério Público, em se tratando de ilícitos penais. Em decisão prolatada pela M.M. Juíza de Direito Dr.^a Nilda Margarete Stanieski Pellizzer.

A decisão da Dr.^a Nilda Margarete Stanieski Pellizzer fundamenta-se com os seguintes argumentos: aduz o excipiente que o excepto instaurou procedimento investigatório nº 10/2003, determinando e realizando a oitiva de familiares da vítima e outras pessoas, oficiando ao 1º e 2º Centro de Registro de Veículos, ao IML, à ECOSUL, nomeou escrivã para o procedimento, procedeu a reconhecimento e acareação de pessoas, investigou ligações telefônicas, requisitou auto e necropsia ao IML, registros em Centros de Registros de Veículos, em posto de pedágio, juntou processos judiciais, auto de necropsia, informações bancárias. Após determinou a juntada de antecedentes judiciais e dados pessoais do excipiente e de M. Q. F., dos dados do Veículo Golf, placa IKE0678, de fotografias enviadas pela Promotoria de Campo Bom, e após, determinou a abertura do volume II de referido expediente investigatório autuando as cópias do inquérito policial, e no dia posterior, ofereceu a denúncia contra o excipiente e o co-réu “Milton”.

Alega o excipiente que o excepto realizou procedimento investigatório paralelo e independente ao procedimento policial praticando atos que ao teor do artigo 6º do Código de Processo Penal, são da competência da autoridade policial.

Afirma o excipiente que todo e qualquer ato praticado pelo excepto está inquinado de nulidade absoluta e , para tanto, juntou doutrina e jurisprudência amparando sua pretensão.

Requeru o sobrestamento do feito até decisão da exceção, oitiva do excepto, o reconhecimento do impedimento pelo excepto, a declaração e nulidade de todos os atos praticados pelo excepto, incluindo a denúncia e , após, o encaminhamento da exceção ao Tribunal de Justiça para julgamento.

Determinada a intimação do excepto para a resposta, nos termos do artigo 104 do Código de Processo penal, e o prosseguimento do feito entendendo que não há previsão legal de sobrestamento do feito.

O excepto intimado, ofertou manifestação na qual rechaça a pretensão do excipiente e afirma que este deseja na verdade é seu afastamento do pólo ativo do ação penal em questão. Afirma que não se enquadra em nenhuma das circunstâncias caracterizadoras da suspeição trazendo à colação a Lei Processual Penal, doutrina, Lei Orgânica Federal do Ministério Público e jurisprudência.

Ainda na manifestação ofertada, o excepto insurge-se contra o pleito de julgamento pelo 2º grau de jurisdição e defende a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para a investigação pré-judicial e propositura da ação penal. Ao final requer a continuação do feito, a improcedência da presente exceção, o julgamento da exceção neste juízo, o apensamento da aos autos do processo criminal principal, a oitiva de testemunhas que arrola, declarando-se não impedido para atuar no feito contra o excipiente.

5.1 DA DECISÃO PELA JUÍZA, DR.^a NILDA MARGARETE STANIESKI PELLIZZER, TITULAR DA 1ª VARA CRIMINAL DE PELOTAS, QUANTO AO INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO EM FACE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EFETUADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

A Dr.^a Nilda Margarete Stanieski Pellizzer, Juíza da 1^a Vara Criminal de Pelotas afirmou que entende inexistir razão para a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes. Isto porque, a questão posta em sede de julgamento é de natureza legal e independe de prova para ser julgada.

A Douta Juíza Não vislumbra qualquer nulidade no feito originário deste incidente. O Ministério Público é parte sendo o autor da ação penal. Não é possível pretender que como autor da ação penal tenha que ser imparcial, esta é adjetivação absoluta do Juiz. O excepto, Promotor de Justiça, agiu no feito como órgão do Ministério Público, assim, caso houvesse nulidade, esta seria nulidade relativa, sanável mediante a ratificação dos atos processuais, conforme preleciona o artigo 563 do Código de Processo Penal, sem prejuízo não se anula nenhum ato processual.

As funções do Ministério Público encontram-se elencadas na Constituição Federal, artigos 127 e 129, bem como pela Lei Complementar nº 75/93. A Lei Magna com a regulamentação da Lei Complementar atribuiu ao Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policial, a requisição de diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, instauração de inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos, sendo possível para tanto notificar testemunhas, requisitar a condução coercitiva das mesmas, por ausência injustificada; realizar inspeções e diligências investigatórias; expedir intimações e notificações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar. Não existe vedação legal para o Promotor de Justiça atuar no Inquérito policial e oferecer denúncia, matéria sumulada pelo STJ expressando: *“Súmula 234 – A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.* No mesmo sentido a jurisprudência Pátria: STF, RTJ 107/98; STJ RHC 681, 5^a Turma, RT 665/342; RT 707/376.

Melhor sorte não existe no pleito do excipiente no sentido de que o Juízo de 1º grau de jurisdição não poderá deliberar em exceção de impedimento de Promotor de Justiça.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 104 expressa taxativamente que *Se for arguida a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, decidirá, sem recurso, podendo antes admitir a produção de provas no prazo de três*

dias. A questão levantada na presente exceção , relativa a competência para o julgamento, de há muito foi dirimida e hoje a Jurisprudência encontra-se pacificada com o expressado do artigo 104 antes referido.(Damásio, E. de Jesus, 2002, p. 122).

Desta forma, a Douta Juíza da 1ª Vara Criminal de Pelotas , julgou improcedente a exceção de suspeição/ impedimento suscitada por W. T. em face de José Olavo Bueno dos Passos, Promotor de Justiça.

5.2 CASO MARCANTE QUE ENVOLVEU DOIS BANCOS BRASILEIROS: O BANCO MARKA E O BANCO FONTECINDAM, COM A INTERVENÇÃO POR PARTE DO ÓRGÃO MINISTERIAL.

Segundo os Procuradores da República no Rio de Janeiro, Aloísio Firmo Guimarães da Silva, Maria Emília Moraes de Araújo e Paulo Fernando Corrêa, ao últimos acontecimentos envolvendo os Bancos Marka e FonteCindam, prováveis beneficiários de informações privilegiadas a respeito da desvalorização do real implementada pelo Banco Central do Brasil - fato revelador da urgente necessidade de se criminalizar especificamente a figura do *“insider trading”* - , que culminaram com a expedição , pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, de mandados de busca e apreensão nas sedes daquelas instituições bancárias e nas residências dos Srs. Salvatore Cacciola e Francisco Lopes, reacenderam a discussão sobre poderes investigatório do Ministério Público em sede penal. Alardeou o Ministro da Justiça, nos meios de comunicação, que as medida executadas a requerimento do *parquet* federal eram inconstitucionais, porquanto já decidira a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público não pode efetuar investigação federal diretamente, por ser esta uma atribuição exclusiva da Polícia Judiciária, somente sendo lícito ao Órgão ministerial a condução de inquéritos civis.

5.2.1 Decisão do STF reconhecendo repercussão geral quanto à investigação direta procedida pelo Ministério Público.

Em decisão na data de 27 de agosto do ano de 2009 , foi reconhecida pelo Tribunal a repercussão geral quanto à viabilidade de investigar do Ministério Público, conforme jurisprudência a baixo transcrita:

**“RE 593727 RG / MG - MINAS GERAIS
REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CEZAR PELUSO
Julgamento: 27/08/2009**

Publicação

DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009
EMENT VOL-02375-07 PP-01929

Parte(s)

ADV. (A/S) : JONAS KESLLEY GONÇALVES UMBELINO
E OUTRO (A/S)
INTDO. (A/S) : FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DO
SINDICATO DETRABALHADORES DAS POLÍCIAS CIVIS - FEIPOL
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE MINASGERAIS
RECDO. (A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE
MINAS GERAIS
ADV. (A/S) : MAURO JORGE DE PAULA BOMFIM
RECTE. (S) : JAIR DE SOUZA COELHO

Ementa

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Ministério Público. Poderes de investigação. Questão da ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, 129 e 144, da Constituição Federal. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público.

Decisão

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Ministro CEZAR PELUSO Relator”.(portal STF, acesso em 13/03/2013).

5.2.2 Críticas à tese consagrada no Recurso Especial bastante polêmico contrário ao Poder de Investigar do Ministério Público e seus argumentos.

A tese explicitada no RE nº 205473-9 - AL vai de encontro a dispositivos constitucionais expressos (art. 129, I, VI e VIII) bem como ao texto da Lei Complementar nº 75/93 (art.8º, V e VII) – que disciplina especificamente os poderes e

prerrogativas institucionais conferidos ao Ministério Público da União - , de aplicação supletiva aos Ministérios Públicos Estaduais (art. 80 da Lei 8.625/93), eis que tanto a “*Lex Mater*” como a Lei Complementar 75/93 são de uma clareza solar em caracterizar a legalidade da atuação do Ministério Público, em se tratando de condução da investigação criminal no bojo de procedimentos administrativos instaurados em seu âmbito interno.

Decorre, via de consequência, que é incorreto afirmar que ao Ministério Público somente é dado conduzir investigações que se refiram a inquéritos civis. Tal ressalva, que em momento algum é feita pelos aludidos dispositivos, só pode ter como objetivo obstaculizar a atuação do órgão ministerial, manietando a Instituição que tem, por destinação constitucional, o poder-dever de zelar pela correta e fiel aplicação das leis em geral. Destarte, incide , à espécie, o vetusto princípio de hermenêutica jurídica , consistente na vedação de o interprete fazer distinção onde o texto legal não o fez, e nem foi sua intenção fazê-lo.

Dentro dessa linha de pensamento, com inteira razão Hugo Nigro Mazzilli , ao pacificar que “no inciso VI do art. 129, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a *opinio delicti*: se os procedimentos administrativos de que cuida esse inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado apenas o inquérito civil de que cuida inciso III... Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível, atingindo também a área destinada a investigações criminais”(POLASTRI, Marcelo Lima, 1997, p, 89).

Outro argumento que vem corroborar o equivoco interpretativo levado a efeito no RE 205473-9-AL, exsurge da análise da dicção constitucional constante do inciso VIII do artigo 129: quisesse o legislador constituinte limitar a atuação ministerial, no campo investigatório tão somente às intervenções em sede de inquérito policial, não teria, sem dispositivo, em pregado a conjunção aditiva “e”, e sim formulado expressão que condicionasse a requisição de diligência no momento da instauração ou no curso do inquérito, motivos porque podemos obtemperar, com o beneplácito do Tribunal de Alçadas Criminal do Rio Grande do Sul que “ a Constituição Federal ao conferir ao

Ministério Público a faculdade de requisitar e de notificar , defere-lhe o poder de investigar, no qual aquelas funções se subsumem”.

Resulta evidente , portanto que se é facultado ao Ministério Público prescindido do inquérito policial, lastreado em peças de informação contendo provas coletadas diretamente pela pessoa (física ou jurídica) representante , nada mais natural que lhe conceda, igualmente, a oportunidade de investigar , em procedimento interno, a suficiência daquele acervo informativo para subsidiar, eventualmente, uma acusação penal, assegurando, a um só tempo , o não oferecimento de peça acusatória açodada e temerária, assim como a inocorrência de provável “eternização” da apuração dos fatos pela Polícia judiciária.

Cabe refutar , ainda o frágil fundamento de que a condução da investigação policial seria monopólio das Policias Civis, Estaduais e Federal, visto que a Constituição ,em seu art. 144, na única alusão que faz ao termo “exclusividade” (inciso IV do Parágrafo 1º) visa afastar a superposição de atribuições entre Policia Federal e as Policias Rodoviárias e Ferroviárias - também vinculadas a união, mas que têm funções de simples patrulhamento ostensivo das rodovias e ferrovias federais, respectivamente – bem como entre a Polícia Federal , propriamente dita, e as Polícias Civis dos Estados, impedindo que haja invasão das seguintes esferas de atuação.

Essa distinção foi feita pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao denegar liminar requerida pela ADEPOL (Associação Nacional dos Delegados de Polícia) na ADIn nº 1517-UF - era questionada a constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.034/95 (Lei de Combate ao Crime Organizado), conferidor de poderes instrutórios ao Juiz na fase investigatória - , tendo prevalecido o entendimento naquela oportunidade, vencido o Min. Sepúlveda Pertence , **de que a investigação não é monopólio da Polícia Judiciária, pois, como ressaltado pelo relator, “ a Constituição não veda o deferimento por lei de funções de investigações criminais a outros entes do Poder Público, sejam agentes administrativos ou Magistrados”, o que, aliás , vem confirmar a indiscutível recepção da concepção contida no parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal.**

Como entendimento inafastável que deflui da análise dessa decisão do Pretório Excelso é a de que, restando legitimada a atuação do juiz em sede investigatória de

coleta de provas - a qual poder-se-ia objetar que comprometeria sua imparcialidade no ato de julgar (fundamento do voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertence) – com muito mais razão dever-se-á admitir a atuação de Ministério Público, órgão detentor da titularidade privativa do exercício da ação penal pública e, portanto, destinatário imediato de qualquer investigação criminal, cuja intervenção pré-processual autônoma terá por objetivo garantir a apuração, isenta e rigorosa de quaisquer violações às leis penais, evitando-se a ocorrência de um prejuízo potencial ao interesse público.

Importa consignar , outrossim, que esse melhor resultado se chegaria, ainda que não se considerasse explícita a autorização constitucional para a condução de investigações criminais diretamente pelo órgão do Ministério Público, invocando-se a **Teoria dos Poderes Implícitos**, cunhada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *MacCulloch vs. Maryland*, de aplicação corrente no direito constitucional pátrio (FERREIRA, Pinto, 1989, p. 132). Segundo Pinto Ferreira, quando o constituinte concede a determinado órgão ou constituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu objetivo, sob pena de ser frustrado o exercício do munus constitucional que lhe foi cometido.

Por conseguinte, se incumbe ao Ministério Público, privativamente, o exercício da ação penal de iniciativa pública, é forçoso concluir que estarão compreendidos entre seus poderes e prerrogativas institucionais o de produzir provas e investigar a ocorrência de indícios que justifiquem sua atuação na persecução penal preliminar, instaurando o procedimento administrativo pertinente (art. 129, VI, da Carta Política), devendo assim proceder sempre que a atuação da Polícia Judiciária possa revelar-se insuficiente à satisfação do interesse público consubstanciado na apuração da verdade real (por ex. quando ocorre falta de isenção para apurar determinada infração penal, haja vista o envolvimento de outros policiais), ou, como assevera Hugo Nigro Mazzilli , a “iniciativa investigatória do Ministério Público é de todo necessária, sobretudo nas hipóteses que a polícia tenha dificuldades ou desinteresse em conduzir as investigações”.

Falta rechaçar , por fim , a metajurídica alegação de que as investigações do Ministério Público poderiam violar direitos individuais ante a suposta ausência de

controle sobre os indigitados atos ilegais perpetrados por seus membros, Essa assertiva improcede em sua inteireza, na medida em que, caso alguém venha a sofrer alguma espécie de constrangimento advindo de uma investigação criminal realizada pelo Ministério Público, poderá, evidentemente, manejar os diversos remédios jurídicos postos à sua disposição pela legislação processual, como faria normalmente com um ato ilegal atribuído ao agente da Polícia Judiciária, de sorte que não há falar em ausência de controle judicial sobre a investigação conduzida pelo Ministério Público. Além disso, qualquer procedimento investigatório porventura instaurado pelo órgão ministerial será, necessariamente, submetido ao crivo judicial, especialmente nos casos de arquivamento, que efetuará o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal, consoante já previsto, desde 1941, no art. 28 do Código de Processo Penal.

5.3 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37–A DE 2011 QUE ACRESCENTA O § 10 AO ARTIGO 144 DA CARTA MAGNA TRATANDO DA PRIVATIVIDADE DA INVESTIGAÇÃO PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA.

Inicialmente cabe trazer a baila o texto literal da PEC 37-A de 2011:

O Congresso Nacional decreta:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º, do art. 60, da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 144 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 10:

“Art. 144

§ 10. 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, respectivamente.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação.

Em tese, a ideia da PEC é atribuir privatividade à Polícia Judiciária ao conduzir a investigação, afastando com previsão constitucional o Ministério Público, mitigando seu poder sob a assertiva de uma suposta falta de habilidade dos membros do Ministério público e inobservância de prazos para o desfecho do procedimento, que segundo o relator é fator importante para a segurança das relações jurídicas.

Segundo ainda o Relator , “a falta de regras claras definindo a atuação dos órgãos de segurança pública neste processo tem causado grandes problemas ao processo jurídico no Brasil. Nessa linha, temos observado procedimentos informais de investigação conduzidos em instrumentos, sem forma, sem controle e sem prazo, condições absolutamente contrárias ao estado de direito vigente”.

No mesmo sentido , é digno de enaltecer o voto em separado do Eminentíssimo Deputado Eliseu Padilha ,que em apertada síntese, afirma que o Ministério Público fere o devido processo legal , apontou que os Representantes do Ministério Público estão desvirtuando a polícia repressiva (polícia militar) utilizando a mesma em investigações arbitrárias e tomadas pela ilegalidade por ferir o que dispõe o artigo 144 § 4º da Carta Magna, se justificando da seguinte forma: *“Como pode o Ministério público efetuar a investigação e ao mesmo tempo acusar?”*

Noutro pórtico temos ainda o voto em separado do Eminentíssimo Deputado Vieira Cunha, que aponta a inadmissibilidade da PEC 37-A de 2011, e faz uma acalorada defesa pública à investigação procedida pelo Ministério, apontando os diversos julgados tais como o (HC 97969/RS), HC 93.930-RJ, HC 91.661-PE, HC 89.837-DF, RE 535.478-SC, HC 535.478-SC, HC 85.419-RJ , HC 87.610-SC, entre outros.

CAPÍTULO VI

6 CONCLUSÃO

Quanto ao que foi estudado sobre a investigação procedida diretamente pelo órgão ministerial na esfera penal temos como posicionamento a esperança de o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, e o Congresso Nacional, através dos deputados e senadores, não virem a calar o Ministério Público negando-lhe necessários e indispensáveis poderes de investigação dos ilícitos penais, sob pena dos seus integrantes, agentes políticos, transformarem-se em meros espectadores da atuação, nem sempre eficiente e isenta, dos órgãos policiais, permitindo-se, dessa forma, que a prática de atos lesivos ao interesse público possam ser obstaculizados por interesses subalternos. O reconhecimento da legitimidade de o Ministério Público instaurar procedimentos criminais próprios não representará a

criação de “Polícia Judiciária paralela”, nem também a usurpação das atribuições constitucionais da Polícia, dado que a investigação ministerial possuirá a nota da excepcionalidade, continuando o organismo policial com a função precípua de investigar fatos delituosos, conquanto não a tenha em caráter exclusivo. Em especial, comentando simploriamente a PEC 37-A de 2011, temos a convicção que o direito penal brasileiro sempre atingiu fortemente as classes menos favorecidas, porém, após a Carta Magna de 1988 o Ministério Público passou a ter uma atividade mais atuante diante da sua competência ampliada, de forma que, os grandes poderes econômicos de nosso país e as “quadrilhas de colarinho branco” passaram a responder criminalmente por ilícitos penais praticados, desta forma, observamos a PEC 37-A como uma saída abrupta para calar o Ministério Público mitigando sua competência e por consequência enlanguescendo a impunidade, em especial, da própria classe política brasileira.

Aqueles que se opõem às investigações procedidas pelo Ministério Público, referem-se à quebra do pacto democrático se o Ministério Público continuar investigando crimes. O que não se diz é que em quase todo o mundo civilizado o Ministério Público comanda diretamente a investigação, dirigindo funcionalmente a polícia criminal. Há casos em que a polícia criminal está, inclusive, inserida na estrutura do Ministério Público, noutros está vinculada ao Ministério da Justiça, mas subordinada funcionalmente ao Ministério Público.

Hoje, existem casos em que o próprio cidadão que teve seus direitos constitucionais violados por ter sido vítima de algum crime proceder à investigação em busca de uma solução, que muitas das vezes não encontra no Estado em função das estruturas precárias da polícia judiciária, e, a bem da verdade, não está proibido. Qualquer pessoa pode fazer uma investigação particular e levá-la ao Ministério Público, e este poderá até iniciar ação penal com base nesta investigação.

No entanto, como posição sólida, entendemos que o Ministério público, como órgão que busca a defesa dos direitos coletivos, deveria atuar conjuntamente com a “Polícia Judiciária” na busca pela elucidação dos ilícitos, trabalhando e remontando uma estrutura única, embora que em órgãos distintos, de forma que, o cidadão não padeça com a insegurança pública vivenciada nos dias atuais, pensando e lutando pela

coletividade e visando efetivamente uma investigação com perfeição, dentro dos moldes do Estado Democrático de Direito evitando assim, o cometimento de injustiças por parte do Órgão Ministerial quando da propositura da ação penal, pois precisamos de um poder judiciário que atribua àquele que delinuiu o peso forte do “*Braço do Estado*”.

Parte considerável da doutrina do direito defende a possibilidade de o Órgão Ministerial investigar delitos como também esta e a posição cuja qual nos filiamos e, repise-se que acrescentamos ainda que o Ministério Público deve atuar conjuntamente com as polícias na elucidação dos delitos corroborando não só com a aplicação da lei, mas também, com uma sociedade justa e digna aos seres humanos.

REFERÊNCIAS

- 1) CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum**. 13. ed. atual. e amp. São Paulo, SP: Saraiva, 2012..
- 2) DAMÁSIO, E. de Jesus. Código de Processo Penal Anotado, 19. Ed. 2002, p. 122.
- 3) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário de Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 2ª ed. 1986.
- 4) FILHO, Nagib Slaibi. Reforma da justiça. 1ª ed. São Paulo: Editora Impetus, 2005.
- 5) JARDIM, Afrânio Silva. O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial. In: _____. **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro, n. 5, 1992.
- 6) LINS, Waldemir de Oliveira. Da Função do Ministério Público na repressão ao Crime. **Revista de Direito**. Rio de Janeiro, n. 6, 1972.
- 7) MARQUES, José Frederico. **Promotores no inquérito policial**. in estudo de Direito Processual Penal, 1960.
- 8) MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

- 9) MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- 10) MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- 11) PAULINO, José Alves. O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial, **Revista da Procuradoria Geral da República**, n. 06, Seção Especial, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- 12) ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da Ação Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- 13) SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal**. São Paulo: Atlas, 1997.
- 14) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1987. v.1.
- 15) O PORTAL brasileiro da informação científica. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 13 março. 2013.
- 16) O PORTAL brasileiro da informação científica. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br>>. Acesso em: 13 março. 2013.
- 17) O PORTAL brasileiro da informação científica. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=593727&classe=RE>>. Acesso em: 13 março. 2013.
- 18) O PORTAL brasileiro da informação científica. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=227089>>. Acesso em: 13 março. 2013.
- 19) O PORTAL brasileiro da informação científica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 13 março. 2013.