

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL IV

FERNANDA MARIA CALDAS XAVIER

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROPOSTA DE
EMENDA À CONSTITUIÇÃO 37/2011 SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

UNI-RN
R: 31948
Cód: HP00091
Data: 28, 02, 14

MP
343.L
X3i
2013

FERNANDA MARIA CALDAS XAVIER

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROPOSTA DE
EMENDA À CONSTITUIÇÃO 37/2011 SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Programa de pós-graduação *lato sensu* em
Direito Penal e Processual Penal IV como
requisito parcial para obtenção do título de
especialista nesta área.

Professor Sandresson de Menezes Lopes

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

Xavier, Fernanda Maria Caldas Xavier.

Investigação criminal pelo ministério público e a proposta de emenda a constituição 37/2011 sob a perspectiva dos direitos fundamentais. / Fernanda Maria Caldas Xavier. – Natal, 2013.
89f.

Orientador: Sandresson de Menezes Lopes.

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

1. Ministério Público – Monografia. 2. Polícia – Monografia. 3. Investigação Criminal – Monografia. 4. PEC 37 – Monografia. 5. Direitos Fundamentais – Monografia. I. Lopes, Sandresson de Menezes Lopes. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 343.976

FERNANDA MARIA CALDAS XAVIER

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROPOSTA DE
EMENDA À CONSTITUIÇÃO 37/2011 SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Programa de pós-graduação *lato sensu* em
Direito Penal e Processual Penal IV como
requisito parcial para obtenção do título de
especialista nesta área.

Aprovado em _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Sandresson de Menezes Lopes
Orientador

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 concedeu ao Ministério Público a condição de titular exclusivo da ação penal pública, prerrogativa que passou a amparar a sua atuação inclusive no âmbito pré-processual, durante a investigação de infrações penais. Este poder investigatório começou a ser questionado, todavia, quando o *Parquet* passou a utilizá-lo para apurar crimes praticados por grupos sociais que tradicionalmente não eram alvo do sistema penal, como os detentores de poder político e econômico. No momento em que o Supremo Tribunal Federal está prestes a consagrar o referido poder em julgamento com repercussão geral, aqueles grupos iniciam nova ofensiva, agora no plano legislativo. Trata-se da PEC 37/2011, que elimina totalmente o poder de investigação criminal do Ministério Público. O presente trabalho aborda a controvérsia acerca do poder de investigação ministerial de forma sistematizada, mencionando os argumentos favoráveis e contrários, bem como a posição da jurisprudência. Em seguida, a PEC 37/2011 é apresentada com todos os seus inconvenientes. Por fim, demonstra-se que a referida proposta de Emenda à Constituição é incompatível com a Constituição e os direitos fundamentais, caso aprovada com o seu teor atual.

Palavras-chave: Ministério Público. Polícia. Constituição. Atribuição. Investigação criminal. PEC 37. Inconstitucionalidade. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The 1998 Federal Constitution granted the Public Prosecutor's Office exclusivity in promoting the public penal action, a prerogative that supports its work before the start of the penal process, during the investigation of penal infractions. This investigative power started to be questioned, however, when the *Parquet* began to use it to investigate crimes committed by social groups that traditionally were not the target of the penal system, such as the people who hold political and economical power. Right when the Supremo Tribunal Federal is about to establish the aforementioned power in a trial with general repercussion, those groups started a new offensive, now on the legislative field. It is the PEC 37/2011, that completely eliminates the Public Prosecutor's Office power to investigate crimes. This work addresses the controversy about the ministerial investigative power in a systematized manner, mentioning the favorable and the contrary arguments, as well as the jurisprudence about the subject. After that, the PEC 37/2011 is presented with all its drawbacks. Last, it is demonstrated that the mentioned proposal of constitutional amendment is not compatible with the Constitution and the fundamental rights, in case it is approved with its current content.

Keywords: Public Prosecutor's Office. Police. Constitution. Attribution. Criminal investigation. PEC 37. Unconstitutionality. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ANÁLISE CRÍTICA DA CONTROVÉRSIA	10
2.1 Os argumentos favoráveis ao poder de investigação criminal do Ministério Público 10	
2.1.1 A cláusula geral do caput do artigo 127 da Constituição Federal	10
2.1.2 A cláusula geral do inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal	11
2.1.3 A amplitude da prerrogativa de dominus litis, os poderes implícitos e o argumento do “quem pode o mais pode o menos”	12
2.2 Os argumentos contrários ao poder de investigação criminal pelo Ministério Público	16
2.2.1 Ausência de previsão normativa concedendo o poder de investigação	16
2.2.2 A interpretação histórica	16
2.2.3 A investigação preliminar é atribuição exclusiva das Polícias Judiciárias	21
2.2.4 Violação do princípio acusatório	25
2.2.5 Desequilíbrio entre a acusação e defesa	30
2.2.6 Ausência de controles no procedimento de investigação realizado pelo Ministério Público	31
2.3 O posicionamento dos tribunais brasileiros	35
2.3.1 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	35
2.3.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	39
3 A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 37/2011	51
3.1 O conteúdo da proposta	51
3.2 A tramitação da proposta	53
3.3 Inconvenientes da proposta	56
3.3.1 Ausência de garantias das polícias	56
3.3.2 Caso real de ingerência do Chefe do Poder Executivo sobre a polícia	58
3.3.3 Investigações envolvendo policiais	60

4 A PEC 37/2011 SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	65
4.1 A persecução penal na perspectiva dos direitos fundamentais	65
4.2 Direito fundamental à persecução penal	68
4.2.1 Distinção entre direitos fundamentais e garantias fundamentais	68
4.2.2 Persecução penal como direito fundamental	68
4.2.3 O núcleo essencial do direito fundamental à persecução penal	69
4.3 A inconstitucionalidade da PEC 37/2011	70
4.3.1 Violação de cláusula pétrea e do núcleo essencial do direito fundamental	70
4.3.2 Violação da proibição da proteção insuficiente (<i>untermassverbot</i>)	74
5 CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

1 INTRODUÇÃO

A persecução penal está compreendida em dois grandes momentos. A fase pré-processual é o primeiro deles, na qual é realizada a investigação do crime, juntamente com a colheita de elementos probatórios que fundamentarão o posterior exercício da ação penal. A partir daí, dar-se-á início à segunda fase, na qual é desenvolvido o processo penal perante o juízo, o que conduzirá à condenação ou absolvição do acusado.

É indubitável que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 concedeu ao Ministério Público a atribuição de *dominus litis*, ou seja, a exclusividade do exercício da ação penal pública e, portanto, da fase processual da persecução penal nos crimes de ação penal pública.

A dúvida que vem atormentando a comunidade jurídica brasileira diz respeito, todavia, à fase pré-processual. Teria sido o poder de conduzir as investigações preliminares concedido exclusivamente à Polícia Judiciária? Não haveria a possibilidade de que procedimentos administrativos distintos do inquérito policial estejam legitimados a realizar tal função? Poderia o Ministério Público realizar tais procedimentos administrativos, ao invés de requisitar diligências à Autoridade Policial? Essas questões têm produzido enorme divergência, que vem se perpetuando por diversos anos sem que, no entanto, a querela tenha sido totalmente pacificada.

Ocorre que, a partir de 2009, a jurisprudência tem caminhado para a confirmação dos poderes de investigação do Ministério Público, com diversos julgamentos pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal neste sentido. Atualmente, o tema foi submetido ao Plenário do mesmo tribunal em julgamento com repercussão geral, de forma que a decisão que está se delineando irá pacificar a questão no âmbito do Poder Judiciário.

Entretanto, foi apresentada no Congresso Nacional uma proposta de Emenda à Constituição com a finalidade de retirar totalmente o poder de investigação criminal do Ministério Público ao atribuir tal prerrogativa, com exclusividade, às Polícias Civil e Federal.

Essa medida, caso aprovada, causará grandes prejuízos à efetividade da persecução penal em determinadas situações, especialmente quando os investigados forem policiais, autoridades públicas e pessoas detentoras de poder político ou econômico, tendo-se em vista questões corporativas, a falta de garantias da Autoridade Policial e a subordinação existente entre a polícia e a cúpula do Poder Executivo.

Em face desta questão, o trabalho abordará as consequências da aprovação de proposta de Emenda à Constituição 37/2011 a partir de diversas perspectivas, como a institucional, a efetividade da persecução penal e a efetivação dos direitos fundamentais.

Tais subsídios são importantes para determinar se a referida PEC, dado o seu conteúdo atual, será compatível ou não com a ordem jurídico-constitucional brasileira.

2 ANÁLISE CRÍTICA DA CONTROVÉRSIA

Neste capítulo serão apresentados os argumentos favoráveis e contrários ao poder de investigação do Ministério Público de forma crítica, apontando as falhas daqueles que são inconsistentes e ressaltando os pontos fortes dos que são pertinentes.

2.1 Os argumentos favoráveis ao poder de investigação criminal do Ministério Público

Nas seções abaixo serão apresentados os principais argumentos favoráveis ao poder de investigação do Ministério Público.

2.1.1 A cláusula geral do caput do artigo 127 da Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 não conferiu expressamente a atribuição de realizar inquéritos penais ao Ministério Público, como o fez, por exemplo, com o inquérito civil (art. 129, III, da CF).

Por tal razão, os defensores da tese de que ao Ministério Público foi conferida a competência de realizar procedimentos administrativos para investigar diretamente supostos crimes parte de uma interpretação sistemática dos dispositivos que enumeram as competências do *Parquet*.

O artigo 127 da Constituição Federal apresenta a instituição do Ministério Público, elencando dentre as suas incumbências “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”¹.

Trata-se de uma cláusula geral a partir da qual, segundo alguns defensores do poder investigativo do Ministério Público, seria possível deduzir tal competência. Nesse sentido, a persecução penal efetiva consistiria, simultaneamente, no exercício da defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis.

Essa linha argumentativa parte do pressuposto que todo crime implica no desrespeito da ordem jurídica, gerando, na maior parte das vezes, a violação de direitos fundamentais, tais como o direito à propriedade, à vida, à liberdade, entre outros. Assim, na busca de uma persecução penal efetiva que viesse a tutelar os interesses resguardados pela cláusula geral do

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

caput do artigo 127 da Constituição Federal, seria possível, inclusive, que o Ministério Público viesse a investigar crimes.

Esse argumento não pode convencer. A melhor interpretação do referido dispositivo é a de demonstrar quais são as principais linhas de atuação da instituição (finalidades institucionais) e não em um rol praticamente infinito de competências que poderiam ser deduzidas do texto constitucional.

Em verdade, as competências do Ministério Público (CF art. 129) devem ser compreendidas a partir do confronto com as finalidades institucionais (CF art. 127), de forma que estas servem para restringir o âmbito daquelas e não o contrário.

2.1.2 A cláusula geral do inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal

Situação moderadamente distinta é a que concerne à cláusula geral prevista no inciso IX do inciso 129 da Constituição Federal, a qual dispõe que é da competência do Ministério Público: “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”².

O dispositivo em questão tem o condão de permitir a ampliação do rol de competências enumeradas ao *Parquet* no artigo 129 da Constituição. Para tanto, impõe como requisito a compatibilidade da nova competência com as suas finalidades institucionais, previstas no *caput* do artigo 127.

Alguns defensores do poder de investigação do Ministério Público entendem que por meio do princípio da dignidade da pessoa humana (CF art. 1º, III), do princípio do Estado Democrático de Direito (CF art. 1º, *caput*) e da defesa dos direitos fundamentais (CF art. 5º), bem como do direito fundamental à segurança pública (CF art. 144), seria possível deduzir a atribuição de competência implícita para a realização de investigações penais preliminares.

Essa não parece ser a melhor interpretação do dispositivo. Com efeito, trata-se de uma cláusula geral que tem, verdadeiramente, o condão de permitir a concessão de novas atribuições ao Ministério Público. Prevalece, todavia, a compreensão segundo a qual essa inflação no rol de competências institucionais deveria vir acompanhada de lei que as conferisse de forma expressa. Nesse sentido, é o posicionamento de Márcio Cesar Fontes Silva (2006), citando Ada Pellegrini Grinover.

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

O renomado constitucionalista Luís Roberto Barroso já se manifestou, em parecer sobre o tema:

Não parece próprio extrair tal conclusão [de que ao Ministério Público teria sido concedida a competência para realizar investigações criminais diretamente] de cláusulas gerais, como as que impõem ao *Parquet* a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*) ou ainda das que tratam da segurança pública como dever do Estado (art. 144, *caput*) e da dignidade humana (art. 1º, III).³

2.1.3 A amplitude da prerrogativa de *dominus litis*, os poderes implícitos e o argumento do “quem pode o mais pode o menos”

Outro argumento também é utilizado para conceder o poder ao Ministério Público para realizar investigações criminais. Decorreria tal prerrogativa da exclusiva titularidade pelo *Parquet* da atribuição de promover a ação penal pública.

Dentre o rol de competências do Ministério Público, o artigo 129 da Constituição Federal, em seu inciso I, determina que será função sua “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”⁴.

Por outro lado, é entendimento pacífico na jurisprudência que o oferecimento da denúncia não requer a existência de um inquérito policial, desde que haja elementos probatórios suficientes a conferir justa causa à demanda penal, sob pena de carência de ação.

Esse entendimento parte da interpretação já consagrada do parágrafo 5º do artigo 39 do Código de Processo Penal, o qual prevê que: “O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias”⁵. Ora, se nos crimes de ação penal pública condicionada à representação não há óbice legal à propositura da denúncia, a mesma exegese deverá prevalecer no que tange às ações penais públicas incondicionadas.

Essa interpretação vem sendo seguida pelo Supremo Tribunal Federal, o que se constata pela ementa do julgamento no Inquérito 2245/MG:

³ BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo ministério público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária*. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_textos_interesses/investigacao_MP.pdf/at_download/file>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁵ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

SEGUNDA PRELIMINAR. CONSTATAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DE CRIMES. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. INVESTIGAÇÕES NÃO CONCLUÍDAS. ÓBICE INEXISTENTE. AUSÊNCIA DO RELATÓRIO POLICIAL. PEÇA DISPENSÁVEL PARA EFEITO DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA.

1. Se o titular da ação penal entende que há indícios mínimos de autoria e materialidade dos fatos tidos como criminosos, ele pode oferecer a denúncia antes de concluídas as investigações. A escolha do momento de oferecer a denúncia é prerrogativa sua.

2. O relatório policial, assim como o próprio inquérito que ele arremata, não é peça indispensável para o oferecimento da denúncia.⁶

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado a mesma linha jurisprudencial, o que se verifica pelos termos do julgamento do *habeas corpus* 13.368/DF, no qual se lê: “Com efeito, deve ser ressaltado que a atuação [oferecimento de denúncia] do Órgão Ministerial não é vinculada à existência de procedimento investigatório policial – o qual pode ser eventualmente dispensado para a proposição da ação penal”⁷.

Tendo-se em conta os fundamentos delineados acima, cabe apontar que uma importante tese surgiu com base em uma gradação das atribuições de investigar e acusar. Entenderam alguns doutrinadores que a prerrogativa de acusar, consubstanciada no exercício privativo da ação penal, consistiria em conceito que abrangeria também as atividades de investigação, visto que estas, como já demonstrado, são, inclusive, dispensáveis para a promoção da denúncia. A partir dessa premissa, surgiu a tese de que “quem pode o mais (oferecer a denúncia), pode o menos (colher elementos para o oferecimento da denúncia)”.

Esta interpretação visa proteger a atribuição de *dominus litis* do Ministério Público. Argumenta-se que se o *Parquet* detém com exclusividade o poder de oferecer a denúncia nas ações penais públicas, essa atribuição não poderia ter seu exercício constricto pela atuação policial.

Segundo essa tese, o poder de investigação criminal teria sido atribuído de forma implícita ao Ministério Público. A teoria dos poderes implícitos (*implied powers theory*) surgiu nos Estados Unidos como forma de atenuar o rigorismo de seu modelo de distribuição de competências, mediante o qual seriam elencadas expressamente as atribuições da União,

⁶ BRASIL Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n.º 2.245/MG*. Autor: Ministério Público Federal. Indiciados: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ 09 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494478>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n.º 13.368/DF*. Paciente: Marco Aurélio Vergílio de Souza. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgamento: 03 abr. 2001. DJ 04 jun. 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=55437&nreg=200000508110&dt=20010604&formato=PDF>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

enquanto que os Estados ficariam com as competências restantes, chamadas de remanescentes. A utilização dos poderes implícitos, entretanto, tem caráter excepcional, cujo uso deve ser pautado pelo respeito à ordem constitucional, como adverte o constitucionalista luso José Gomes Canotilho:

A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas, salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de poderes implícitos, de poderes resultantes ou de poderes inerentes como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo da interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competências complementares implícitas: (1) as enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências, mas de aprofundar competências; (2) as necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.⁸

Nos processos em que se discute o poder investigatório do Ministério Público nas Cortes Superiores, a Procuradoria-Geral da República frequentemente utiliza, em seus pareceres, o seguinte argumento para legitimar a atuação investigatória da instituição:

Entender-se que a investigação dos fatos delituosos é atribuição exclusiva da polícia, na verdade, inverteria os papéis constitucionalmente definidos, tornando as polícias, civil e federal, no âmbito de suas atribuições, em verdadeiros titulares da ação penal, na medida em que o Ministério Público somente poderia denunciar aqueles fatos ilícitos que as polícias entendessem por bem investigar, cabendo-lhes decidir, em última análise, em quais casos, quando e como, o Ministério Público poderia agir.⁹

É com base nessa tese que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento segundo o qual não haveria óbice constitucional à realização de procedimento administrativo destinado à investigação de condutas criminalmente tipificáveis. Veja-se, nessa senda, a ementa do recurso ordinário em *habeas corpus* 14.543/MG:

PENAL E PROCESSO PENAL - PODER INVESTIGATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PROVAS ILÍCITAS - INOCORRÊNCIA.

- A questão acerca da possibilidade do Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de

⁸ CANOTILHO *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 954.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 13.368/DF. Paciente: Marco Aurélio Vergílio de Souza. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgamento: 03 abr. 2001. DJ 04 jun. 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=55437&nreg=200000508110&dt=20010604&formato=PDF>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

futura ação penal, é tema incontroverso perante esta eg. Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal.

- Ora, se o inquérito é dispensável, e assim o diz expressamente o art. 39, § 5º, do CPP, e se o Ministério Público pode denunciar com base apenas nos elementos que tem, nada há que imponha a exclusividade às polícias para investigar os fatos criminosos sujeitos à ação penal pública.¹⁰

Não obstante a força desta tese, muitos doutrinadores entendem que ela parte de uma premissa incorreta. Segundo esta orientação, a atividade de investigação criminal não estaria contida na de acusação. Com efeito, os campos de competência seriam distintos, não havendo qualquer relação de continência. Essa é a opinião, por exemplo, de Márcio Cesar Fontes Silva (2006), para quem as atividades acusatória e investigatória não estão sujeitas a graduação seja quantitativa ou qualitativa. Aliás, o mesmo jurista, em sua tese de mestrado menciona a posição de Zanoide de Moraes sobre a questão:

A impropriedade do uso da teoria dos poderes implícitos nesse ponto ganha mais ênfase se verificarmos que a premissa do argumento, nesse tema (poderes investigatórios criminais do Ministério Público), é falsa, pois toma a atividade investigativa e acusação judicial como atos de mesma natureza jurídica, para daí entender que poderão ser feitos pelo mesmo órgão. Os atos não têm a mesma natureza jurídica e não estão postos de forma hierárquica pela qual a investigação seria o menos e a ação penal seria o mais. Não se pode confundir anterioridade com prevalência ou com intensidade. A investigação é anterior, não inferior à ação penal¹¹.

Para reforçar seu argumento, Márcio Cesar Fontes Silva, citando o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, assevera que “as competências são outorgadas expressamente aos diversos poderes, instituições e órgãos constitucionais. Nenhuma é mais, nenhuma é menos. São que são, porque as regras de competência são regras de procedimento ou regras técnicas”¹².

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso ordinário em habeas corpus nº 14.543/MG*. Recorrente: Geraldo Pereira Magalhães e outros. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Julgamento: 09 mar. 2004. DJ 17 mai. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=459564&num_registro=200300978485&data=20040517&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2012.

¹¹ MORAES, Zanoide de *apud* SILVA, Márcio Cesar Fontes. *A investigação criminal, a polícia judiciária e o Ministério Público*. 2006 187f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 137.

¹² SILVA, José Afonso da *apud* SILVA, Márcio Cesar Fontes. *A investigação criminal, a polícia judiciária e o Ministério Público*. 2006 187f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 136.

2.2 Os argumentos contrários ao poder de investigação criminal pelo Ministério Público

Nas seções abaixo serão apresentados os principais argumentos contrários ao poder de investigação do Ministério Público.

2.2.1 Ausência de previsão normativa concedendo o poder de investigação

Uma das principais objeções apresentadas contra o poder de investigação do Ministério Público consiste na falta de previsão normativa expressa neste sentido, seja origem constitucional ou mesmo infralegal.

Com efeito, a Constituição Federal concede expressamente a competência para instaurar inquérito civil e sua respectiva ação civil pública no art. 129, III. Por outro lado, ao abordar a parte criminal, a mesma Carta Magna dispõe que cabe ao Ministério Público promover a ação penal pública, mas não menciona em momento algum a possibilidade de conduzir inquéritos criminais. Em verdade, foi expressa, no que concerne às investigações pré-processuais penais, ao afirmar que o órgão ministerial pode "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais" (CF art. 129, VIII).

Este argumento consubstancia a razão de ser de toda a celeuma relacionada ao tema discutido neste trabalho. De fato, se existisse previsão expressa na Constituição da República ou mesmo em lei infraconstitucional, não haveria como negar a prerrogativa ministerial de conduzir investigações criminais.

Por este motivo, a única forma de sustentar a existência da prerrogativa de conduzir investigações criminais é através do uso de interpretação lastreada nos elementos sistemático e teleológico, bem como na teoria dos poderes implícitos.

A despeito disso, é importante destacar que outros elementos da interpretação, como o histórico, podem levar a conclusões diferentes quanto ao tema posto, como será visto no tópico seguinte.

2.2.2 A interpretação histórica

Branco, Coelho e Mendes (2008) apontam como método jurídico ou hermenêutico-clássico o conjunto de técnicas de interpretação amplamente conhecidas da comunidade

jurídica (gramatical, lógica, teleológica e histórica), oriundas de trabalhos de Savigny no século XIX.

A interpretação histórica consiste na técnica que tem como objetivo a investigação dos acontecimentos históricos anteriores e contemporâneos à elaboração da norma jurídica. Segundo Uadi Lammêgo Bulos, constituem objeto da interpretação histórica “os trabalhos de feitura do projeto de lei, a justificação, a exposição de motivos, discussão, emendas, aprovação e condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboração da lei (*occasio legis*)”¹³.

A despeito do já explicitado, convém ressaltar que a chamada interpretação histórica não é considerada, por toda a doutrina, como uma técnica de interpretação. Nesse sentido, aponta o ilustre civilista Caio Mário da Silva Pereira que “às vezes aparece referência à interpretação histórica, como espécie de interpretação, ou como método hermenêutico. Não existe, porém, esta modalidade, muito embora a considerem muitos”¹⁴. Esclarecendo o seu posicionamento, o referido professor menciona os seguintes argumentos:

Se é certo que a votação de uma lei decorre das injunções políticas, econômicas e sociais num dado período, e, por outro lado, obedece a um processo de tramitação pelas Casas do Congresso, onde é discutida e recebe, então a contribuição dos que na sua elaboração participaram, certo é também, e não pode ser olvidado que o pensamento ou vontade do legislador, como ente abstrato, não se vincula à manifestação de um membro do Parlamento, ou ao voto enunciado no seio de alguma Comissão ou em discurso proferido em plenário, em defesa da disposição em foco. O abuso com que se utilizaram tais materiais foi uma razão que gerou o desprestígio do fato histórico. Sua adoção requer cuidado, mas não é aconselhável o seu desprezo total. A origem histórica de uma lei é fator às vezes ponderável na apuração das modificações por que passa a legislação num dado momento, e ajuda a extrair o seu pensamento dominante, ou a fixar a adoção de um novo critério, o abandono de uma corrente doutrinária, a indicação de circunstâncias ligadas à construção do sistema adotado pelo legislador. (...) A interpretação tem em vista a disposição objetivamente considerada e por isso mesmo os dados subjetivos de sua composição não podem representar um papel de relevância no seu entendimento, senão prestar uma colaboração reduzida e mesmo secundária.¹⁵

Feitas essas ponderações iniciais, deve-se mencionar que a interpretação histórica teve considerável importância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do poder investigatório do Ministério Público nos pronunciamentos do início deste século.

Os posicionamentos do Supremo Tribunal acerca do tema sofreram duas grandes viradas, como será visto adiante. Inicialmente, as decisões eram vacilantes, pois havia certa

¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 23.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: vol. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 194.

¹⁵ *Ibid.* p. 194-195.

divergência dentro da Corte, com julgados em ambos os sentidos, mas com prevalência do poder investigatório do Ministério Público.

No início deste século, contudo, começaram a surgirem precedentes em sentido claramente contrário à prerrogativa de investigação pela Instituição Ministerial, capitaneadas pelo Ministro Nelson Jobim, o que somente teve fim com novas decisões proferidas a partir de 2009.

Os votos do Ministro Nelson Jobim, que ressaltavam o elemento histórico da interpretação, aparentemente tiveram grande importância no convencimento dos demais membros do tribunal. Nesse sentido, cita-se trecho de seu voto proferido no julgamento do recurso extraordinário 233.072, divergindo do relator, ao não concordar com a investigação preliminar pelo Ministério Público:

Observo que este tema [investigação criminal pelo Ministério Público] – já participei de debate sobre esse tema em sede legislativa – quando da elaboração da Constituição de 1988, era pretensão de alguns parlamentares introduzir texto específico no sentido de criarmos, ou não, o processo de instrução gerido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO.

Isso foi objeto de longos debates na elaboração da Constituição e foi rejeitado.

Mas, o tema voltou a ser discutido quando, em 1993, votava-se no Congresso Nacional a lei complementar relativa ao MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO e ao MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS, em que havia essa discussão do chamado processo de instrução que pudesse ser gerido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO.

(...) Lembro-me que toda essa matéria foi rejeitada, naquele momento, no Legislativo – estou explicitando de memória.¹⁶

Complementar àquela manifestação, tem-se o trecho de voto proferido, desta vez, no julgamento do recurso ordinário em *habeas corpus* 81.326, pelo mesmo Ministro:

Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA CIVIL, o processo de instrução presidido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO voltou a ser debatido.

Ao final, manteve-se a tradição.

O Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao MINISTÉRIO PÚBLICO a supervisão, advocação e o acompanhamento da investigação criminal.

A Constituição Federal assegurou as funções de POLÍCIA JUDICIÁRIA e apuração de infrações penais à POLÍCIA CIVIL (CF art. 144, §4).¹⁷

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n.º 233.072/RJ*. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Joaquim Alfredo Soares Vianna. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 18 mai. 1999. DJ 03 mai. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254242>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em habeas corpus n.º 81.326/DF*. Recorrente: Marco Aurélio Vergílio de Souza. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 06 mai. 2003. DJ 01 ago. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

Além dessas oportunidades, já houve outras tentativas de conceder o poder de investigação criminal ao Ministério Público, por meio de propostas de emenda à Constituição, cujas iniciativas datam de 1995 e 1999.

Percebe-se, portanto, um rico histórico, em nosso Poder Legislativo federal de rejeição por iniciativas que concedam ao Ministério Público a atribuição de realizar inquéritos penais. A chamada *mens legislatoris* ou “a vontade do legislador” certamente não é pela atribuição da referida competência.

Uma questão de enorme relevância que surgiu com a interpretação histórica é a discussão entre qual deverá prevalecer: a vontade do legislador (*mens legislatoris*) ou a vontade da lei (*mens legis*). Entende-se por vontade da lei aquele verdadeiro significado que advém de seu texto objetivamente expresso. Se o legislador queria algo, mas na elaboração da norma o conteúdo que ficou consagrado é distinto do querido, qual desses conteúdos deverá prevalecer?

Essa questão atormentou os juristas por muito tempo, mas atualmente está superada por uma nova concepção hermenêutica, cuja perspectiva está no abandono da análise lógico-formal dos textos legais, em especial das técnicas associadas ao método hermenêutico clássico, que aprisiona o intérprete à literalidade da lei. Essa nova hermenêutica tem como objetivo a construção do significado das normas jurídicas por meio da utilização de amplas pautas axiológicas, cuja função é a adaptação da lei às necessidades do momento histórico em que se vive, evitando-se a petrificação do Direito.

Essa perspectiva teve como um de seus grandes defensores o filósofo do Direito Miguel Reale, que, como coordenador do novo Código Civil, utilizou-a em inúmeras ocasiões com as chamadas cláusulas gerais, normas com conteúdo propositadamente aberto e indeterminado, cujo preenchimento se daria por meio da veiculação, pelo magistrado, de valores prevalentes na sociedade do momento em que a norma fosse aplicada.

Este novo paradigma hermenêutico consiste, segundo Clève (2004), na superação da ideia de que a interpretação tem como objetivo a extração do sentido da norma. Essa hermenêutica de cunho filosófico fundamenta-se em um processo interpretativo construtivo, em que o operador do Direito irá atribuir sentido à norma.

Para tanto, faz-se necessário que o objeto do processo interpretativo seja o conjunto de signos contidos no texto, o que Emilio Betti conceituou como o cânone da autonomia do objeto. Assim, perde grande parte de sua importância a interpretação com base em elementos

históricos, no intuito de se alcançar a vontade do legislador, como esclarecem Branco, Coelho e Mendes:

Preliminarmente, é de destacar o caráter lingüístico de qualquer interpretação, a exigir que os interlocutores falem a mesma linguagem, como condição de possibilidade de sua mútua compreensão, até porque – adverte Gadamer – “quem fala uma linguagem que mais ninguém fala, em realidade não fala”.

Disso decorre, em rigor, e imediatamente, a perda de sentido da velha disputa entre aqueles que atribuem à tarefa interpretativa a finalidade de descobrir, por detrás das normas jurídicas, uma suposta vontade do legislador, e os que, também voluntaristas, impõem ao intérprete o dever de se curvar às palavras ou à vontade da lei, como condição de legitimidade de todo o labor hermenêutico.

Nem uma coisa, nem outra, pois onde aquela vontade – seja a da lei, seja a do legislador –, não se exterioriza em determinada linguagem normativa, de uso comunitariamente inteligível, não há falar sequer em atividade hermenêutica. Afinal de contas – anota Emilio Betti –, o objeto da interpretação não é a vontade como tal, mas a forma em que está explicitada: o feito ou o falado.¹⁸

Nesse sentido, cabe esclarecer que a libertação do magistrado de seu antigo posto de “boca da lei”, ocupado durante o período em que prevaleceu o modelo liberal de Estado de Direito, para ascender ao dever de criador do Direito por meio de métodos hermenêuticos não implica em uma suposta falta de legitimidade ou mesmo usurpação das funções do Poder Legislativo. Assim, dentro desta nova perspectiva:

O Parlamento continua com o monopólio da redação das leis, mas o Judiciário fica liberado para interpretá-las criativamente, de preferência se o fizer reiterando que a sua leitura não ultrapassa o sentido literal possível.

(...) como dizia Hobbes, o legislador não é aquele por cuja autoridade as leis foram editadas inicialmente, mas aquele por cuja autoridade elas continuam a ser leis, entendimento que, de resto, é também o de Chaïm Perelman, para quem “o fato de manter um antigo texto de lei não significa em absoluto que o legislador atual deseje que seja interpretado em conformidade com o espírito daquele que o adotou”, porque “o mais das vezes o legislador atual consagra, com seu silêncio, a interpretação nova que a jurisprudência fornece, de tempos em tempos, de um texto antigo”. Outro não é o pensamento de Rousseau ao dizer que a lei de ontem não obriga hoje, mas o consentimento tácito presume-se pelo silêncio e presume-se que o soberano confirma incessantemente as leis que, podendo, não ab-rogou; e que tudo o que uma vez declarou querer quererá sempre, a menos que o revogue.¹⁹

Percebe-se que o conjunto de elementos históricos, como a rejeição de emendas ao projeto de Constituição na Assembleia Constituinte ou dos projetos de emenda à Constituição oferecidos já durante a nova ordem constitucional, não pode conferir uma interpretação definitiva aos preceitos da Constituição que abordam as competências do Ministério Público.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 75.

¹⁹ *Ibid.* p. 70.

Apesar disso, eles devem ser levados em consideração no momento em que o magistrado atribui sentido a essas normas jurídicas, visto que não se pode conceder uma interpretação a um texto que viole o que nele está contido, ou seja:

Consoante esse paradigma, cumpre ao intérprete procurar extrair o significado inerente às formas representativas, em vez de tentar atribuir-lhes, *ab extra* e de modo arbitrário, ou até mesmo fraudulentamente, sentidos outros, a elas de todo estranhos ou nem de longe coincidentes com aquilo que imaginaram os seus criadores.²⁰

2.2.3 A investigação preliminar é atribuição exclusiva das Polícias Judiciárias

Um argumento que tem sido muito utilizado pelas instituições policiais é o de que a Constituição Federal teria conferido à Polícia Judiciária, com exclusividade, a atribuição de realizar a investigação preliminar na área penal.

Fundamentar-se-ia tal exclusividade na redação dos parágrafos do artigo 144 da Constituição Federal, citados para facilidade de referência:

Art. 144. (...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

(...)

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.²¹

Em um primeiro momento, fica evidente que o texto constitucional conferiu, expressamente, a competência das investigações penais pré-processuais à Polícia Judiciária (Polícia Federal e Polícia Civil). Mas seria essa competência exclusiva? Os defensores dessa tese, entendem que o inciso IV do §1º do artigo 144 referendaria tal posição, visto que as funções de polícia judiciária da União, dentre as quais está incluída a apuração de infrações

²⁰ Ibid. p. 91.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

penais, seriam exercidas “com exclusividade” pela Polícia Federal. A mesma orientação aplicar-se-ia ao âmbito estadual, ou seja, à Polícia Civil, em decorrência do princípio da simetria.

Essa tese, contudo, não tem prosperado. A primeira crítica que foi realizada é que o termo “com exclusividade” faz referência apenas à Polícia Federal. Como apontam Oliveira (2006) e Fontes (2005), caso se entenda que há exclusividade na realização de investigações penais pela Polícia, ela seria apenas da Polícia Federal. Assim, poder-se-ia chegar à esdrúxula conclusão de que haveria óbice constitucional apenas à realização de investigação penal pelo Ministério Público Federal, mas o mesmo não ocorreria no caso dos Ministérios Públicos estaduais.

Na verdade, a ordem constitucional pátria prevê que, ordinariamente, a Polícia Federal investigue os crimes de competência federal e a Polícia Civil os de competência estadual. A expressão “com exclusividade” vem associada apenas à Polícia Federal porque, excepcionalmente, pode esta instituição vir a investigar os crimes de competência estadual, mas a recíproca não é verdadeira, ou seja, jamais poderá a Polícia Civil vir a investigar crimes de competência federal. Nesse sentido, já se firmou, inclusive, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *habeas corpus* 13.368/DF, cujo trecho relevante do voto do Ministro relator é citado a seguir:

Ao contrário do que se afirma, a Constituição não atribui exclusividade às polícias para investigar os fatos criminosos sujeitos a ação penal pública. O termo, 'com exclusividade' constante do art. 144, §1º, IV, da Constituição, tem a eficácia de conferir à Polícia Federal a exclusividade da investigação dos crimes federais, excluindo a atuação das polícias.

Tem como destinatário os outros ramos da polícia e não o Ministério Público ou qualquer outro Órgão público que também possa, no exercício das suas atribuições, investigar crimes.

Assim, muito embora possa a polícia federal investigar crimes da competência estadual, a recíproca não é verdadeira.²²

O celebrado penalista Fernando Capez defende uma interpretação, segundo a qual a utilização do termo “com exclusividade” teria como objetivo a delimitação de competências entre as Polícias Judiciárias. Assim, a Polícia Federal exerceria a função de Polícia Judiciária

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 13.368/DF. Paciente: Marco Aurélio Vergílio de Souza. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgamento: 03 abr. 2001. DJ 04 jun. 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=55437&nreg=200000508110&dt=20010604&formato=PDF>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

da União com exclusividade, o que, por sua vez, teria o condão de excluir a Polícia Civil estadual de atuar nessa área. Cita-se o referido autor para maior esclarecimento:

No que toca ao argumento de que o art. 144, 1º, IV, da CF conferiu com exclusividade as funções de polícia judiciária da União à polícia federal, convém esclarecer que tal não significa excluir o Ministério Público das atividades de investigação, pois a expressão "com exclusividade" destina-se apenas a delimitar o âmbito de atribuições das polícias estaduais, as quais não poderão exercer a atividade de polícia judiciária na esfera federal. Isso porque o Ministério Público não poderia mesmo atuar como polícia judiciária, de maneira que a exclusividade se refere para afastar da presidência de inquéritos policiais que investiguem crimes de competência da Justiça Federal, as polícias civis estaduais. Tanto é verdade que esse mesmo art. 144, agora em seu § 4º, ao tratar dessas polícias, conferiu-lhes o exercício da atividade de polícia judiciária, ressalvada a competência da União (....). Em outras palavras, as expressões "com exclusividade" (CF, art. 144, § 1º, IV), relacionada à polícia federal, e "ressalvada a competência da União" (CF, art. 144, § 4º) se destinam a discricionar o campo de atuação de cada polícia, na presidência de seus respectivos inquéritos.²³

Apesar das conclusões do professor Fernando Capez estarem corretas, a sua interpretação dos dispositivos constitucionais em questão é incompleta. Em caráter complementar, cabe apontar a leitura dada ao dispositivo pelo Procurador Regional da República Eugênio Pacelli, segundo a qual o termo "com exclusividade" estaria a delimitar competências não só entre a Polícia Federal e a Polícia Civil, mas entre os diversos ramos policiais da União, ou seja, entre a Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Ferroviária Federal. Dentre todas essas, caberia tão somente à Polícia Federal o exercício das atribuições de Polícia Judiciária.

Essa discussão, como não poderia deixar de ser, acabou por chegar aos tribunais. No julgamento de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1517/UF, o Ministro Maurício Corrêa, do Supremo Tribunal Federal, referendou o posicionamento de ambos os autores citados. Cita-se, abaixo, o trecho relevante para esta questão do voto do Excelentíssimo Ministro:

Assim sendo tenho que a expressão "com exclusividade", inserida na regra contida no inciso IV do §1º do art. 144 da CF, deve ser interpretada no sentido de se excluir das demais polícias elencadas nos incisos II a V do referido artigo, inclusive as de âmbito federal (rodoviária e ferroviária), a destinação de exercer as funções de polícia judiciária da União.

²³ CAPEZ, Fernando. Investigações criminais presididas diretamente pelo representante do Ministério Público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 892, 12 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7707/investigacoes-criminais-presididas-diretamente-pelo-representante-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

Ao cuidar das funções da polícia judiciária e investigações criminais atribuídas às Polícias Civis, o texto constitucional do §4º do art. 144 não utiliza o termo "exclusividade".²⁴

A conclusão não poderia ser diferente. É tradicional em nosso direito processual penal a possibilidade de investigação criminal por órgãos distintos da Polícia Judiciária, a qual vem, inclusive, consagrada no parágrafo único do artigo quarto do Código de Processo Penal, que prescreve:

Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.²⁵

É verdade que não se deve interpretar a Constituição Federal por meio de legislação infraconstitucional. A despeito disso, o referido dispositivo legal foi recepcionado pela Constituição de 1988, o que demonstra a sua compatibilidade com a ordem constitucional atual. Assertiva confirmada por juristas de maior escol, como Eugênio Pacelli:

Também as autoridades administrativas, em geral, detêm competência para a apuração de infrações penais, desde que as respectivas investigações estejam relacionadas com o exercício regular de suas atribuições legais, no campo, portanto, da constatação, *ex officio*, da ilicitude administrativa, fiscal, tributária, previdenciária ou disciplinar. Tais funções, não atingidas pela superveniência da Carta de 1988, encontram-se previstas no parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal e não inibem, à evidência, a atuação da polícia judiciária.²⁶

Nesse sentido, Fernando Capez elaborou listagem de alguns órgãos que detêm competência para realizar atividade investigatória, dentre os quais podem ser elencados: a ABIN (Agência Brasileira de Inteligência); a CVM (Comissão de Valores Mobiliários); o Ministério da Justiça, por meio do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras); as Corregedorias da Câmara e do Senado Federal; os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, onde houver; a Receita Federal; o Supremo Tribunal Federal, o

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.517/UF*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 20 abr. 1997. DJ 22 nov. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347108>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

²⁵ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

²⁶ OLVEIRIA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2010. p. 103.

Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Além destes, também podem ser mencionados: o Ministério Público investiga seus próprios membros, conforme previsão legal expressa; as corporações militares (Exército, Marinha, Aeronáutica, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) investigam os crimes militares em Inquéritos Policiais Militares; o Instituto Nacional de Seguridade Social, conforme mencionado no HC 84.965/MG, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se que, diante de a competência de investigar crimes não ser exclusiva da Polícia Judiciária, não existe óbice constitucional expresso que venha a vedar a investigação preliminar por parte do Ministério Público.

2.2.4 Violação do princípio acusatório

A literatura jurídica diferencia, no âmbito do Processo Penal, os diversos sistemas processuais de acordo com as suas características, categorizando-os em alguns poucos grupos: sistema acusatório; sistema inquisitivo; e sistema misto ou formal.

O sistema acusatório, em sua acepção pura, surgiu na Idade Antiga e prevaleceu até a Idade Média, período em que foi substituído pela inquisição. Atualmente, ainda é utilizado na Inglaterra. As suas características, em sua origem clássica, podem ser sintetizadas, nas palavras do Procurador de Justiça Denilson Feitoza:

- a) quanto a quem exerce a jurisdição: tribunais populares, podendo ser assembleias do povo, colégios judiciais constituídos por grande número de cidadãos ou tribunais de jurados. O tribunal atua, basicamente, como um "árbitro" entre duas partes que se enfrentam: acusador e acusado;
- b) quanto a quem inicia o processo: o processo somente tem início se o acusador o requerer e, além disso, a decisão do tribunal está limitada ao caso e às circunstâncias apresentadas pelo acusador. A acusação poderia ser privada (o próprio ofendido como acusador) ou, em certas hipóteses, popular (qualquer cidadão ou pessoa do povo como acusador, o que ainda ocorre, na atualidade, no direito inglês e no direito espanhol). O acusador não era um órgão estatal;
- c) quanto à separação das figuras do acusador, do juiz e do defensor: vimos que as funções de acusar, julgar e defender eram atribuídas a pessoas diferentes;
- d) quanto ao acusado ser sujeito de direitos: o acusado é sujeito de direitos, em posição de igualdade com o acusador;
- e) quanto ao procedimento: o procedimento consiste, basicamente, num debate (às vezes um combate) público, oral, contínuo e contraditório. O órgão jurisdicional decide de acordo com o que foi alegado e provado pelas partes;
- f) quanto à valoração das provas: prevalece o sistema da íntima convicção, no qual o órgão jurisdicional não exterioriza os fundamentos de sua decisão;
- g) quanto aos recursos: como os tribunais populares exerciam diretamente a soberania (assembleias populares) ou por intermédio de representantes do povo

soberano (jurado), a sentença, em geral, fazia coisa julgada e não havia recursos. A reforma da sentença condenatória podia ocorrer, às vezes, como graça ou perdão.²⁷

O sistema inquisitivo, por sua vez, tem origem na Idade Média, nascendo da convergência entre os interesses da Igreja Católica e dos Estados Nacionais. Entre suas características, podem ser elencadas as seguintes:

- a) quanto a quem exerce a jurisdição: o monarca ou o príncipe detém o poder de julgar (a jurisdição). Como não pode julgar todos os casos, delega esse poder a seus funcionários, num sistema hierárquico;
- b) quanto a quem inicia o processo: o próprio inquisidor (órgão jurisdicional) inicia a persecução penal. Com o tempo, surgem os procuradores do rei, sobretudo na França, para denunciar e perseguir os infratores, mas o inquisidor continua a poder iniciar o processo de ofício;
- c) quanto à separação das figuras do acusador, do juiz e do defensor: como vimos, o acusador e o julgador estão reunidos na mesma pessoa ou órgão. Não havia defensor, pois, se o réu era culpado, não o merecia; se era inocente, o juiz inquisidor honesto o descobriria;
- d) quanto ao acusado ser sujeito de direitos: o acusado era objeto das investigações, e não sujeito de direitos no "processo" inquisitivo;
- e) quanto ao procedimento: o procedimento passou a ter como meta absoluta a averiguação da *verdade histórica*, sob cuja base deveria se fundar a decisão final, podendo-se utilizar quaisquer meios para se chegar a tal verdade. O procedimento consistia num investigação secreta, que era registrada por escrito em autos e tinha andamento conforme apareciam as provas. A decisão era tomada posteriormente, com base nos autos (*quod non este in acta non est in mundo*), sem qualquer debate. Enfim, era um procedimento secreto, escrito, descontinuo e não-contraditório. A necessidade de ser escrito decorria do fato de que aquele que delegava o poder de julgar poderia reassumi-lo, revisando as sentenças dos escalões inferiores;
- f) quanto à valoração das provas: adotava-se o sistema de prova legal, no qual as provas tinham valor previamente estabelecido (por exemplo, necessidade de pelo menos duas testemunhas para provar um fato - *testis unus, testis nullus*). Contudo, o importante não eram as condições para se terem provas plenas, mas para as semiplenas, que permitiam a tortura como meio para se obter a prova máxima: a confissão. De tal maneira vulgarizou-se a utilização da tortura que a inquisição se tornou sinônimo dela;
- g) quanto aos recursos: como os inquisidores recebiam o poder jurisdicional por delegação, ele podia retornar, subindo escalão por escalão, àquele que delegou, para revisar a sentença. Assim, surgiu a apelação, com seu efeito devolutivo, e a organização judicial hierárquica.²⁸

Os contornos do sistema misto ou formal são objeto de grande divergência na literatura jurídica. Enquanto que alguns doutrinadores, como Denilson Pacheco Feitoza, afirmam que este sistema corresponderia a uma reforma do inquisitivo, outros advogam que esta categoria corresponde aos processos penais em que se adota a sistemática dos Juizados de Instrução, grupo em que pode ser incluído Eugênio Pacelli de Oliveira.

As características deste sistema, para o primeiro grupo, seriam as seguintes:

²⁷ FEITOZA, Denilson Pacheco. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010. p. 60-61.

²⁸ *Ibid.* p. 61-62.

- a) quanto a quem exerce a jurisdição: na primeira instância, em princípio, é exercida por tribunais com participação popular (juízes "acidentais"), seja um tribunal de jurados ou um tribunal misto de juízes profissionais e juízes não-profissionais, mas há países que adotam tribunais de juízes profissionais, como a Espanha, diante do fracasso de convocação de jurados. Na segunda instância, os tribunais são compostos, normalmente, por juízes profissionais;
- b) quanto a quem inicia o processo: a acusação penal, em geral, é pública, sendo feita pelo Ministério Público. Com exceção, em alguns delitos, a ação penal pode ser proposta (requerimento de início do processo penal) pelo ofendido. Contudo, a Espanha ainda admite a acusação popular;
- c) quanto à separação das figuras do acusador, do juiz e do defensor: as funções de acusar, julgar e defender são atribuídas a pessoas ou órgãos diferentes;
- d) quanto ao acusado ser sujeito de direitos: o acusado é um sujeito de direitos, apesar de que pode, nos procedimentos preliminar e intermediário, ter direito a pouca ou nenhuma atuação. Entretanto, no procedimento principal, onde ocorre o debate, tem igualdade com a acusação e pode se defender amplamente;
- e) quanto ao procedimento: divide-se basicamente em três fases, que são o procedimento preliminar ou instrução preparatória, o procedimento intermediário e o procedimento principal.
(...)
- f) quanto à valoração das provas: pode haver o sistema da íntima convicção, quando o tribunal é composto por juízes não-profissionais e acidentais, mas há uma tendência ao crescimento do sistema da livre convicção motivada, sobretudo, quando os juízes são profissionais;
- g) quanto aos recursos: normalmente há "recurso de cassação", no qual se impugnam apenas as questões de direito, mas também é possível o "recurso de apelação", no qual são impugnadas as questões de fato e de direito.²⁹

O segundo grupo, entretanto, defende que as características essenciais do sistema formal são as seguintes:

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado - os Juizados de Instrução - tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios.³⁰

É possível notar que os autores realçam sobremaneira os aspectos históricos dos referidos sistemas, inclusive com distinções que pouca importância têm no momento atual, conforme destacado por Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 09).

Diante do exposto, faz-se necessário traçar uma distinção sumária entre os dois principais modelos processuais penais, quais sejam, o acusatório e o inquisitivo. Para tal finalidade, cita-se, mais uma vez, o ilustre Procurador Regional da República, Dr. Eugênio Pacelli:

²⁹ Ibid. p. 62-63.

³⁰ OLVEIRIA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2010. p. 10-11.

- a) no sistema acusatório, além de se atribuir a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação;
- b) já no sistema inquisitório, como o juiz atua também na fase de investigação, o processo se iniciaria com a *notitia criminis*, seguindo-se a investigação, a acusação e julgamento.³¹

No que concerne à citação acima, é essencial destacar que não foi mencionada, como pode parecer, a necessidade de realização das funções de investigação e acusação por órgãos diferentes. Com efeito, o que foi dito no texto é que o julgamento não pode ser realizado por quem investiga ou acusa, visto que aquela função deve ser desempenhada por um órgão imparcial.

O Direito brasileiro adotou, na época da edição do Código de Processo Penal, ainda na década de 1940, um modelo claramente inquisitivo. Isso ocorria porquanto havia inúmeros preceitos de caráter autoritário e que permitiam, inclusive, a instauração de processos penais de ofício pelo próprio juiz responsável por julgar a causa. Posteriormente, contudo, foram editadas diversas leis que foram atenuando este aspecto do Código de Processo Penal, como, por exemplo, a Lei 5.349/1967.

O caráter acusatório do sistema processual penal brasileiro, contudo, foi ficou consagrado com a promulgação da Constituição da República de 1988 que dispôs expressamente que é função institucional do Ministério Público "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei" (art. 129, I, da CF).

Após esta exposição inicial, estão sedimentados os subsídios para a discussão de mais um dos argumentos utilizados pelos detratores do poder de investigação criminal do Ministério Público: a violação ao princípio acusatório, adotado pela Constituição Federal brasileira de 1988.

Os defensores deste entendimento consideram que é inerente ao sistema acusatório que a atividade de investigação e a função de acusação devem ser realizadas por órgãos distintos.

Essa orientação, contudo, não possui qualquer respaldo no que ficou consignado na formulação das linhas gerais de cada sistema. Com efeito, a exigência de que o órgão julgador não desempenhe as atividades de investigação e de acusação decorre da necessidade de se manter condições para que o juiz seja imparcial.

³¹ Ibid. p. 09.

Essa premissa, entretanto, não guarda nenhuma pertinência com a relação existente entre as funções de investigação e acusação. Isso ocorre porque o acusador é, por definição, parte no processo penal e, portanto, acaba sendo parcial em suas avaliações.

Por esta razão, as assertivas no sentido de que se o acusador perderia a imparcialidade no momento de avaliar se a pessoa investigada deve ser processada criminalmente (*opinio delicti*) são impertinentes. De fato, se a condução da investigação leva à parcialidade, será que a requisição da instauração de inquérito policial ou de diligências de investigação, atribuições estas expressamente previstas na Constituição da República (art. 129, VIII, da CF), não produzem os mesmos efeitos?

A única conclusão possível, diante de tais argumentos, é no sentido de que não há qualquer violação ao princípio acusatório pelo fato de o Ministério Público conduzir investigações criminais.

No mesmo sentido, cita-se o Procurador da República Bruno Freire de Carvalho Calabrich, inclusive com menção ao entendimento do famoso doutrinador Luigi Ferrajoli:

Um interessante exemplo de como teses apenas aparentemente garantistas são engendradas no Brasil é o referente à impossibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público. Afirma-se que o Ministério Público não poderia investigar, porquanto isso violaria o princípio acusatório e diversos outros direitos fundamentais. Pois bem: a tese é negada pelo próprio LUIGI FERRAJOLI, para quem não existem “[...] contradições entre o papel de investigação, de defesa da segurança, e o papel garantista em relação aos direitos, no sentido em que somente a aplicação das garantias processuais, somente os vínculos garantistas impostos também ao Ministério Público e à polícia, somente o respeito às garantias de defesa, de garantias processuais, muito rígidas, as provas, as contraprovas, podem assegurar a verificação da verdade, uma verificação plausível, da verdade, e das funções de segurança” (Palestra ministrada em evento organizado pela Fundação Escola do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul e realizado no auditório Mondercil de Moraes, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça do MP/RS. Tradução de Sandra Dall'Onder). Sobre o tema, tivemos a oportunidade de discorrer mais detidamente em CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: uma brasileira e renitente polêmica*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 603-632.³²

Esta solução, ademais, está lastreada em outro ponto relativo ao tema, de suma importância: o sistema processual penal diz respeito, como não poderia deixar de ser, ao processo penal. Logo, as considerações relacionadas com a investigação criminal, como procedimento antecedente ao processo penal propriamente dito, não devem ser levadas em

³² CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Pequenos mitos sobre a investigação criminal no Brasil*. Disponível em: <<http://www.metajus.com.br/textos-nacionais/investigacao-criminal-garantismo-bruno.doc>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

consideração para efeito de classificação do Direito Processual Penal de determinado país. No mesmo sentido é a orientação de Eugênio Pacelli, ao explicar porque o sistema brasileiro não é de natureza mista:

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema *processual* há de limitar-se ao exame do *processo*, isto é, da atuação do juiz no curso do *processo*. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação.

De outra parte, somente quando (se) a investigação fosse realizada perante o juízo (Juizado de Instrução) seria possível vislumbrar contaminação do sistema, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação se reservasse a função de julgamento. Não é esse o caso brasileiro.³³

2.2.5 Desequilíbrio entre a acusação e defesa

Há ainda aqueles que defendem a tese no sentido de que a coleta de provas diretamente pelo órgão responsável pela realização da acusação implicaria em violação da ampla defesa.

Para tanto, sustenta-se que o Ministério Público desempenha papel de acusador no processo penal, motivo pelo qual haveria tendência de desconsiderar as provas que possam favorecer o investigado, deixando de seguir linhas de investigação com este enfoque. Neste sentido, pode ser mencionada a posição de Lauria Tucci:

Acresce, nesse particular, ao que já foi explanado, em sentido oposto, que, sobre inexistir, na realidade, essa pretendida concessão, o fato de ser o Ministério Público titular da ação, na defesa do interesse punitivo estatal, mostra-se, ele próprio, inibidor da sua atuação investigatória, posto que, como logo acima ressaltado, manifestamente interessado na colheita de prova desfavorável ao investigado, e, reflexivamente, desinteressado da que lhe possa beneficiar.³⁴

A principal objeção que pode ser apresentada com relação a esta tese consiste no fato de que a mesma conclusão pode ser aplicada à Polícia. Com efeito, os estudos sociológicos demonstram que a cultura policial é direcionada à busca da efetividade em seu trabalho, o que explica muitos dos desvios investigatórios, consistentes na prática de ilegalidades no intuito de produzir provas capazes de incriminar o investigado.

³³ OLVEIRIA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2010. p. 10-13.

³⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. 1. ed. São Paulo/SP: RT, 2004. p. 85.

2.2.6 Ausência de controles no procedimento de investigação realizado pelo Ministério Público

A investigação criminal, por si só, já atinge os direitos do investigado, posto que colocará todo o aparato estatal a devassar a sua vida pessoal e poderá, inclusive, implicar em restrição do seu direito de locomoção.

É por tal razão que a jurisprudência admite o trancamento de inquéritos policiais em casos excepcionais, tais como a atipicidade, a extinção da punibilidade e ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade.

Partindo dessa premissa, pode-se concluir que o regime de direitos fundamentais adotado pela Constituição Federal não admite que tais restrições ocorram sem qualquer controle por parte dos órgãos públicos competentes.

As investigações criminais realizadas pela Polícia são formalizadas em procedimento inquisitorial próprio, chamado de inquérito policial, cujos contornos estão todos previstos em lei. Ademais, o seu andamento é controlado pelo Poder Judiciário, especialmente nos momentos em que se representa por alguma medida investigativa de maior invasão aos direitos fundamentais, como uma quebra de sigilo ou uma busca e apreensão, e pelo Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial, inclusive com a requisição de diligências.

O procedimento em que o Ministério Público realiza a investigação de infrações penais (Procedimento de Investigação Criminal - PIC), entretanto, não foi previsto em lei. Assim, não há qualquer parâmetro legal para conformar a atuação do Promotor de Justiça ou do Procurador da República que estiver presidindo as apurações.

Essa situação, segundo os doutrinadores contrários ao poder investigatório do Ministério Público, é potencialmente geradora de graves violações de direitos fundamentais, tendo-se em vista a possibilidade de cometimento de arbitrariedades que escapariam de qualquer controle estatal.

Além disso, haveria grande insegurança por parte do investigado, haja vista que a falta de normas não lhe permitiria conhecer os procedimentos que serão adotados por parte do membro do Ministério Público que conduz o PIC.

Essa questão tem, inclusive, sido considerada nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em períodos mais recentes. A título de exemplo, cita-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no *habeas corpus* 93.613/MG, oportunidade em que externou sua preocupação sobre o tema:

Porém, convém advertir que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle.

(...)

Disso tudo resulta que o tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. É que esse campo tem-se prestado a abusos. Tudo isso é resultado de um contexto de falta de lei a regulamentar a atuação do Ministério Público.³⁵

A primeira modalidade de controle que deve existir nos procedimentos de investigação criminal corresponde à sua formalização, que deverá ser conduzido por parâmetros definidos previamente e em abstrato. Acerca deste tema, cita-se outro trecho do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no mesmo julgamento:

Por outro lado, veja-se que o pleno conhecimento dos atos de investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14, exige não apenas que a essas investigações se aplique o princípio do amplo conhecimento de provas e investigações, como também se formalize o ato investigativo. Para tanto, é obrigatório que se emita um ato formal de instauração de procedimento administrativo penal no Ministério Público.

Não é razoável que se dê menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal. Isso deve ser assim porque todas as regras que estão estabelecidas para o inquérito policial devem ser observadas para os processos administrativos que impliquem, no futuro, investigações de natureza penal ou ação penal propriamente dita.

(...)

Compartilhando dessa mesma preocupação, o Min. Celso de Mello teve a oportunidade de aduzir as seguintes ponderações a respeito da questão (HC 89.837/DF):

“Também entendo, Senhores Ministros, na linha do parecer da douta Procuradoria Geral da República, que se revela constitucionalmente lícito, ao Ministério Público, promover, por autoridade própria, atos de investigação penal, respeitadas – não obstante a unilateralidade desse procedimento investigatório – as limitações que incidem sobre o Estado em tema de persecução penal.

Isso significa que a unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza o Ministério Público – tanto quanto a própria Polícia Judiciária – a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao suspeito e ao indiciado, que não mais podem ser considerados meros objetos de investigação.

O indiciado é sujeito de direitos e dispõe, nessa condição, de garantias legais e constitucionais, cujo desrespeito, pelas autoridades do Estado (trate-se de agentes policiais ou de representantes do Ministério Público), além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, revela-se apto a gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação penal.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 93.613/MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 15 mai. 2012. DJ 14 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=2765764>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

Note-se, portanto, analisando-se a questão sob tal aspecto, que o procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público não interfere, nem afeta o exercício, pela autoridade policial, de sua irrecusável condição de presidente do inquérito policial, de responsável pela condução das investigações penais na fase pré-processual da "persecutio criminis" e do desempenho dos encargos típicos inerentes à função de Polícia Judiciária" – (HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.11.2009).

(...)

Lembro, nesse ponto, que o inquérito policial é concebido, também, como instrumento de garantia do acusado. Não obstante a ausência do contraditório, não deixa o inquérito policial de representar um procedimento legal de mediação entre o interesse do acusado e o direito de punir do Estado. Daí, a existência de garantias mínimas ao acusado, tais como a existência de prazos, a supervisão judicial, a ciência das partes e a possibilidade de acompanhamento por meio de advogado.³⁶

A despeito de inexistir lei que regulamente o tema, conforme abordado em momento anterior, as investigações realizadas atualmente pelo Ministério Público têm observado os contornos da regulamentação dada pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e pela Administração Superior de cada Ministério Público, especialmente através de resoluções de seus Conselhos Superiores.

A Resolução número 13, de 02 de outubro de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público "Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei n.º 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências"³⁷.

A referida resolução elenca os requisitos necessários para a instauração e para o arquivamento de um Procedimento de Investigação Criminal; dispõe sobre as formalidades que devem ser observadas na condução da instrução do procedimento; assegura a publicidade das investigações conduzidas; entre outras normas que garantem, ao investigado, direitos equivalentes àqueles existentes no inquérito policial.

Esta regulamentação de âmbito nacional foi objeto de detalhamento por parte dos Ministérios Públicos dos Estados, bem como os ramos pertinentes do Ministério Público da União (Ministério Público Federal, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios).

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 93.613/MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 15 mai. 2012. DJ 14 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=2765764>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

³⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 13, de 02 de outubro de 2006. Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei n.º 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/res_cnmp_13_2006_10_02.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2012.

Não basta, contudo, a existência de normas que disciplinem os procedimentos de investigação criminal. Faz-se necessário, também, que existam órgãos responsáveis pela fiscalização do cumprimento de tais normas.

No âmbito das investigações policiais, o principal ator na fiscalização é o Ministério Público, na medida em que exerce o controle externo da atividade policial. Entretanto, caso as investigações sejam conduzidas pelo *Parquet*, a quem caberá tal função? Esta indagação também é compartilhada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que pode ser verificado no trecho abaixo de recente julgamento daquela Corte:

Tal como ressaltado pelo eminente prof. Luís Roberto Barroso, em parecer encaminhado pela Secretaria de Direitos Humanos nos autos do INQ. 1968, fl. 21, não é desimportante lembrar que a Polícia sujeita-se ao controle do Ministério Público. Mas se o Ministério Público desempenhar, de maneira ampla e difusa, o papel da Polícia, quem irá fiscalizá-lo?

(...)

Nesse sentido, colho as ponderações de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens que assentam que o essencial é que existam mecanismos hábeis à efetivação de um controle sobre as diligências investigatórias conduzidas pelo Ministério Público. Em existindo, como de fato existem, tais estruturas de controle – ressalte-se, com proeminência, o controle jurisdicional –, elevadas razões jurídicas (art. 129, I e IX, da CRFB, c/c arts. 8º, V, da LC n.º 75/93, 26, da Lei n.º 8.625/93, e 4º, parágrafo único, do CPP), bem como o interesse público inerente à atividade investigatória, estão a justificar a sua realização pelo Ministério Público – (Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 106-116*).³⁸

O controle das investigações conduzidas pelas Instituições Ministeriais é atribuição levada a cabo preponderante pelo Poder Judiciário, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgado citado acima. Além de sua atuação como fiscal de direitos fundamentais, os juízes também podem trancar procedimentos de investigação criminal nos mesmos casos em que os inquéritos policiais.

Não bastasse isso, caso o Ministério Público não observe os direitos assegurados ao investigado previstos na regulamentação do inquérito policial e dos procedimentos de investigação criminal, poderá ser buscado socorro no Judiciário para fazer cessar a prática ilícita por parte do Promotor de Justiça ou Procurador da República.

Além dos controles já exercidos pelo Poder Judiciário, deve ser destacado que este papel também deve ser desempenhado pelo próprio Ministério Público através de diversos atores distintos, especialmente a Corregedoria Geral e o Conselho Superior, bem como, no

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 93.613/MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 15 mai. 2012. DJ 14 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=2765764>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

caso dos ramos do Ministério Público da União, as Câmaras de Coordenação e Revisão com atribuição sobre feitos criminais.

Ademais, caso o corporativismo prevaleça dentro da própria instituição ministerial, nada impede que se recorra ao Conselho Nacional do Ministério Público que, além disso, também pode efetuar fiscalizações de ofício.

Diante do exposto, conclui-se que os argumentos contrários ao poder de investigação criminal do Ministério Público não prosperam.

2.3 O posicionamento dos tribunais brasileiros

Nas seções abaixo serão apresentados julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o poder de investigação criminal de forma cronológica, dando especial destaque a eventuais modificações de entendimento por parte das referidas Cortes de Justiça.

2.3.1 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Discutidos os elementos básicos desta controvérsia, faz-se necessária uma compilação do que tem prevalecido na jurisprudência das mais importantes Cortes brasileiras.

O Superior Tribunal de Justiça sempre adotou o entendimento de que o Ministério Público pode realizar investigações criminais na fase pré-processual, como já mencionado anteriormente. Resumindo bem a posição da Corte, o Excelentíssimo Ministro Gilson Dipp se manifestou no julgamento do *habeas corpus* 13.368/DF da seguinte forma:

Tomando conhecimento de uma infração penal, pode o Ministério Público instaurar procedimento para a apuração do fato, não estando obrigado a requisitar inquérito policial.

E o procedimento assim instaurado não afronta o texto constitucional, nem viola direitos do investigado. Ao contrário, a Constituição Federal respalda a atuação do *Parquet*, permitindo-lhe apurar diretamente as infrações penais, instaurando procedimentos, requisitando informações e documentos de entidades públicas e privadas, além de autorizar a expedição das notificações que se fizerem necessárias.³⁹

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 13.368/DF. Paciente: Marco Aurélio Vergílio de Souza. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgamento: 03 abr. 2001. DJ 04 jun. 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=55437&nreg=200000508110&dt=20010604&formato=PDF>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

Esta orientação jurisprudencial é antiga, podendo ser encontrados precedentes que datam de quase vinte anos atrás, tais como o recurso ordinário em *habeas corpus* 4.074/PR, julgado em 28/11/1994, e o recurso ordinário em *habeas corpus* 4.769/PR, julgado em 07/11/1995.

A questão que chegou ao Superior Tribunal de Justiça não foi, propriamente, a existência ou não de prerrogativa ministerial para conduzir investigações criminais de natureza pré-processual. O que os recursos ordinários em *habeas corpus* questionavam era a validade de denúncia e a condução do processo penal por membros do Ministério Público que tivessem atuado na fase inquisitorial, ou seja, tendo como pressuposto a existência de uma investigação realizada pelo *Parquet*.

O tema gerou substancial controvérsia no âmbito daquela Corte de Justiça, o que pode ser verificado pela divergência entre as decisões verificadas nos precedentes mencionados acima, cujas ementas reproduzimos:

PROCESSUAL PENAL. IMPEDIMENTO MINISTERIO PUBLICO E JUIZ DE DIREITO.

I - A ATUAÇÃO DO PROMOTOR NA FASE INVESTIGATORIA - PRE-PROCESSUAL NÃO O INCOMPATIBILIZA PARA O EXERCÍCIO DA CORRESPONDENTE AÇÃO PENAL.

II - AS CAUSAS DE SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO SÃO EXCLUSIVAMENTE AQUELAS ELENCADAS "EXPRESSIS VERBIS" NOS ARTIGOS 252 E 254, DO CPP. O ROL É TAXATIVO, NÃO PODE SER AMPLIADO.

III - DESPICIENDAS AS ALEGAÇÕES DE IMPEDIMENTO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA E DO JUIZ DE DIREITO, EIS QUE NÃO SE ENQUADRAM NAS PREVISÕES LEGAIS.

IV - PREJUÍZO INDEMONSTRADO.

V - RECURSO IMPROVIDO.⁴⁰

RHC - CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL PENAL - MAGISTRADO - MINISTERIO PUBLICO - O MAGISTRADO E O MEMBRO DO MINISTERIO PUBLICO SE HOVEREM PARTICIPADO DA INVESTIGAÇÃO PROBATORIA NÃO PODEM ATUAR NO PROCESSO.

RECLAMA-SE ISENÇÃO DE ANIMO DE AMBOS. RESTARAM COMPROMETIDAS (SENTIDO JURIDICO). DAI A POSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DE IMPEDIMENTO, OU SUSPEIÇÃO.

POR UNANIMIDADE, CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.⁴¹

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso ordinário em habeas corpus nº 4074/PR*. Paciente: Sebastião Antônio Borges de Sampaio. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Min. Pedro Acioli. Julgamento: 28 nov. 1994. DJ 20 fev. 1995. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400333498&dt_publicacao=20-02-1995&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso ordinário em habeas corpus nº 4769/PR*. Paciente: Vergílio Alberto Trevisan. Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgamento: 07 nov. 1995. DJ 06 mai. 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500374617&dt_publicacao=06-05-1996&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

A divergência jurisprudencial no tocante ao impedimento ou não dos membros do Ministério Público que atuam na fase de investigação criminal foi pacificada, posteriormente, com a edição do enunciado 234 da súmula de jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, cujos termos são: "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia"⁴².

Há, contudo, quem afirme que o referido texto não faria referência expressa ao poder investigatório, tendo como ponto fulcral apenas a participação do membro do *Parquet* realizando o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF).

Essa não é, todavia, a conclusão que se tira da leitura dos precedentes, os quais sempre elencam situações de participação ativa de membros do Ministério Público na investigação. A título exemplificativo, podem ser apresentadas as seguintes ementas:

PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. IMPUTAÇÃO GENÉRICA. ART. 41 DO CPP. PRISÃO PREVENTIVA. NULIDADE DO DECRETO. INOCORRÊNCIA. TÓPICOS NÃO APRECIADOS.

- Havendo descrição suficiente dos fatos, e configurando estes, crime em tese, nos termos do art. 41 do CPP, não se pode ter por genérica a denúncia.
- A participação de membro do Parquet na busca de dados para o oferecimento da denúncia não enseja, per si, impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.
- Inocorrência de nulidade no decreto prisional em virtude da transcrição de escuta telefônica não ter sido realizada por perito oficial, tendo em vista o caráter indiciário conferido à transcrição e o fato de que há outros elementos a justificar a prisão preventiva.
- A impossibilidade de se realizar, em sede de habeas corpus, minucioso cotejo do material probatório impede a apreciação da nulidade da prisão preventiva.
- Não se conhece de parte do writ acerca de tópicos que não foram ser apreciados no e. Tribunal local.
- Habeas corpus parcialmente conhecido e, aí, indeferido.⁴³

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ATOS INVESTIGATÓRIOS REALIZADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VALIDADE. ORDEM DENEGADA.

I. São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento de denúncia.

II. Ordem que se denega.⁴⁴

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. *Súmula 234*. DJ 07 fev. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn='000000234'>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus nº 9023/SC*. Pacientes: Sebastião Jean Adriano Esterchotter e outros. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Felix Fischer. Julgamento: 08 jun. 1999. DJ 01 jul. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199900303571&dt_publicacao=01-07-1999&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

A orientação adotada pelos precedentes mais recentes também é favorável ao poder de investigação do Ministério Público. De fato, em julgamento realizado em 25 de setembro de 2012, foi reafirmada a jurisprudência neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO MÉRITO NO PRÓPRIO AGRAVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 284 DO STF. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Sendo a matéria pacífica no Superior Tribunal de Justiça, revela-se perfeitamente possível a sua apreciação no próprio agravo de instrumento, não havendo a necessidade de dar prosseguimento ao recurso especial para análise do mérito da causa.
2. O Ministério Público, por expressa previsão constitucional, possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo e conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar documentos e informações que entender necessários ao exercício de suas atribuições. Precedentes desta Corte.
3. Constatada a deficiência na fundamentação do recurso especial (Súmula 284/STF), tendo em vista que os recorrentes não comprovaram de que maneira o acórdão recorrido teria violado os dispositivos legais indicados, bem como a ausência de prequestionamento, mostra-se inviável o conhecimento do apelo especial nesse ponto.
4. Os recorrentes não lograram comprovar a alegada divergência jurisprudencial, nos termos exigidos pelos dispositivos legais e regimentais que disciplinam a matéria, notadamente porque nãoefetuaram o necessário cotejo analítico entre as teses divergentes, inviabilizando o processamento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁵

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça é guardião do direito infraconstitucional brasileiro, atuando como órgão judiciário cuja função precípua é a uniformização da jurisprudência dos temas infraconstitucionais. Como a distribuição de competência ao Ministério Público se deu pela própria Constituição da República, a última palavra é do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 7445/RJ. Pacientes: Ricardo Rangel Sohn. Impetrado: Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgamento: 01 dez. 1998. DJ 01 fev. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800322515&dt_publicacao=01-02-1999&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo de instrumento* nº 1.163.579/SP. Agravantes: Nelson Nicácio de Lima e outros. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 25 set. 2012. DJ 02 out. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1181775&sReg=200901173912&sData=20121002&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2012.

2.3.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte brasileira discute a possibilidade de o Ministério Público conduzir investigações criminais há muito tempo, mas a questão nunca chegou ao ponto de ser pacificada, haja vista a constante alternância entre teses prevalecentes no âmbito do Tribunal.

A primeira vez que o tema foi discutido foi em 1957, oportunidade em que o Tribunal Pleno, por unanimidade, julgou que "a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do ministério público, na investigação do crime" não é autorizada pelo Código de Processo Penal. Com o fim de melhor esclarecer o tema, cita-se o voto do Ministro Nelson Hungria, proferido naqueles autos:

(...) embora permitida pelo art. 73, VIII, da Constituição de Alagoas a "Comissão Judiciária" a que se refere o recorrente, não é ela compatível com o Código de Processo Penal, pois este não autoriza, sob qualquer pretexto, semelhante deslocação da competência, ou, seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e o membro do M.P. na investigação do crime e, a seguir, o afastamento do Juiz que seria competente por distribuição, para investir como juiz processante aquele mesmo que presidira o inquérito policial. A Constituição alegava, atribuindo-se a disciplina da competência em matéria processual penal, de modo diverso do Código de Processo Penal, está em choque com o art. 5º, XV, letra a, da Constituição Federal, e, assim, não pode subsistir.⁴⁶

Como se conclui da fundamentação do voto, a investigação não foi conduzida propriamente pelo Ministério Público, mas por órgão denominado "Comissão Judiciária", o qual era composto pelo Juiz e pelo Promotor de Justiça. A despeito disso, ficou consignado que estas autoridades não poderiam substituir o Delegado de Polícia no âmbito da investigação criminal, ao menos na forma desta comissão prevista na Constituição do Estado de Alagoas, pois tal situação violava o Código de Processo Penal.

É importante observar, contudo, que a discussão travada naquela oportunidade não pode ser transportada para o momento atual, em decorrência da modificação da Constituição da República.

Algumas décadas depois, o tema voltou à pauta do Supremo Tribunal Federal. Agora, o contexto era um pouco diferente, uma vez que o caso envolvia algumas peculiaridades interessantes, como o fato de os investigados serem um Delegado de Polícia e um Comissário de Polícia; a investigação conduzida no inquérito policial não ter dado

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em habeas corpus nº 34.827/AL*. Recorrente: Waldomiro Pinho. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Relator: Min. Nelson Hungria. Julgamento: 31 jan. 1957. DJ 23 set. 1957. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=88653>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

qualquer resultado; e a vigência da Lei Complementar 40 de 1981, que estabelecia "normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual".

Sobre a lei mencionada, é importante destacar que ela continha dispositivos interessantes acerca da relação entre o Ministério Público e a condução do inquérito policial, quais sejam:

Art. 7º - Ao Procurador-Geral de Justiça incumbe, além de outras atribuições:
VII - avocar, excepcional e fundamentadamente, inquéritos policiais em andamento, onde não houver Delegado de carreira;

Art. 15 - São atribuições dos membros do Ministério Público:

I - promover diligências e requisitar documentos, certidões e informações de qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal, da Administração Direta ou Indireta, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional, podendo dirigir-se diretamente a qualquer autoridade;

II - expedir notificações;

III - acompanhar atos investigatórios junto a organismos policiais ou administrativos, quando assim considerarem conveniente à apuração de infrações penais, ou se designados pelo Procurador-Geral;

IV - requisitar informações, resguardando o direito de sigilo;

V - assumir a direção de inquéritos policiais, quando designados pelo Procurador-Geral, nos termos do inciso VII do art. 7º desta Lei.⁴⁷

As normas vigentes àquela época autorizavam, em sua literalidade, que o membro do Ministério Público dirigisse o inquérito policial, nos casos em que fosse designado pelo Procurador-Geral de Justiça após advocação fundamentada e excepcional, mas tal fato só poderia ocorrer quando não houvesse delegado de carreira na comarca.

Foi neste cenário que o Supremo Tribunal Federal julgou o recurso de *habeas corpus* 66.176/SC, em que o Ministério Público teria conduzido parte da investigação criminal após a conclusão do inquérito policial com o relatório elaborado pelo Delegado de Polícia. Para sintetizar os fatos, cita-se trecho do voto do Ministro Carlos Madeira em que reproduz parcialmente o relatório do acórdão impugnado:

Colhe-se dos autos que o preso Orival Soares empreendeu fuga da Cadeia Pública de Timbó e foi ventilada a responsabilidade do então Delegado e outro subordinado, daquela Cidade, na facilitação da evasão do preso.

Em inquérito presidido pelo Dr. Antônio Carlos Gomes, Delegado de Indaial, designado para tal incumbência, nada foi apurado.

Com a recaptura do preso Orival Soares, o representante do Parquet da comarca de Timbó, diligenciou para apurar novos fatos e concluiu por denunciar o ora paciente,

⁴⁷ BRASIL. Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp40.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

já que o inquérito anteriormente concluído, contrastava em demasia com as averiguações constatadas pelas diligências realizadas.⁴⁸

O próprio Ministro Relator trouxe um esclarecimento interessante em seu voto. Consistiu no fato de que, após o relatório da Autoridade Policial, o preso foi recapturado e, em seguida, ouvido pelo Delegado. Só a partir de então que o Ministério Público passou a colher elementos adicionais, com os quais ofereceu a denúncia contra o então Delegado. Impetrado *habeas corpus* para trancar o inquérito, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. FALTA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.

O inquérito policial não é peça indispensável ao oferecimento da denúncia.

Portanto, se cabe ao Ministério Público requisitar a baixa do inquérito que nada apurou, para obter maiores esclarecimentos, nada obsta que o Promotor de Justiça inicie a persecutio criminis através de providências por ele mesmo encetadas no sentido de buscar a verdade dos fatos e, se destas providências resultar um fumus boni iuris para o oferecimento da exordial acusatória, pois como titular da ação penal, tem o parquet poderes investigatórios.⁴⁹

O Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar o recurso contra a decisão citada acima, entendeu que a colheita de prova complementar diretamente pelo membro do Ministério Público não implicaria em nulidade, haja vista que o inquérito policial teria sido conduzido pelo Delegado. Ao fim, a questão ficou ementada da seguinte forma:

'RECURSO DE HABEAS CORPUS'. Denúncia baseada em investigações acompanhadas pelo Promotor Público. Pode o Ministério Público requisitar a abertura de inquérito e a realização de diligências policiais, além de solicitar esclarecimentos ou novos elementos de convicção a quaisquer autoridades ou funcionários (artigos 5.º II, 13, II e 47 do C.P. Penal). Compete-lhe ainda acompanhar atos investigatórios junto aos órgãos policiais e até exercer função de polícia judiciária, na ausência do delegado de polícia (art. 15, III e V da Lei Complementar 40, de 1981). Tanto, porém, não importa, intervir nos atos do inquérito e muito menos dirigi-lo, quando tem a presidi-lo a autoridade policial competente. Diligências acompanhadas pelo Promotor Público que resultaram na denúncia oferecida contra o delegado de polícia. Inépcia e ausência de justa causa não demonstradas. Recurso improvido.⁵⁰

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em habeas corpus nº 66.176/SC*. Recorrente: Eldo Machado dos Reis. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Carlos Madeira. Julgamento: 26 abr. 1988. DJ 12 mai. 1988. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=101875>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em habeas corpus nº 66.176/SC*. Recorrente: Eldo Machado dos Reis. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Carlos Madeira. Julgamento: 26 abr. 1988. DJ 12 mai. 1988. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=101875>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em habeas corpus nº 66.176/SC*. Recorrente: Eldo Machado dos Reis. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Carlos Madeira. Julgamento: 26

A partir da conclusão do julgamento, fica evidente que o entendimento da Suprema Corte brasileira, àquela época, era contrário à condução de procedimentos de investigação próprios pelo Ministério Público. É de se destacar, todavia, que o precedente ainda tem como contexto as normas anteriores à Constituição da República de 1988.

Sob a égide do novo texto constitucional, o tema voltou a ser discutido no Supremo Tribunal Federal. No *habeas corpus* 75.769/MG, a Corte analisou o caso de um delegado de polícia e um detetive de polícia foram condenados por terem ameaçado de morte uma testemunha que prestara depoimento contra um policial civil.

Inicialmente, a Corregedoria Geral da Polícia de Minas Gerais instaurou sindicância para investigar os fatos, mas não foi apurado nada de concreto, motivo pelo qual não instaurou inquérito policial.

Em decorrência de tal fato, passou o Ministério Público a conduzir a investigação a partir dos elementos já obtidos na sindicância, tendo o Promotor de Justiça decidido pelo oferecimento da denúncia julgada procedente.

No *habeas corpus*, foi sustentada a nulidade do processo não porque o Ministério Público teria conduzido parte da investigação, mas pelo fato de o Promotor que o fez ter sido o mesmo que ofereceu a denúncia e participou do processo em primeira instância.

Ao final, o Ministro Octavio Gallotti proferiu voto vencedor que afirmou o seguinte:

No que se refere ao representante do Ministério Público, como bem salientou o parecer de fls. 141/150: "o empenho pelo órgão do Ministério Público demonstrado na fase investigatória, não o inibe de promover também a ação penal". E acrescenta, não há que se considerar impedido o Promotor de Justiça por haver, no uso de suas faculdades legais - art. 26, inciso I, a, b, e c e inciso V da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público; Constituição Federal, art. 129, VI e VII e Constituição Estadual, art. 120, V e VI - acompanhado atos de investigação ou feito diretamente alguma diligência relevante para futura acusação.

(...)

Tampouco se evidencia irregularidade na participação do Ministério Público em fase investigatória (...).⁵¹

A despeito de o processo ter sido iniciado a partir de elementos produzidos, em parte, por investigação conduzida pelo Ministério Público, não foi concedido *habeas corpus* de

abr. 1988. DJ 12 mai. 1988. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=101875>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n.º 75.769/MG. Paciente: Agostinho Soares Duarte e outro. Coator: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Octávio Gallotti. Julgamento: 30 set. 1997. DJU 28 nov. 1997. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76228>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

ofício para trancar a ação penal ou considerar algumas das provas nulas. Pode-se concluir, portanto, que o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento favorável à atribuição investigativa do *Parquet*.

Posteriormente, contudo, verificou-se uma viragem jurisprudencial que levou a Corte a assumir posição evidentemente contrária à prática de inquéritos penais pelo Ministério Público a partir de 1998.

Esse novo posicionamento foi fundamentado na ausência de previsão expressa, seja na Constituição Federal ou em diploma infraconstitucional⁵², tendo como defensores constitucionalistas de escol, tais como José Afonso da Silva, Uadi Lammêgo Bulos, entre outros. Esclarecedor é o voto do Excelentíssimo Ministro Nelson Jobim, proferido no julgamento do recurso extraordinário 233.072/RJ:

Quero registrar que não me oponho a que o Ministério Público venha, no futuro, fazer investigações criminais como são feitas em outros países com excelentes resultados.

A minha objeção está na inexistência de prévia normatização legal que regule tal atribuição. Veja-se: sem normas que regulamentem o procedimento investigatório penal do Ministério Público, não há garantia da lisura e do controle desta investigação, pois sem o devido processo administrativo o material coletado estará numa pasta ou numa gaveta ou num armário, sem acesso a quem quer que seja, inclusive ao advogado, o qual não terá a garantia de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante ou de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos” (Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/94, artigo 7º, XIV); poderá não ser utilizada prova coletada que incrimine ou absolva determinado indiciado, segundo conveniências subjetivas e fora de qualquer controle; não haverá como dar eficácia à disposição constitucional que admite ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não foi intentada no prazo legal (CF, artigo 5º, LIX), porque dificilmente se saberá qual o *dies a quo* do início da contagem deste prazo legal.⁵³

Seguindo a mesma linha, podem ser indicados diversos outros precedentes, tais como o recurso extraordinário 205.473/AL, julgado em 15 de dezembro de 1998, e o recurso ordinário em *habeas corpus* 81.326/DF, julgado em 06 de maio de 2003, cujas ementas são reproduzidas a seguir:

⁵² Observe-se que, como já mencionado em um tópico anterior, o artigo 129, inciso IX, da Constituição da República autoriza a atribuição de competências ao Ministério Público por meio de lei ordinária, desde que haja compatibilidade com as suas finalidades institucionais.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n.º 233.072/RJ*. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Joaquim Alfredo Soares Vianna. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 18 mai. 1999. DJ 03 mai. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254242>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º.

I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior.

II. - R.E. não conhecido.⁵⁴

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRÇÃO. ILEGITIMIDADE.

1. PORTARIA. PUBLICIDADE A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes.

2. INQUIRÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido.⁵⁵

Foram proferidas diversas decisões neste sentido, mas todas foram elas pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, órgão composto pelo Ministro Nelson Jobim. Trata-se, portanto, de tema que poderia ter julgamento em sentido contrário quando apreciado pelo Plenário da Corte, oportunidade em que os outros seis Ministros poderiam fazer prevalecer a tese contrária.

Por isso, foi gerada imensa expectativa quando foi iniciado o julgamento da licitude de investigação conduzida pelo Ministério Público contra o então Deputado Federal Remi Abreu Trinta pela prática do crime de estelionato.

O Relator do INQ 1968/DF, Ministro Marco Aurélio, votou contrariamente ao poder de investigação do Ministério Público, tese seguida pelo Ministro Nelson Jobim. O Ministro

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 205.473/AL*. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: União Federal. Relator: Min. Carlos Mário Velloso. Julgamento 15 dez. 1998. DJ 19 mar. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239911>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em habeas corpus n.º 81.326/DF*. Recorrente: Marco Aurélio Vergílio de Souza. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 06 mai. 2003. DJ 01 ago. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

Joaquim Barbosa, por sua vez, abriu divergência no sentido de que a investigação pré-processual pelo Ministério Público seria lícita, no que foi seguido pelos Ministros Ayres Britto e Eros Grau.

Em seguida, o Ministro Cezar Peluso pediu vista dos autos, mas, antes que pudesse apresentar seu voto-vista, o mandato do investigado foi extinto. Logo, o Supremo Tribunal Federal deixou de ser competente para apreciar o tema, razão pela qual os autos foram remetidos para o juízo de primeira instância do Estado do Maranhão. Enquanto isso, o poder investigatório criminal do Ministério Público continuava em aberto.

Em 2009, a temática sofreu mais uma drástica mudança de entendimento, tendo sido proferidas diversas decisões pela Segunda Turma em favor do poder de investigação do Ministério Público. A primeira delas foi o julgamento realizado no *habeas corpus* HC 91.661/PE, cuja ementa tem a seguinte redação:

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

1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público.
2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes.
3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório.
4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal.
5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti.
6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.
7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.

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

9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.⁵⁶

No entanto, o precedente mais contundente sobre o tema veio a ser o HC 89.837/DF, em que o Núcleo de Controle da Atividade Policial do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios investigou e denunciou delegado de Polícia Civil pelo crime de tortura. No Supremo Tribunal, a defesa do policial pleiteou a nulidade do processo porquanto a investigação pelo Ministério Público seria ilícita. Entretanto, a Segunda Turma do tribunal adotou entendimento contrário, referendado a investigação pré-processual realizada pelo *Parquet*:

"HABEAS CORPUS" - CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO "PARQUET" - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - MAGISTÉRIO DA DOCTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO.

NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO.

- O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a "informatio delicti". Precedentes.

- A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito.

- A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o "dominus litis", determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n.º 91.661/PE. Pacientes: Andreick Fontes Moura e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 10 mar. 2009. DJ 02 abr. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584784>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

"opinio delicti", sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes.

A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL.

- Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "persecutio criminis in iudicio", desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA.

- A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.

- Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público.

- Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina.

É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA.

- O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "dominus litis" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a "opinio delicti", em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes.

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: OPORTUNIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO "PARQUET", O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL.

- O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-organica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.).

- O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de

informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado.

- O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.⁵⁷

A leitura da ementa e, especialmente, do longo voto do Relator, Ministro Celso de Mello, esclarece que não somente a questão da possibilidade ou não de a Instituição Ministerial realizar investigações criminais foi fixada, mas, sobretudo, os parâmetros que devem ser seguidos quando isto é feito.

De fato, a parte final do voto relaciona algumas regras que devem ser seguidas pelo membro do Ministério Público que preside investigação criminal. Não pode o Promotor de Justiça ou o Procurador da República negar ao defensor do investigado acesso aos autos; não pode ser determinada a condução coercitiva do investigado para prestar depoimento; deve ser respeitado o direito ao silêncio do investigado; não pode haver sonegação de elementos probatórios, entre outros.

Firmou-se, mais uma vez, orientação predominante no Supremo Tribunal Federal. A despeito disso, ainda restava o questionamento acerca de qual posicionamento o Plenário da Corte seguiria.

Para que tal questão fosse resolvida em definitivo, foi reconhecida a sua repercussão geral em 27 de agosto de 2009 no recurso extraordinário 593.727/MG, de forma que o julgamento seria aplicável a outros casos similares.

O julgamento da repercussão geral teve início em junho de 2012, oportunidade em que os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski votaram a favor do poder de investigação do Ministério Público apenas em casos excepcionais. Em notícia veiculada no sítio do Supremo Tribunal Federal, foi esclarecido o contorno dado a estes casos extraordinários:

Na sessão de quarta-feira passada, o ministro Cezar Peluso, relator do recurso, afirmou que não há previsão constitucional para o MP exercer investigações criminais em substituição à Polícia Judiciária, a não ser em casos excepcionais. Hoje, ele reafirmou sua posição. "A regra da Constituição é que a atividade de poder de polícia cabe às polícias federal e civis. Porém, a Constituição abre algumas

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n.º 89.837/DF. Paciente: Emanuel Loureiro Ferreira. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 20 out. 2009. DJ 19 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605906>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

exceções que são sistemáticas e que permitem reconhecer esse poder ao Ministério Público.”

Para o relator, o MP pode realizar investigações criminais quando esta tiver por objeto fatos teoricamente criminosos praticados por membros ou servidores do próprio MP, por autoridades ou agentes policiais e, ainda, por terceiros, quando a autoridade policial, notificada sobre o caso, não instaurar o devido inquérito policial. Esse procedimento investigatório deverá obedecer, por analogia, as normas que regem o inquérito policial, que deve ser, em regra, público e sempre supervisionado pelo Poder Judiciário.⁵⁸

A investigação ministerial estaria limitada, para esta primeira corrente, apenas a três casos: (1) crimes praticados por membros do Ministério Público; (2) crimes praticados por autoridades e agentes policiais; e (3) demais crimes, quando a Autoridade Policial não instaurar inquérito policial, mesmo após a sua requisição pelo membro do *Parquet*.

O Ministro Gilmar Mendes, contudo, abriu divergência para que fosse aplicada a jurisprudência sedimentada no âmbito da Segunda Turma do tribunal, cujos contornos são mais amplos que aqueles definidos no voto do Ministro Relator. Nesse ponto, foi seguido por Celso de Mello.

Para esta segunda corrente, o poder de investigação ministerial seria mais amplo, englobando também certos crimes, como aqueles praticados contra a Administração Pública, bem como às situações em que ficasse clara a inércia ou procrastinação por parte da polícia na condução da investigação.

A terceira corrente, presente nos votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Ayres Britto, é ainda mais ampla, uma vez que não coloca o poder de investigação pré-processual do Ministério Público como subsidiário em relação à polícia.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio manifestou que é contrário ao entendimento de que o *Parquet* pode conduzir investigações penais. A despeito disso, não preferiu voto na assentada.

O julgamento, entretanto, não chegou a ser concluído, uma vez que o Ministro Luiz Fux pediu vista dos autos.

Na sessão plenária realizada no dia 19 de dezembro de 2012, o Ministro Luiz Fux trouxe o seu voto-vista, oportunidade em que se manifestou favoravelmente ao poder de investigação do Ministério Público, contanto que sejam observadas certas diretrizes.

Destacou, ainda, que a investigação pelo *Parquet* "milita em favor dos direitos fundamentais", uma vez que assegura "a independência na condução de investigações,

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista suspende julgamento sobre poder de investigação do MP*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=210903>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

especialmente em relação a crimes praticados por policiais", conforme notícia publicada pelo próprio Supremo Tribunal Federal⁵⁹.

O Ministro também ressaltou que o entendimento contrário ao poder de investigação do Ministério Público tem como consequência a impunidade relativamente a crimes contra a ordem tributária, contra o meio ambiente e contra a Administração Pública. Assim, aproxima-se mais da segunda corrente do julgamento.

Ao final, o julgamento foi novamente interrompido por pedido de vista. Desta vez, oriundo do Ministro Marco Aurélio.

Dados os votos proferidos até o momento, o cenário mais provável é que o posicionamento da Segunda Turma seja referendado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, consolidando o entendimento de que o Ministério Público possui poder de investigar infrações penais em procedimentos presididos por membros da Instituição.

É importante mencionar, inclusive, que os votos constantemente fazem referência a parâmetros que devem ser observados pelo Ministério Público ao conduzir investigações. De forma geral, tem sido consignado que as normas pertinentes ao inquérito policial também deve ser aplicadas aos procedimentos investigatórios criminais do MP.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento sobre poder de investigação do MP é novamente suspenso*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=227089>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

3 A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 37/2011

Neste capítulo será apresentada a proposta de Emenda à Constituição de número 37/2011, evidenciando a sua redação original e como ela foi alterada durante a sua tramitação na Câmara dos Deputados.

Em seguida, os motivos pelos quais a sua aprovação não é conveniente para a ordem jurídica serão expostos.

3.1 O conteúdo da proposta

A proposta de Emenda à Constituição (PEC) de número 37/2011, de autoria do Deputado Federal Lourival Mendes, surgiu como resposta à consolidação da jurisprudência da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em favor do poder de investigação do Ministério Público. A sua redação original era a seguinte:

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.⁶⁰

O artigo 144 da Constituição Federal dispõe sobre os órgãos de segurança pública brasileiros, englobando as polícias de natureza civil (Polícia Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Civil), bem como certas corporações militares (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar).

Em seu parágrafo primeiro, são elencadas atribuições da Polícia Federal. Entre elas, deve ser destacada a tarefa de apurar infrações penais em três casos, quais sejam: (1) contra a ordem política e social; (2) em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas; e (3) cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.

⁶⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2B9FE70DFED112B7A9F1CAE-DACFE49A4.node2?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acesso em: 29 dez. 2012.

O parágrafo quarto, por sua vez, dispõe que é atribuição das Polícias Civis apurar infrações penais, exceto as de natureza militar, haja vista que sua investigação cabe às respectivas corporações militares através de inquérito policial militar. Também é feita ressalva quanto à competência da União, de forma a impedir que os órgãos policiais estaduais investiguem crimes tipicamente federais.

Partindo dessas premissas, constata-se que a proposta, em sua redação original, deixaria a investigação de infrações penais como atribuição privativa das Polícias Federal e Civil, exceto nos casos de crimes militares, cuja competência permaneceria inalterada.

A proposta de Emenda à Constituição 37/2011 foi justificada pelo seu autor em razão da existência de "procedimentos informais de investigação conduzidos em instrumentos, sem forma, sem controle e sem prazo, condições absolutamente contrárias ao estado de direito vigente"⁶¹. A exposição de motivos faz referência aos procedimentos de investigação criminal conduzidos pelo Ministério Público, atribuindo-lhes aquelas características, motivo pelo qual seria, na visão de seu autor, conveniente aprovar a PEC para impedir a continuidade de investigações sem controle.

A intenção, portanto, era deixar claro que o Ministério Público não poderia realizar qualquer investigação na fase pré-processual. Tanto é assim que a justificativa também contempla, expressamente, a questão do poder investigatório do *Parquet*, ao citar obra de Alberto José Tavares Vieira da Silva:

Ao Ministério Público nacional são confiadas atribuições multifárias de destacado relevo, ressaíndo, entre tanta, a de fiscal da lei. A investigação de crimes, entretanto, não está incluída no círculo de suas competências legais. Apenas um segmento dessa honrada instituição entende em sentido contrário, sem razão.

Não engrandece nem fortalece o Ministério Público o exercício da atividade investigatória de crimes, sem respaldo legal, revelador de perigoso arbítrio, a propiciar o sepultamento de direito e garantias inalienáveis dos cidadãos.

O êxito das investigações depende de um cabedal de conhecimentos técnico-científicos de que não dispõe os integrantes do Ministério Público e seu corpo funcional. As instituições policiais são as únicas que contam com pessoal capacitado para investigar crimes e, dessarte cumprir com a missão que lhe outorga o art. 144 da Constituição Federal.⁶²

⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2B9FE70DFED112B7A9F1CAE DACFE49A4.node2?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁶² SILVA, Alberto José Tavares da *apud* BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2B9FE70DFED112B7A9F1CAE DACFE49A4.node2?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acesso em: 29 dez. 2012.

É de se destacar, por fim, que a proposta tinha como objetivo tão somente excluir o Ministério Público das investigações criminais, mantendo as atribuições de outros órgãos para realizar as mesmas atividades. Essa conclusão está em consonância com a justificação da PEC 37/2011, uma vez que ela afirma expressamente que:

Preliminarmente, devemos ressaltar que as demais competências ou atribuições definidas em nossa Carta Magna, como, por exemplo, a investigação criminal por comissão parlamentar de inquérito, não estão afetadas, haja vista o princípio que não há revogação tácita de dispositivos constitucionais, cuja interpretação deve ser conforme. Dessa forma, repetimos que, com a regra proposta, ficam preservadas todas as atuais competências ou atribuições de outros segmentos para a investigação criminal, conforme já definidas na Constituição Federal.⁶³

Partindo de uma perspectiva crítica, percebe-se que a PEC 37/2011 possui um cunho nitidamente corporativista. Almeja-se, com ela, tão somente excluir os membros do Ministério Público do exercício de atribuições que os delegados de Polícia acreditam serem suas.

O fato de o autor da proposta ser delegado de polícia de carreira, conforme consta de seu perfil no sítio do Congresso Nacional⁶⁴, torna esse viés ainda mais nítido.

3.2 A tramitação da proposta

A proposta de Emenda à Constituição 37/2011 foi apresentada na Câmara dos Deputados em 08 de junho de 2011⁶⁵. Em seguida, a PEC seguiu para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da mesma Casa, recebendo parecer pela admissibilidade do Relator, Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, em 05 de outubro de 2011. Posteriormente, o parecer foi aprovado pela referida comissão, em votação ocorrida em 13 de dezembro de 2011.

Em 07 de março de 2012, o Presidente da Câmara dos Deputados criou comissão especial destinada a proferir parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição 37/2011. Nela, foram realizadas quatro audiências públicas, com a participação de representantes dos

⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=2B9FE70DFED112B7A9F1CAE DACFE49A4.node2?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁶⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Deputado Lourival Mendes*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/Deputado/dep_Detalhe.asp?id=530062>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁶⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC 37/2011 - Projetos de Lei e outras proposições*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

delegados de polícia, dos agentes de polícia, do Ministério Público, da magistratura e da advocacia.

Em 13 de junho de 2012, o Relator, Deputado Fábio Trad, apresentou parecer favorável e voto em favor de substitutivo, pelo qual a Emenda teria a seguinte redação:

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 incumbe privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente, ressalvadas as competências próprias:

I – das polícias do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das assembleias legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, nos termos dos arts. 51, IV, 52, XIII, 27, § 3º e 32, § 3º, respectivamente;

II – das Comissões Parlamentares de Inquérito; e

III – dos Tribunais e do Ministério Público, em relação aos seus membros, conforme previsto nas respectivas leis orgânicas."

Art. 2º. O art. 129 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 6º e 7º:

"Art. 129.

§ 6º É facultado ao Ministério Público complementar provas obtidas por órgãos não policiais, com atribuições investigatórias definidas em lei e derivadas desta Constituição, bem como na hipótese de infrações penais conexas apuradas em inquérito civil, em qualquer dos casos, desde que esteja provada a autoria.

§ 7º No exercício das funções institucionais dispostas nos incisos II e VI, o Ministério Público deverá atuar, em caráter subsidiário, na apuração das infrações penais conduzida pelo delegado de polícia, no âmbito do inquérito policial, ou pelo oficial das Forças Armadas, da polícia militar ou do corpo de bombeiros militar, no âmbito do inquérito policial militar, acerca de crime cometido no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, ou contra a Administração Pública, por agente político ou agente público, bem como aquele envolvendo organização criminosa, assim definida em lei."

Art. 3º. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é acrescido do art. 98, com a seguinte redação:

"Art. 98. Ficam ressalvados os procedimentos investigativos criminais realizados pelo Ministério Público até a data de publicação da Emenda Constitucional que acrescentou o § 10 ao art. 144 e os §§ 6º e 7º ao art. 129 da Constituição Federal."

Art. 4º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.⁶⁶

⁶⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer sobre a proposta de Emenda à Constituição nº 37-A/2011 na Comissão Especial da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2B9FE70DFED112B7A9F1CAE DACFE49A4.node2?codteor=1001565&filename=Parecer-PEC03711-13-06-2012>. Acesso em: 29 dez. 2012.

Da leitura do substitutivo, fica claro que houve significativo avanço no que concerne à técnica legislativa. Com efeito, foi feita ressalva expressa quanto à competência de diversos órgãos públicos quanto à possibilidade de conduzirem investigações criminais, como é o caso das polícias legislativas e das comissões parlamentares de inquérito. Também foi ressalvado o poder de investigação criminal do Ministério Público e do Poder Judiciário quanto aos seus próprios membros, hipóteses em que há previsão normativa expressa nesse sentido.

Ademais, foi incluída norma de transição para convalidar expressamente as investigações criminais conduzidas pelo Ministério Público até a data da promulgação da Emenda Constitucional. Com isso, afasta-se a discussão acerca da nulidade de diversas investigações e processos penais já existentes, muitos deles, inclusive, com condenações transitadas em julgado.

O substitutivo também trouxe inovações. O artigo 2º tinha como finalidade incluir a possibilidade de o Ministério Público realizar diligências diretamente apenas para o efeito de complementar provas obtidas por órgãos não policiais, bem como para complementar os elementos colhidos em inquérito civil que investigue fatos que também possuam relevância penal. Em ambos os casos, a realização de diligências diretamente pelo Ministério Público teria um requisito: que a autoria já estivesse elucidada.

O mesmo artigo do substitutivo também concedia poderes de investigação ao Ministério Público, em caráter meramente subsidiário, em inquéritos conduzidos pela autoridade policial ou militar competente, nas seguintes situações: (1) crime cometido no exercício da função ou a pretexto de exercê-la; (2) crime cometido contra a Administração Pública, por agente político ou agente público; e (3) crime envolvendo organização criminosa, assim definida em lei.

Esta competência subsidiária tinha como objetivo responder a críticas ao caráter corporativo das investigações policiais conduzidas contra seus pares. Também evitaria que crimes praticados por organizações criminosas ou agentes públicos ficassem impunes, uma vez que as investigações podem ser seriamente prejudicadas em decorrência da falta de garantias das autoridades policiais.

Em 21 de novembro de 2012, foi aprovado o parecer do Deputado Federal Fábio Trad, com destaque do artigo 2º. Ou seja, o texto aprovado na comissão não incluiu as alterações mencionadas no artigo 129 da Constituição Federal, as quais ressalvavam poderes de investigação ministeriais de natureza complementar e subsidiária.

É interessante ressaltar que o destaque do artigo 2º foi proposto pelo Deputado Federal Bernardo de Vasconcellos Moreira. Segundo noticiou a imprensa⁶⁷, o Deputado responde, atualmente, a ação penal no Supremo Tribunal Federal, cujos atos de investigação foram realizados justamente pelo Ministério Público.

A aprovação da proposta de Emenda Constitucional 37/2011 na comissão especial provocou diversas manifestações contra o seu teor. Uma das mais contundente delas partiu do Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel, que, na posse do Ministro Joaquim Barbosa como Presidente do Supremo Tribunal Federal, afirmou que a PEC é um dos “maiores atentados que se pode conceber ao estado democrático de direito”⁶⁸. Em seu discurso naquela solenidade, também foi dito que “Apenas três países do mundo vedam a investigação do MP. Convém que nos unamos a esse restritíssimo grupo?”⁶⁹ e concluiu dizendo que:

O Ministério Público não quer e jamais pretendeu substituir a polícia ou órgãos de investigação que desempenharam papel importantíssimo. Não se pode esquecer que a maior garantia da sociedade está na independência funcional dos integrantes do Ministério Público, que os preserva das ingerências hierárquicas externas que se veem em outros órgãos investigativos.⁷⁰

3.3 Inconvenientes da proposta

Nas seções abaixo serão apresentados os principais motivos pelos quais a adoção aprovação da Proposta de Emenda à Constituição de número 37/2011 é inconveniente para a ordem jurídica brasileira.

3.3.1 Ausência de garantias das polícias

⁶⁷ VASCONCELOS, Frederico. *Deputado contrário à ação do MP é réu no STF*. Folha de São Paulo, São Paulo, 30 nov. 2012. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2012/11/30/deputado-contrario-a-acao-do-mp-e-reu-no-stf/>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁶⁸ BORGES, Laryssa. *Em posse de Barbosa, procurador critica proposta que tira poder de investigação do MP*. Revista Veja, Brasília, 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/em-posse-de-barbosa-procurador-critica-proposta-que-tira-poder-de-investigacao-do-mp>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁶⁹ BORGES, Laryssa. *Em posse de Barbosa, procurador critica proposta que tira poder de investigação do MP*. Revista Veja, Brasília, 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/em-posse-de-barbosa-procurador-critica-proposta-que-tira-poder-de-investigacao-do-mp>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁷⁰ BORGES, Laryssa. *Em posse de Barbosa, procurador critica proposta que tira poder de investigação do MP*. Revista Veja, Brasília, 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/em-posse-de-barbosa-procurador-critica-proposta-que-tira-poder-de-investigacao-do-mp>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

A fala do Procurador-Geral da República, durante a solenidade de posse do Ministro Joaquim Barbosa como Presidente do Supremo Tribunal Federal, descortina um dos principais inconvenientes da proposta de Emenda à Constituição 37/2011.

Com efeito, a Polícia Civil e a Polícia Federal estão estruturadas como órgãos do Poder Executivo e, nesta condição, a cúpula destas instituições está diretamente subordinada ao Secretário de Segurança Pública ou ao Ministro da Justiça e, mediatamente, ao Chefe do Poder Executivo.

Essa relação de hierarquia implica na possibilidade de os detentores do Poder Executivo, influenciem negativamente na condução de investigações, gerando impunidade especialmente no caso dos crimes de colarinho branco e contra a Administração Pública.

Ordinariamente, isso ocorre através de favorecimento dos policiais que se mostram subservientes aos interesses econômicos e políticos, com a concessão de promoções, nomeação para cargos de direção e chefia dentro da polícia e lotações em locais mais desejados. Assim, as posições mais sensíveis da instituição policial podem ser ocupadas por pessoas mais suscetíveis a pleitos de seus superiores no Executivo.

Outro procedimento adotado para influenciar no ânimo dos investigadores policiais consiste na adoção de represálias contra aqueles que não se submetem à cúpula do Executivo, conduzindo investigações contra pessoas detentoras de poder político e econômico. Essas represálias são possíveis porque os Delegados de Polícia não possuem as mesmas garantias que os magistrados e membros do Ministério Público.

De fato, os juízes e promotores possuem independência no exercício de suas funções, inexistindo subordinação em relação aos membros do mesmo Poder ou Instituição que estejam em nível funcional mais elevado. Assim, um Promotor de Justiça não pode ser compelido a encerrar uma investigação pelo Procurador-Geral de Justiça, por exemplo. Este também não pode impedir que aquele inicie uma investigação ou determinar os rumos que ela seguirá.

Não é isso que ocorre, contudo, com os policiais. A título de exemplo, a Polícia Civil do Distrito Federal tem um Departamento de Polícia Especializada composto por diversas coordenações. Cada coordenação possui um delegado-chefe, escolhido pelo Diretor-Geral da Polícia Civil do Distrito Federal, que supervisiona os demais delegados, responsáveis pelas divisões subordinadas àquela coordenação.

Entre os poderes do delegado-chefe está, por exemplo, o de instaurar inquéritos policiais. Assim, os delegados que atuam perante as diversas divisões de polícia especializada

não podem sequer iniciar investigações sem que tenham a aprovação de seu superior, cujo cargo de prestígio depende de apoio político.

Os magistrados e membros do Ministério Público também possuem a garantia da inamovibilidade, a qual assegura que eles não poderão ser removidos sem o seu consentimento, salvo nos casos de interesse público reconhecido pela maioria absoluta do Tribunal Pleno ou do Conselho Superior do Ministério Público, bem como dos Conselhos criados pela Emenda Constitucional 45/2004, quais sejam o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

Mais uma vez, os delegados não possuem essa segurança. Por tal motivo, podem ser removidos para qualquer outra área de atuação ou mesmo para uma longínqua cidade do interior, muitas vezes sem estrutura e com grande risco pessoal pelos altos índices de criminalidade de regiões de fronteira entre entes da federação ou com outros países.

A mera ameaça de remoção compulsória já é suficiente para fazer com que alguns delegados deixem de conduzir certas investigações, pois a remoção para certas localidades implica em distanciamento da família e do círculo social, constituindo grave prejuízo pessoal.

Na eventualidade de a ameaça não ser suficiente, a remoção tem a vantagem de retirar do removido as atribuições para continuar investigando os fatos, de forma que se neutraliza aquele delegado e reforça a ameaça de remoção compulsória em relação aos demais.

3.3.2 Caso real de ingerência do Chefe do Poder Executivo sobre a polícia

No tópico anterior foi mencionado que a polícia, como órgão do Poder Executivo, está subordinada ao Chefe do respectivo Poder, bem como ao seu assessor mais próximo, o Ministro da Justiça ou o Secretário de Segurança Pública.

No âmbito federal, a atuação da Polícia Federal tem sido desenvolvida nos últimos anos sem interferências do Poder Executivo. A maior prova disso são as diversas operações em que pessoas poderosas foram investigadas.

Esta realidade, contudo, não tem ocorrido nos Estados e no Distrito Federal. De fato, o Executivo dos entes locais tem exercido muito mais influência nas instituições policiais do que o seu equivalente federal.

Sobre o tema, há exemplo recente e paradigmático sobre as consequências da insatisfação de Governador em relação ao trabalho desenvolvido pela polícia. Os fatos

ocorreram no Distrito Federal em 2011, em razão de investigações iniciadas ainda em 2010, durante o governo anterior.

Em interceptações telefônicas autorizadas pelo Poder Judiciário, a Polícia Civil do Distrito Federal gravou ligações entre o Agnelo Queiroz, ex-Ministro dos Esportes e atual Governador do Distrito Federal, e o Policial Militar João Dias, um dos protagonistas dos desvios de recursos públicos do programa Segundo Tempo do Ministério dos Esportes.

A existência das gravações vazou no final de 2011, época em que o escândalo do programa Segundo Tempo estava no seu auge, dias após a queda do então Ministro do Esporte, Orlando Silva.

Na mesma semana em que as gravações vieram a público, o Governador Agnelo Queiroz exonerou toda a cúpula da Polícia Civil do Distrito Federal. Nesse sentido, cita-se transcrição de reportagem que foi ao ar naquela época, em telejornal de âmbito nacional:

O governador do Distrito Federal, Agnelo Queiroz, afastou nesta quinta-feira (3) [de novembro de 2011] toda a cúpula da Polícia Civil. A decisão saiu na semana em que vazaram conversas gravadas em uma operação policial que podem ligar Agnelo ao escândalo no Ministério do Esporte.

Por ordem do governador Agnelo Queiroz, 44 delegados-chefes e sete diretores da Polícia Civil foram exonerados. Nesta quarta-feira (2), a diretora-geral da Polícia Civil, Mailine Alvarenga, já tinha sido substituída.

O governo do Distrito Federal diz que a troca da cúpula da Polícia Civil faz parte de um ajuste natural. Mas as demissões começaram logo depois que a revista *Época* e o DFTV divulgaram gravações de conversas entre o governador Agnelo Queiroz e o policial militar João Dias, pivô do escândalo que derrubou o ministro do Esporte, Orlando Silva. As escutas foram feitas pela Polícia Civil com autorização da Justiça no início do ano passado.

Segundo a polícia, foram várias conversas gravadas entre João Dias e o governador. João Dias chegou a ser preso acusado de desviar R\$ 3 milhões do Programa Segundo Tempo, do Ministério do Esporte. Em uma delas, pouco antes da prisão, Dias pediu ajuda de Agnelo para preparar a defesa dele no caso.

O presidente do Sindicato dos Delegados, Benito Tiezzi, não quis comentar a possível relação entre as demissões e a divulgação dos diálogos do governador com João Dias, mas disse que estranhou a decisão. "Nós aguardamos que venha essa explicação, o motivo dessa exoneração em massa, que nunca ocorreu. É um precedente muito grave, muito complexo", declarou Benito Tiezzi.

O governador Agnelo Queiroz não quis gravar entrevista. Pelo telefone, declarou que a exoneração dos delegados foi consequência da demissão da diretora-geral da Polícia Civil, e que todos serão remanejados.⁷¹

A exoneração de toda a cúpula da Polícia Civil englobou inclusive o delegado-chefe e o delegado-chefe adjunto da Delegacia de repressão aos crimes contra a administração

⁷¹ JORNAL NACIONAL. *Governador do DF afasta cúpula da Polícia Civil após gravações vazarem*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2011/11/governador-do-df-afasta-cupula-da-policia-civil-apos-gravacoes-vazarem.html>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

pública - DECAP, unidade responsável pela investigação que vinculava o Governador ao Policial Militar João Dias.

Dado contexto como este, em que o Governador pode escolher quem será o titular da delegacia responsável por investigar os crimes ocorridos em sua administração e que podem, eventualmente, atingi-lo, será que é razoável que apenas a polícia possa conduzir investigações para fins criminais?

Não há como contestar que, na conformação atual, essa é uma receita para a impunidade, uma vez que a cúpula do Poder Executivo poderá, sem muita dificuldade, obstar qualquer tipo de investigação que lhe seja desinteressante.

3.3.3 *Investigações envolvendo policiais*

O corporativismo existente na polícia dificulta sobremaneira que os crimes praticados por policiais sejam efetivamente investigados. Esta circunstância é conhecida há muito tempo, não tendo passado despercebida pelo enviado especial das Nações Unidas ao Brasil para relatar acerca das execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias.

O relatório mostra preocupação com os homicídios praticados por policiais, especialmente em razão de sua enorme quantidade. Merecem destaque dados que comprovam que a polícia do Rio de Janeiro matou três pessoas por dia em 2007, o que equivale a 18% dos homicídios ocorridos. Em São Paulo, enquanto que o número de homicídios diminuiu, aqueles praticados por policiais segue caminho contrário e continua aumentando⁷².

Essas mortes são rotineiramente classificadas como legítima defesa dos policiais e, conseqüentemente, são registradas em autos de resistência. Sobre o tema, merece transcrição o trecho pertinente do relatório⁷³ com tradução livre:

⁷² UNITED NATIONS. Human rights council. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: mission to Brazil*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,,MISSION,BRA,,49f6c5602,0.html>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁷³ 12. However, the classification of whether a killing is lawful or not is generally determined by the police officer who submits a form declaring the case to be one of resistance. A detective at the appropriate Civil Police station makes the first formal classification, relying primarily on the report of the involved policeman. In the May 2006 cases, a number of resistance deaths were reported to the wrong precinct, suggesting collusion in impunity between specific Military Police battalions and Civil Police stations. I received many credible allegations that police often failed to secure the scene of the incident adequately, making the gathering and assessment of reliable evidence very difficult. This was strongly denied by the police. However, I received extensive evidence that crime scenes were routinely tampered with. This evidence included detailed accounts of police taking corpses to hospital, ostensibly for the purposes of "first aid", but in circumstances in which the victim was clearly already deceased.

13. The killing is supposed to be investigated by the Civil Police, but limited resources, and a strong esprit-de-corps mean that such investigations are rarely carried out properly or at all. The policeman involved in the killing

12. A classificação da licitude de um homicídio é geralmente determinada pelo policial que encaminha um formulário, declarando que houve resistência no caso. Um detetive na delegacia da Polícia Civil competente faz a primeira classificação formal, baseando-se principalmente no relatório do policial envolvido. Nos casos de maio de 2006, grande número de autos de resistência foram encaminhados para uma delegacia incompetente, sugerindo colusão para gerar impunidade entre determinados batalhões de Polícia Militar e delegacias de Polícia Civil. Eu recebi diversas alegações verossímeis de que policiais frequentemente não protegeram a cena do crime adequadamente, tornando a colheita e avaliação de provas confiáveis muito difícil. Isso foi veementemente negado pela polícia. Esta prova inclui relatos detalhados de policiais levando corpos para o hospital, supostamente para o propósito de "primeiros socorros", mas em circunstâncias em que a vítima claramente já estava morta.

13. Os homicídios deveriam ser investigados pela Polícia Civil, mas a limitação de recursos e um forte espírito corporativo implicam que tais investigações raramente são conduzidas adequadamente ou elas sequer acontecem. Os policiais envolvidos no homicídio são frequentemente as únicas testemunhas de quem são tomadas declarações. A reconstrução da cena do crime por detetives dificilmente ocorre. A colheita de provas de forma falha pela polícia torna quase impossível para promotores obterem informação suficiente para contestar a classificação de resistência.⁷⁴

O problema do acobertamento de homicídios através de sua classificação como resistência é um problema grave e que recebeu grande atenção da mídia após o assassinato da Juíza de Direito Patrícia Acioli no Rio de Janeiro, especialmente por sua atuação contrária essa prática.

O relatório do enviado especial da ONU também traz um tópico específico em que são apresentadas considerações sobre as investigações conduzidas pela Polícia Civil acerca das execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias⁷⁵. Segue abaixo, tradução livre do referido trecho:

is often the only witness from whom a statement is taken. Reconstruction of the crime scene by detectives rarely takes place. Poor evidence gathering by police then makes it nearly impossible for public prosecutors to obtain sufficient information to challenge the resistance classification.

⁷⁴ UNITED NATIONS. Human rights council. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: mission to Brazil*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,,MISSION,BRA,,49f6c5602,0.html>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁷⁵ **B. Criminal investigations by the civil police**

51. I received many allegations that Civil Police investigations, particularly of killings by police, are often grossly inadequate. I was informed by prosecutors that police investigations are often not recorded properly, and sometimes the only evidence would be a crime scene description and a police statement. The use of DNA and ballistics evidence is rare and technical and human resources are lacking.

52. These problems are exacerbated when the case is one in which members of the Military Police report the killing as a "resistance" death. As detailed above in Part III (C) a strong esprit-de-corps results in Civil Police poorly investigating such cases. I was repeatedly told by Civil Police that when a resistance case occurs, they assume that the Military Police were dealing with criminals, and acting in self-defence.

53. I was also given examples of police negligently or intentionally allowing cases to sit in police precincts, without passing them to prosecutors. For example, in Pernambuco, prosecutors found 2,000 cases where files had been left in police precincts and not passed on to the prosecution service. The files had been left for over 20 years - well past the period of prescription - so prosecutions are now impossible.

B. Investigações criminais pela polícia civil

51. Eu recebi diversas alegações de que as investigações da Polícia Civil, particularmente os homicídios praticados por policiais, são, com frequência, grosseiramente inadequadas. Eu fui informado por promotores que as investigações policiais frequentemente não são registradas corretamente, e algumas vezes as únicas provas existentes são a descrição da cena do crime e uma declaração prestada por um policial. O uso de DNA e perícia balística são raros e os recursos humanos e técnicos são insuficientes.

52. Estes problemas são exacerbados nos casos em que um dos membros da Polícia Militar descreve o homicídio como uma morte de "resistência". Como detalhado acima na Parte III (C), um forte espírito corporativo resulta em investigações mal conduzidas pela Polícia Civil nestes casos. Eu fui comunicado repetidamente por policiais civis que quando um caso de resistência ocorre, eles assumem que a Polícia Militar estava lidando com criminosos, e agindo em legítima defesa.

53. Eu também recebi exemplos de a polícia negligenciar ou intencionalmente permitir que casos fiquem nas delegacias, sem encaminhá-los para o Ministério Público. Por exemplo, em Pernambuco, promotores encontraram 2.000 casos em que os autos foram deixados na delegacia de polícia e não encaminhados para o Ministério Público. Os autos foram deixados lá por mais de 20 anos - muito além do período de prescrição - de forma que a persecução penal agora é impossível.⁷⁶

Essa deficiência ou inoperância nas investigações de crimes envolvendo policiais só é resolvida com a atuação de um agente externo. Por isso, extinguir os poderes de investigação do Ministério Público por meio de Emenda à Constituição trará imensos prejuízos à responsabilização dos agentes e Delegados de Polícia que cometem crimes.

Esta constatação está em consonância com as conclusões do enviado especial da ONU para execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias no Brasil. Ele ressaltou que a responsabilização de policiais no Brasil dependia sempre da atuação do Ministério Público ainda na fase pré-processual, seja conduzindo investigações autônomas ou colhendo provas para complementar a investigação já conduzida pela polícia. O trecho relevante⁷⁷ é, mais uma vez, reproduzido abaixo em versão traduzida:

⁷⁶ UNITED NATIONS. Human rights council. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: mission to Brazil*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,MISSION,BRA,,49f6c5602,0.html>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁷⁷ D. Public Prosecutor's Office

57. The Public Prosecutor's Office (Ministério Público) is a widely-respected institution in Brazil, and I was told of many examples of prosecutors who had taken action to hold to account offending police officers. The independence of the Public Prosecutor's Office from both the executive and the judiciary is provided by the Constitution, and the employment guarantees provided to individual prosecutors ensure that they have a high-level of independence in practice.

58. In areas in which progress has been made against police impunity, prosecutors have generally played a key role both in pursuing criminal proceedings and ensuring evidence gathering. In some instances, prosecutors have cooperated closely with Civil Police investigations; in others, prosecutors have re-interviewed witnesses and gathered evidence on their own initiative.

59. In practice, the prosecutors' investigative role has often been discouraged by Civil Police and impeded by legal controversy over prosecutorial powers. First, Civil Police show little awareness of the value of consulting with prosecutors to make sure that the evidence they are gathering will suffice to sustain criminal charges. For this reason, they seldom inform prosecutors until they reach a stage at which the law requires them to do so. This

D. Ministério Público

57. O Ministério Público é uma instituição amplamente respeitada no Brasil, e eu recebi diversos exemplos de promotores que agiram para responsabilizar policiais. A independência do Ministério Público tanto da perspectiva do Executivo quanto do Judiciário é assegurada pela Constituição, e as garantias de estabilidade em favor dos promotores permitem que eles tenham alto nível de independência na prática.

58. Em áreas em que houve progresso contra a impunidade policial, promotores geralmente desempenharam papel fundamental tanto em processos judiciais como na colheita das provas. Em alguns casos, promotores cooperaram com a Polícia Civil nas investigações; em outros, os promotores entrevistaram testemunhas novamente e colheram provas por iniciativa própria.

59. Na prática, a investigação do Ministério Público tem sido frequentemente desencorajada pela Polícia Civil e impedida por controvérsia jurídica acerca de seus poderes na persecução penal. Primeiro, a Polícia Civil mostra pouca consciência em consultar os promotores para confirmar que as provas que eles estão colhendo serão suficientes para manter as acusações criminais. Por esta razão, eles dificilmente informam os promotores antes de se atingir o momento em que a lei exige que eles o façam. Isso tipicamente não ocorre antes de 30 dias após o crime ter ocorrido, momento em que a cena do crime já quase certamente terá sido destruída, corpos terão sido enterrados, e testemunhas terão fugido. Segundo, alguns têm desafiado o poder jurídico de promotores de colher provas, argumentando que apenas a Polícia Civil tem a prerrogativa de conduzir investigações. Enquanto que este argumento parece ser motivado mais em inveja institucional do que em análise da Constituição, as Cortes de justiça ainda não apresentaram uma resposta definitiva, significando que promotores que colhem provas não têm certeza de que elas serão aceitas na Justiça.

60. Da perspectiva do combate à impunidade por violação do direito à vida, seria um importante passo adiante se a Polícia Civil rotineiramente consultasse os promotores desde o início das investigações de homicídio. Além disso - apesar de ser evidente que a Polícia Civil é e deverá continuar a ser a principal instituição de investigação criminal - em casos em que há policiais envolvidos, promotores deveriam rotineiramente conduzir suas próprias investigações para garantir a aparência e a realização da Justiça. A prática do Ministério Público de São Paulo de ter todos os casos de "resistência" analisados por um promotor especializado é notável neste aspecto.⁷⁸

Com base nas informações colhidas, o enviado especial da ONU elaborou um rol de recomendações endereçadas ao Brasil para combater a violação de direitos humanos em decorrência de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias. Entre elas, merecem destaque aquelas que são relacionadas ao Ministério Público⁷⁹, pois mostram a importância do

will typically not be until 30 days after the crime took place, by when the crime scene will almost certainly be destroyed, bodies are likely to have been buried, and witnesses may have fled. Second, some have challenged the legal power of prosecutors to gather evidence, arguing that only the Civil Police have the right to conduct investigations. While this argument appears to be motivated more by institutional jealousies than constitutional analysis, the courts have not provided a definitive answer, meaning that prosecutors who gather evidence cannot be certain that it will prove admissible at trial.

⁷⁸ UNITED NATIONS. Human rights council. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: mission to Brazil*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,,MISSION,BRA,,49f6c5602,0.html>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁷⁹ F. Public prosecutors

95. The involvement of the Public Prosecutor's Office in building criminal cases must be strengthened:

poder de investigação do *Parquet* para a proteção de direitos fundamentais, conforme a tradução abaixo:

F. Ministério Público

- (a) Os governos estaduais devem garantir que a Polícia Civil notifique o Ministério Público do início da investigação, de forma que os promotores possam oferecer orientações tempestivas acerca de quais provas precisam ser colhidas para obter uma condenação;
- (b) A prerrogativa legal do Ministério Público de colher provas admissíveis na Justiça deve ser afirmada categoricamente;
- (c) Os promotores devem rotineiramente conduzir suas próprias investigações acerca da legalidade dos homicídios praticados pela polícia.⁸⁰

Pelos motivos indicados, a conclusão no sentido de que uma Emenda à Constituição que determine que a investigação criminal seja atribuição apenas da Polícia trará imensos prejuízos para o país, especialmente no que concerne aos crimes praticados por membros das instituições policiais.

Ademais, deve ser destacado que a Constituição Federal dispõe expressamente que o Ministério Público tem como atribuição o controle externo da atividade policial (art. 129, VII). Essa previsão normativa fica totalmente esvaziada se, para desempenhar o controle, o Ministério Público tiver que recorrer à própria polícia para apurar desvios e crimes praticados por seus membros.

(a) State governments should ensure that Civil Police notify public prosecutors at the onset of their investigations so that prosecutors can provide timely guidance on what evidence must be gathered in order to obtain a conviction;

(b) The legal authority of public prosecutors to independently gather evidence admissible in court should be unequivocally affirmed;

(c) Public prosecutors should routinely conduct their own investigations into the lawfulness of killings by the police.

⁸⁰ UNITED NATIONS. Human rights council. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: mission to Brazil*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,,MISSION,BRA,,49f6c5602,0.html>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

4 A PEC 37/2011 SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proposta de Emenda à Constituição de número 37/2011 será analisada neste capítulo no que concerne à sua compatibilidade com o texto constitucional, especialmente a partir da perspectiva dos direitos fundamentais. Para tanto, será feita breve exposição da persecução penal na perspectiva dos direitos fundamentais.

4.1 A persecução penal na perspectiva dos direitos fundamentais

A literatura dos direitos fundamentais, em suas formulações mais modernas, apresenta a distinção entre a dimensão subjetiva e a objetiva dos direitos fundamentais.

A perspectiva subjetiva está relacionada ao fato de algumas normas de direitos fundamentais conferirem posições jurídicas subjetivas. Alexy⁸¹ as sistematizou, dividindo-as em três categorias.

A primeira corresponde aos direitos a algo, consubstanciada em posições jurídicas relacionais que podem ser deduzidas da seguinte forma “A tem, em face de B, direito a P”, sendo A o titular do direito, B o seu destinatário e P o seu objeto (prestação). O objeto sempre corresponderá a uma conduta, que poderá ser positiva (direitos a prestação) ou negativa (direitos de defesa).

A segunda diz respeito às liberdades, que decorrem da inexistência de uma obrigação ou proibição, abrindo-se à pessoa a possibilidade de agir (permissão positiva) ou não agir (permissão negativa).

Por fim, as competências correspondem a posições jurídicas que permitem ao titular do direito a criar, modificar ou extinguir situações jurídicas por meio do exercício de sua vontade.

A dimensão objetiva, por sua vez, está relacionada à repercussão dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico que sobeja das posições jurídicas subjetivas. Ingo Sarlet⁸² as sistematizou em dois grandes grupos: a dimensão estrutural (efeitos jurídicos autônomos) e a dimensão valorativa ou funcional (ordem objetiva de valores).

⁸¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2008. p. 193-247.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2008. p. 158-167.

O primeiro aspecto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está na constatação de que as normas que lhes enunciam vão além da concessão de direitos subjetivos. Elas produzem outros efeitos jurídicos, chamados de autônomos.

O primeiro efeito jurídico autônomo corresponde ao dever de proteção, consubstanciado em prestações positivas (normativas e fáticas) a serem realizadas pelo Estado, no intuito de evitar violações a direitos fundamentais originadas de particulares, do próprio Estado ou de Estados estrangeiros. A título de exemplo, a tipificação do homicídio é uma prestação normativa destinada a assegurar proteção ao direito fundamental à vida.

O segundo efeito consiste nos deveres relacionados a organização e procedimento, os quais dão ensejo ao surgimento de dever estatal direcionado à criação de órgãos públicos (e pessoas da Administração Indireta) e procedimentos que cumpram a finalidade de efetivar os direitos fundamentais. Ainda neste aspecto está contida a necessidade de que a interpretação e aplicação das normas procedimentais sejam alinhadas com a efetivação dos direitos fundamentais. Os juizados especiais, por exemplo, são órgãos públicos criados para tutelar o direito fundamental de acesso à Justiça.

O terceiro e último efeito está relacionado às garantias institucionais e as de instituto, impedindo que a conformação infraconstitucional dada a determinada instituição ou instituto seja pura e simplesmente eliminada do ordenamento jurídico, sem que lhe seja dada regulamentação substitutiva.

A garantia institucional consiste, portanto, na proibição, endereçada ao legislador, contra a eliminação pura e simples de determinada instituição, de que são exemplos o Júri (CF art. 5º, XXXVIII), língua nacional portuguesa (CF art. 13) etc.

As garantias de instituto, por sua vez, são aquelas destinadas à proteção de institutos jurídicos, entendidos como a conformação de direitos fundamentais em normas de direito privado. São exemplos de garantias de instituto o direito à propriedade (CF art. 5º, XXII), o direito de herança (CF art. 5º, XXX), entre outros.

O segundo aspecto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a chamada ordem objetiva de valores, oriunda de construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional da Alemanha que consiste em abstrair dos direitos fundamentais os valores que eles veiculam.

Esses valores são utilizados na aplicação do Direito (em todos os seus ramos), produzindo diversas consequências jurídicas, dentre as quais podem ser destacadas a restrição do exercício de direitos subjetivos, a restrição a direitos fundamentais, a eficácia dirigente (os valores consagrados nos direitos fundamentais servem como diretriz para a atuação estatal) e

a eficácia irradiante (aplicação dos direitos fundamentais à esfera das relações entre particulares).

A persecução penal é tratada, na maioria das vezes, como uma medida estatal que restringe direitos fundamentais. Essa visão é correta, quando se percebe o fenômeno a partir da perspectiva da pessoa que é investigada e processada criminalmente.

Não obstante a importância do foco anterior, também merece o destaque a análise da persecução penal como instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais. Com efeito, é somente a partir desta perspectiva que se pode justificar, em um Estado Democrático de Direito, a existência de um sistema de controle social que permita a restrição do direito de locomoção das pessoas.

A doutrina predominante no Brasil defende que a principal função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos considerados mais importantes pela sociedade ou, nas palavras de Franz Von Liszt, nos "interesses juridicamente protegidos".

Logo, a violência da pena, especialmente a privativa de liberdade, é justificada pela necessidade de proteção de outros bens jurídicos, tais como a vida, a integridade corporal, a dignidade sexual, a saúde pública, o patrimônio particular, a moralidade administrativa, entre outros.

A persecução penal, por sua vez, é entendida como o conjunto de atos destinados a demonstrar a existência da infração penal e sua autoria. Compreende, portanto, a investigação criminal e o processo penal, bem como tem como pressuposto a existência dos respectivos tipos penais.

Analisando o tema por esta perspectiva, constata-se que a persecução penal está relacionada ao dever de proteção como efeito jurídico autônomo dos direitos fundamentais, na medida em que a tipificação de infrações penais corresponde a uma prestação positiva normativa, enquanto que a investigação criminal e o processo penal consistem em prestações positivas fáticas.

Também merece destaque o fato de que todos os órgãos públicos que fazem o sistema de Justiça criminal também consistem em efeitos jurídicos autônomos dos direitos fundamentais, uma vez que sua criação está diretamente relacionada ao dever estatal de organização.

Por fim, a criação de procedimentos de investigação criminal condiz com o dever estatal de procedimento, haja vista a sua importância para viabilizar o processo penal e, consequentemente, a proteção de bens jurídicos penalmente tutelados relacionados a direitos fundamentais.

4.2 Direito fundamental à persecução penal

Nas seções abaixo, serão explicitados os motivos pelos quais a persecução penal é considerada um direito fundamental, bem como em que consiste o seu núcleo essencial.

4.2.1 *Distinção entre direitos fundamentais e garantias fundamentais*

A doutrina constitucionalista diferencia os direitos das garantias fundamentais.

As garantias fundamentais visam tutelar determinadas posições jurídicas subjetivas (direitos fundamentais). Segundo Ruy Barbosa, as garantias fundamentais se distinguem dos direitos fundamentais na medida em que aquelas são erigidas para a proteção destes, o que demonstra seu caráter acessório. A despeito disso, ambos estão submetidos ao mesmo regime jurídico-constitucional (fundamentalidade formal). Por exemplo, a garantia de que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa” (art. 5º, VIII, da CF) protege o direito à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da CF).

Essa distinção muitas vezes é complexa, tendo em vista que é comum a positivação de um direito fundamental e sua garantia em um mesmo dispositivo, o que é chamado de direito-garantia. Para tornar a situação ainda mais complexa, há vezes em que se positiva apenas a garantia, deixando-se o direito fundamental que ela protege subentendido.

O clássico exemplo do segundo caso é a garantia de inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário, prevista no art. 5º, XXXV, da CF, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁸³. Essa garantia com previsão expressa na Constituição tutela um direito fundamental que dela pode ser extraído, mas que não foi positivado no texto constitucional. Trata-se do direito de acesso à Justiça.

4.2.2 *Persecução penal como direito fundamental*

A doutrina⁸⁴ classifica os direitos fundamentais na Constituição da República brasileira como sendo escritos, quando previstos expressamente no texto constitucional, e não

⁸³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2008. p. 90-91.

escritos. Este último grupo contempla os direitos fundamentais implícitos, que são aqueles que derivam dos enunciados normativos de direitos fundamentais escritos, e os decorrentes, os quais derivam de enunciados normativos dos princípios fundamentais (Título I da CF). Todos eles, entretanto, estão sujeitos ao mesmo regime jurídico (fundamentalidade formal).

A persecução penal, além de instrumento de realização de direitos fundamentais, vista da dimensão objetiva destes, também pode ser considerada um direito fundamental implícito, na medida em que pode ser extraída da garantia fundamental prevista no art. 5º, LIX, da CF, determinando que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”⁸⁵.

O direito fundamental à persecução penal corresponde à pretensão da sociedade (vertente coletiva do direito) de responsabilizar a pessoa que praticou infração penal de ação penal pública. Ela também engloba a mesma pretensão, desta vez possuída pela vítima e, eventualmente, pelos seus responsáveis e alguns sucessores (vertente individual), nos casos de infrações penais de ação penal privada ou de omissão no caso de ação penal pública.

Trata-se, portanto, do direito coletivo da sociedade e individual da vítima de ter acesso à Justiça Criminal. A sua amplitude, entretanto, não está limitada apenas ao processo penal, mas a todas as fases da persecução penal, motivo pelo qual a investigação penal também está incluída. Essa conclusão é reforçada pelo fato de que não há como iniciar processo penal sem lastro probatório suficiente, sob pena de rejeição da denúncia ou queixa por falta de justa causa (art. 395, III, do CPP).

A realização do referido direito pressupõe, portanto, a instauração de investigação de forma tempestiva e colhendo todas as provas relevantes. Também é essencial que a denúncia seja proposta e devidamente acompanhada pelo Ministério Público, nos casos de ação penal pública, ou que os meios necessários para que a vítima ofereça a queixa sejam disponibilizados, inclusive com a assistência judiciária gratuita, quando a ação penal for privada ou houver omissão estatal. Inclui, ademais, a possibilidade de o ofendido acompanhar a investigação e o processo penal, requerendo a produção de provas e auxiliando com a apresentação de razões, recursos e meios de prova, ao atuar como assistente de acusação. Por fim, também merece destaque a necessidade de celeridade no trâmite processual, de forma a responsabilizar a pessoa tempestivamente, se for o caso.

4.2.3 O núcleo essencial do direito fundamental à persecução penal

⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

O princípio do núcleo essencial surgiu na Alemanha, tendo sido positivado na Lei Fundamental de Bonn em seu art. 19, II. Visa proteger os direitos fundamentais contra intervenções legislativas que retirem a sua essência, protegendo seus elementos indispensáveis.

Segundo Gilmar Mendes⁸⁶, cada direito tem um núcleo composto por aqueles elementos que em situação alguma poderão ser excepcionados, ou seja, o núcleo essencial consistiria em um conteúdo invariável. A determinação destes elementos se dá por uma análise do direito em abstrato.

Considerando o que foi mencionado no tópico anterior acerca do conteúdo do direito fundamental à persecução penal, conclui-se que existem dois elementos que são absolutamente essenciais, consubstanciando o seu núcleo essencial: que haja efetiva investigação e que a ação penal seja proposta. Sem eles, o direito é totalmente inviabilizado.

No que se refere à propositura da ação penal, como visto, há garantia fundamental a permitir que o ofendido busque o seu direito diretamente, quando o Estado for omissor. Assim, evita-se que a vítima tenha seu direito cerceado por omissão do membro do Ministério Público.

No que diz respeito à investigação, contudo, não há garantia similar prevista na ordem jurídica brasileira. A vítima pode requerer a instauração de inquérito e a produção de provas pelo Delegado, mas, no caso de esta autoridade restar inerte, não há nada que ela possa fazer, exceto recorrer ao Ministério Público.

4.3 A inconstitucionalidade da PEC 37/2011

Nas seções abaixo, serão expostos os motivos pelos quais a proposta de Emenda à Constituição de número 37/2011 é inconstitucional.

4.3.1 Violação de cláusula pétrea e do núcleo essencial do direito fundamental

A Constituição Federal, em seu art. 60, § 4º, IV, determina que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”⁸⁷.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 315-321.

⁸⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

Inicialmente, faz-se necessário perquirir qual é o significado da expressão "direitos e garantias individuais". A cláusula pétrea englobaria apenas estes direitos, de forma a excluir a proteção aos direitos fundamentais de natureza coletiva, ou a interpretação do dispositivo em questão deve ser extensiva?

O tema comporta duas linhas interpretativas. Não obstante, prevalece o entendimento no sentido de que a interpretação deve ser extensiva, haja vista o constituinte ter dito menos do que queria, conforme destacado pelo Ministro Gilmar Mendes em doutrina⁸⁸. Com efeito, o Ministro destaca em sua obra que:

No Título I da Constituição (*Dos Princípios Fundamentais*) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo. Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua idéia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas.⁸⁹

A interpretação que prevalece na doutrina, portanto, é no sentido de que teria havido uma lacuna normativa na enunciação desta cláusula pétrea, de forma que a expressão "direitos e garantias individuais" deve ser entendida como o gênero direitos fundamentais, incluindo as suas garantias fundamentais.

Resta compreender, ainda, o que se entende pela expressão "tendente a abolir" contida no mesmo dispositivo constitucional.

Pela própria redação constitucional, fica claro que não há impedimento à reforma de cláusulas pétreas, ou seja, é possível modificar a redação dos seus enunciados normativos. Da mesma forma, não há dúvida de que a exclusão (abolição) de uma cláusula pétrea caracteriza violação da Constituição.

A dificuldade surge nos casos em que há modificação da redação dos dispositivos constitucionais com alteração substancial do seu conteúdo. A inconstitucionalidade ocorrerá sempre ou somente em algumas situações?

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 225.

⁸⁹ Ibid. p. 224.

Tem prevalecido na doutrina o entendimento de que é possível a alteração no conteúdo das cláusulas pétreas. Assim, a interpretação da expressão "tendente a abolir" deve ser na linha de alteração de conteúdo que afete a própria essência da cláusula pétrea, mesmo que não ocorra a sua abolição.

Partindo dessa premissa, fica claro que, sempre que o núcleo essencial da norma for afetado pela proposta de Emenda à Constituição, esta deverá ser considerada como uma "proposta tendente a abolir" norma protegida como cláusula pétrea.

É importante destacar, contudo, que mesmo nos casos em que não houver alteração do núcleo essencial da norma alterada, poderá haver violação do art. 60, § 4º, da Constituição Federal, o que deverá ser avaliado pontualmente.

No mesmo sentido é a posição do Ministro Gilmar Mendes:

A cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional - ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição.

(...)

Por isso também se leciona que a mera alteração redacional de uma norma componente do rol das cláusulas pétreas não importa, por isso somente, inconstitucionalidade, desde que não afetada a essência do princípio protegido e o sentido da norma.

Há quem aceite que mesmo as cláusulas pétreas não estabelecem a absoluta intangibilidade do bem constitucional por ela alcançado. Diz-se que, conquanto fique preservado o núcleo essencial dos bens constitucionais protegidos, isto é, desde que a essência do princípio permaneça intocada, elementos circunstanciais ligados ao bem tornado cláusula pétrea poderiam ser modificados ou suprimidos.⁹⁰

Cabe destacar, também, que essa construção é levada mais a sério ainda no que diz respeito aos direitos fundamentais. Tanto é assim que o Ministro Gilmar Mendes assevera, peremptoriamente, que "no tocante a direitos e garantias fundamentais, mudanças que minimizem a sua proteção, ainda que topicamente, não são admissíveis"⁹¹. Logo, mesmo alterações que diminuam o âmbito de proteção apenas em situações pontuais também são vedadas.

A PEC 37/2011, ao determinar que apenas a Polícia Civil e Federal podem conduzir investigações criminais, traz enormes dificuldades à efetiva realização da persecução penal, especialmente nos casos que envolvam policiais, agentes políticos e detentores de poder econômico.

⁹⁰ Ibid. p. 219.

⁹¹ Ibid. p. 223.

Agindo desta forma, o constituinte derivado reformador está diminuindo significativamente o âmbito de proteção do direito fundamental à persecução penal, o que pode ser considerado como medida “tendente a abolir” o referido direito, bem como de outros direitos fundamentais cujos bens jurídicos são penalmente tutelados.

Ademais, conforme defendido anteriormente, a existência de uma investigação pré-processual eficaz deve ser vista como um dos elementos que compõem o núcleo essencial do referido direito fundamental.

Assim, ao atingir diretamente um elemento indispensável para a efetividade do direito fundamental, a proposta de Emenda à Constituição 37/2011 claramente viola a garantia constitucional de inviolabilidade das cláusulas pétreas, porquanto afeta o núcleo essencial de direito fundamental.

Não bastasse isso, a doutrina destaca que a violação do núcleo essencial de um direito fundamental é medida que atenta contra o princípio da proporcionalidade⁹², o que também autoriza concluir pela sua inconstitucionalidade.

Isso ocorre porque a violação do princípio da proporcionalidade caracteriza abuso de poder legislativo, também conhecido na doutrina por excesso ou desvio de poder legislativo. Neste sentido, cita-se novamente a obra do Ministro Gilmar Mendes:

A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo.

(...)

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso (...), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins.⁹³

A referida hipótese também é adotada em precedentes do Supremo Tribunal Federal, como pode ser verificado no aresto abaixo.

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter **legislativo** e regulamentar.

Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro **parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material** dos atos estatais.

(...)

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações

⁹² Ibid. p. 317.

⁹³ Ibid. p. 13013-1014.

que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADIn 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

De outro lado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal tem prestigiado normas que não se revelam arbitrárias ou irrazoáveis em suas prescrições, em suas determinações ou em suas limitações: "A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, ajusta-se ao princípio do devido processo legal, analisado na perspectiva de sua projeção material (*substantive due process of law*). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do **abuso de poder legislativo**, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador." (ADIn 1.407-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Conclui-se, portanto, que, se a norma revelar-se tísada pelo vício da irrazoabilidade, restará configurado, em tal anômala situação, o excesso de poder em que incidiu o Estado, o que compromete a própria função constitucional inerente à atividade de positivação do Direito, pois o ordenamento jurídico não pode conviver com atos estatais revestidos de conteúdo arbitrário.⁹⁴

Diante do exposto, é manifesta a inconstitucionalidade da proposta de Emenda à Constituição 37/2011 por violação da garantia constitucional das cláusulas pétreas, bem como dos princípios do núcleo essencial e da proporcionalidade.

4.2.3 Violação da proibição da proteção insuficiente (*untermassverbot*)

O princípio da proporcionalidade, além da questão relacionada à violação do núcleo essencial do direito fundamental à persecução penal, também incide no caso vertente por outro motivo. Trata-se da proibição da proteção insuficiente.

A literatura esclarece que medidas normativas que impliquem em restrição ou redução do âmbito de proteção de direitos fundamentais, quando desproporcionais, violam o princípio da proporcionalidade na sua vertente de proibição do excesso.

Por outro lado, se a intervenção legislativa não assegura mecanismos suficientes para tutelar e efetivar de forma adequada determinados direitos fundamentais, fala-se que a medida adotada viola a proporcionalidade em sua vertente de proibição da proteção insuficiente.

Esta distinção entre as duas vertentes e sua aplicação na área penal já foi abordada pela doutrina brasileira. Neste sentido, cita-se trecho de artigo do celebrado Procurador de Justiça Lênio Luiz Streck:

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de segurança n.º 1320/DF*. Requerentes: União e Philip Morris Brasil S/A. Requerido: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Min. Presidente Celso de Mello. Julgamento: 06 abr. 1999. DJ 14 abr. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+1320%2E+NUM%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.⁹⁵

O tema também não passou despercebido pela jurisprudência nacional, uma vez que já se decidiu, no Supremo Tribunal Federal, que a norma do art. 107, VII, do Código Penal, que determinava a extinção da punibilidade "pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes"⁹⁶ não seria extensível a caso de concubinato.

O caso concreto tratado no julgado mencionado, o recurso extraordinário de número 418.376/MS, era o de uma menina de nove anos que passou a ter relações sexuais com o marido de sua tia, com quem coabitava. Mesmo após os estupros, ela continuou a morar com eles, o que poderia caracteriza concubinato entre os dois.

No acórdão, ficou consignado que, a despeito de haver equivalência constitucional entre as famílias, reconhecer a extinção da punibilidade fora de hipótese legal deixaria em total desamparo uma criança em situação de manifesta vulnerabilidade no momento dos crimes. Prevaleceu o entendimento de que, se fosse cancelada a extinção da punibilidade, o Estado não estaria protegendo os direitos fundamentais desta criança e incidiria na proibição da proteção deficiente. Neste sentido, cita-se trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes:

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na

⁹⁵ STRECK, Lênio Luiz *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n.º 418.376/MS*. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09 fev. 2006. DJ 23 mar. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

⁹⁶ BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

(...)

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos.

Conferir à situação dos presentes autos o status de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente.

Isso porque todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas, sendo este mais um motivo para acompanhar a divergência inaugurada pelo Min. Joaquim Barbosa.⁹⁷

Também merece destaque a Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 4301, proposta pelo Procurador-Geral da República, contra a redação dada ao art. 225 do Código Penal pela Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009.

O referido dispositivo legal determinou que a ação penal no caso de crimes contra a dignidade sexual será pública condicionada à representação, exceto quando a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável.

Por este motivo, crimes gravíssimos, como o estupro qualificado pela lesão corporal ou pela morte, deixaram de ser submetidos a ação penal pública incondicionada. Esta medida trouxe grave prejuízo à persecução penal e à tutela de bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, como a vida e a integridade corporal.

Partindo da premissa de que a nova redação viola a proibição da proteção deficiente, o Ministério Público da União, através do Procurador-Geral da República, propôs a referida ADI pedindo que fosse declarada a inconstitucionalidade parcial da norma mencionada sem redução de texto, para excluir de seu âmbito de incidência o estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte. Os trechos mais relevantes da fundamentação jurídica do pedido são transcritos a seguir:

13. Referida condição de procedibilidade da ação penal em casos tais – de altíssimo nível de gravidade, de elevado grau de reprovabilidade, e que só beneficia o sujeito ativo do crime – constitui franca transgressão ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e ao princípio da proibição da proteção deficiente, importante vertente do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF).

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n.º 418.376/MS*. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09 fev. 2006. DJ 23 mar. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

14. Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente.

(...)

16. A ofensa aos princípios da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), e da dignidade da pessoa humana materializa-se, no caso, pelo empecilho à persecução penal nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, tornando vulneráveis bens jurídicos que da mais alta importância – vida e saúde – sem uma razão suficientemente forte que justificasse a opção legislativa.

17. Sob outro ângulo, a falta de razoabilidade ainda decorre da constatação de que, nos demais crimes definidos na legislação penal, cujos resultados são lesão grave ou morte – ou nos próprios crimes de homicídio e de lesão corporal grave, inclusive culposos –, a ação penal é sempre pública incondicionada. O tratamento diferenciado no delito de estupro qualificado não se sustenta, visto que a conduta antecedente não tem força para atenuar o enorme interesse público decorrente do resultado qualificado.

18. Em razão das considerações expostas, pretende-se que o Supremo Tribunal assente que, no estupro qualificado por morte ou lesão grave, a ação penal será pública incondicionada.⁹⁸

Os fundamentos da proibição da proteção insuficiente, traçados acima, são plenamente aplicáveis à proposta de Emenda à Constituição 37/2011.

Com efeito, a referida PEC é intervenção normativa que implica em proteção inadequada do direito fundamental à persecução penal, bem como de outros direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição e que são tutelados pela persecução penal, tais como a vida, a integridade física, entre outros.

Isso ocorre porque limitar a possibilidade de investigação apenas à Polícia Civil e Federal terá como consequência a colheita de conjunto probatório absolutamente insuficiente para a propositura da ação penal, especialmente nos casos que envolvam policiais, autoridades públicas, detentores de poder econômico e político.

Assim, as vítimas destes crimes ficarão sem qualquer resposta estatal, reforçando a já exacerbada sensação de impunidade que cerca estes segmentos sociais. É importante destacar que a percepção da possibilidade de punição é um fator crucial para a redução da quantidade de crimes cometidos.

De fato, da mesma forma que a literatura demonstra que o aumento de pena não tem correlação com a diminuição da criminalidade, ela também destaca que a certeza ou a maior chance de punição é fator importante para a redução da quantidade de infrações penais.

⁹⁸ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.301*. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204103%20-%20estupro.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2012.

Assim, conclui-se que a impunidade tem como consequência o aumento das incidências criminais, culminando em maior quantidade de violação de direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

O tema dos poderes de investigação criminais do Ministério Público é muito polêmico. Neste trabalho foram apresentados os argumentos favoráveis e contrários à existência de tal prerrogativa no âmbito normativo.

A favor da investigação ministerial, são frequentemente elencados argumentos fundamentados nas cláusulas gerais dos artigos 127, *caput*, e 129, IX, ambos da Constituição Federal. No primeiro caso, a doutrina e jurisprudência têm reputado inadequada a dedução de competências a partir de cláusulas gerais, por meio de interpretações não sujeitas a qualquer controle. No segundo, o argumento não convence, posto que a melhor interpretação do dispositivo indica a necessidade de lei infraconstitucional que venha a atribuir a referida competência, o que não chegou a ocorrer.

Assim, o poder de investigação criminal pode ser atribuído ao Ministério Público em razão de ele ser o titular exclusivo da ação penal pública, competência esta que engloba aquela, bem como em decorrência da teoria dos poderes implícitos. Esta tese tem sido aceita no Superior Tribunal de Justiça, o qual tem orientado sua jurisprudência a favor do poder investigatório. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal aderiu a este posicionamento, que está prestes a ser confirmado em sede de repercussão geral pelo Plenário da Corte.

Em sentido contrário, o principal argumento que tem sido proposto é aquele segundo o qual a atividade investigativa pré-processual seria de privativa das Polícias Civil e Federal. Este fundamento, contudo, não tem sido acolhido pela doutrina e jurisprudência, que o rejeita como uma má interpretação do preceito contido no artigo 144 da Constituição Federal e seus parágrafos.

Mais relevância adquiriu o segundo argumento da corrente contrária, qual seja o da interpretação histórica. Resta bastante evidente que a Assembleia Constituinte, ao elaborar a Carta Magna, não pretendeu conceder esta competência ao Ministério Público. Este argumento foi determinante para que o Supremo Tribunal Federal tivesse posicionamento contrário à prerrogativa do Ministério Público de investigar crimes durante o final da década de 1990 e início da de 2000.

Não obstante, a hermenêutica tem passado por processo de objetivação que tem retirado grande parte da relevância de elementos interpretativos subjetivistas, como é o caso da interpretação histórica. Assim, apesar de certamente consistir em argumento relevante, não pode ser a única fundamentação em questão tão controvertida.

Com o tema prestes a receber consolidação na seara jurisprudencial pelo julgamento com repercussão geral no recurso extraordinário 593.727/MG, surgiu proposta de Emenda à Constituição para retirar expressamente os poderes do Ministério Público de conduzir investigações pré-processuais de natureza penal.

Foi esclarecido que a referida proposta não é medida adequada para a proteção dos direitos fundamentais, uma vez que dificulta sobremaneira a responsabilização de pessoas detentoras de poder econômico e político, bem como de policiais. Por tal razão, a exclusividade de investigação pela polícia não foi adotada em praticamente nenhum país do mundo.

A partir dessas premissas, foi formulada a questão central da presente monografia, qual seja, a avaliação acerca da constitucionalidade da proposta de Emenda à Constituição 37/2011, dado o seu conteúdo atual.

Concluiu-se no sentido de sua incompatibilidade pela Constituição Federal, em razão de violação da garantia constitucional de respeito às cláusulas pétreas; da falta de proporcionalidade da medida, ao violar o núcleo essencial do direito fundamental à persecução penal; e do desrespeito à proibição da proteção insuficiente de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Luís Roberto. **Investigação pelo ministério público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária**. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_textos_interesses/investigacao_MP.pdf/at_download/file>. Acesso em: 29 dez. 2012.

BORGES, Laryssa. **Em posse de Barbosa, procurador critica proposta que tira poder de investigação do MP**. Revista Veja, Brasília, 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/em-posse-de-barbosa-procurador-critica-proposta-que-tira-poder-de-investigacao-do-mp>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Deputado Lourival Mendes**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/Deputado/dep_Detalhe.asp?id=530062>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. **Parecer sobre a proposta de Emenda à Constituição nº 37-A/2011 na Comissão Especial da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2B9FE70DFED112B7A9F1CAEDACFE49A4.node2?codteor=1001565&filename=Parecer-PEC03711-13-06-2012>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. **PEC 37/2011 - Projetos de Lei e outras proposições**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2B9FE70DFED112B7A9F1CAEDACFE49A4.node2?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 13, de 02 de outubro de 2006**. Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei n.º 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/res_cnmp_13_2006_10_02.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais. **Manual nacional do controle externo da atividade policial**. 2. ed. Brasília: CNPG, 2012. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/criminal/gacep/Manual_do_Control_Externo.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. **Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981**. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp40.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. **Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. **Lei ordinária nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Procuradoria-Geral da República. **Petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.301**. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204103%20-%20estupro.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 1.163.579/SP**. Agravantes: Nelson Nicácio de Lima e outros. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 25 set. 2012. DJ 02 out. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1181775&sReg=200901173912&sData=20121002&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 5.287/DF**. Pacientes: Jader do Carmo Oliveira e outro. Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Edson Vidigal. Julgamento: 04 mar. 1997. DJ 05 mai. 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199600760900&dt_publicacao=05-05-1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 7.445/RJ**. Pacientes: Ricardo Rangel Sohn. Impetrado: Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgamento: 01 dez. 1998. DJ 01 fev. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800322515&dt_publicacao=01-02-1999&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 9.023/SC**. Pacientes: Sebastião Jean Adriano Esterchotter e outros. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Felix Fischer. Julgamento: 08 jun. 1999. DJ 01 jul. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199900303571&dt_publicacao=01-07-1999&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 13.368/DF**. Paciente: Marco Aurélio Vergílio de Souza. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgamento: 03 abr. 2001. DJ 04 jun. 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=55437&nreg=200000508110&dt=20010604&formato=PDF>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 25.236/GO**. Paciente: Craig Eliot Alden. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgamento: 17 dez. 2002. DJ 17 fev. 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=390512&num_registro=200201457724&data=20030217&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 50.973/RN**. Paciente: Fernando Antônio da Câmara Freire. Impetrado: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Paulo Gallotti. Julgamento: 22 nov. 2007. DJ 17 dez. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=729727&sReg=200502047211&sData=20071217&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 28.848/SP**. Recorrente: Maria Vilma Ribeiro Soares Cunha. Recorrido: Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). Relator para acórdão: Min. Adhemar Maciel. Julgamento: 01 jun. 1993. DJ 02 ago. 1993. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199200275400&dt_publicacao=02-08-1993&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 192.839/RJ**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Caros Alberto Emiliano da Silva. Relator: Min. Vicente Leal. Julgamento: 18 dez. 2001. DJ 21 out. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=114996&num_registro=199800784462&data=20021021&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 207.310/DF**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Francisco Felix da Silva. Relator: Min. Vicente Leal. Julgamento: 17 out. 2000. DJ 20 nov. 2000. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=279167&nreg=199900213815&dt=20001120&formato=PDF>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 4074/PR**. Paciente: Sebastião Antônio Borges de Sampaio. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Min. Pedro Acioli. Julgamento: 28 nov. 1994. DJ 20 fev. 1995. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=>

199400333498&dt_publicacao=20-02-1995&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 4769/PR**. Paciente: Vergílio Alberto Trevisan. Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgamento: 07 nov. 1995. DJ 06 mai. 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500374617&dt_publicacao=06-05-1996&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 14.543/MG**. Recorrente: Geraldo Pereira Magalhães e outros. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Julgamento: 09 mar. 2004. DJ 17 mai. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=459564&num_registro=200300978485&data=20040517&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 19.136/MG**. Recorrente: Vicente de Paulo Loffi. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Felix Fischer. Julgamento: 20 mar. 2007. DJ 14 mai. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=680495&sReg=200600379891&sData=20070514&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 21.483/MG**. Recorrentes: Renato Bernardes Filgueiras e outro. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargadora Jane Silva (convocada do TJMG). Julgamento: 04 out. 2007. DJ 22 out. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=726952&sReg=200701413870&sData=20071022&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **Súmula 234**. DJ 07 fev. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn='000000234'>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.571/UF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 10 dez. 2003. DJ 30 abr. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385547>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na petição nº 1.738/MG**. Agravante: Sindicato dos Fiscais e Agentes Fiscais de Tributos do Estado de Minas Gerais. Agravado: Hélio Calixto da Costa. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento 01 set. 1999. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Pet\\$.SCLA.%20E%201738.NUME.\)%20OU%20\(Pet.ACMS.%20ADJ2%201738.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Pet$.SCLA.%20E%201738.NUME.)%20OU%20(Pet.ACMS.%20ADJ2%201738.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 75.769/MG**. Paciente: Agostinho Soares Duarte e outro. Coator: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Octávio Gallotti. Julgamento: 30 set. 1997. DJU 28 nov. 1997. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76228>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n.º 82.865/GO**. Paciente: Craig Eliot Alden. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 14 out. 2003. DJ 04 jun. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79171>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n.º 83.463/RS**. Pacientes: João Antônio Belizário Leme e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 16 mar. 2004. DJ 04 jun. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79358>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n.º 89.837/DF**. Paciente: Emanuel Loureiro Ferreira. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 20 out. 2009. DJ 19 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605906>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n.º 91.661/PE**. Pacientes: Andredick Fontes Moura e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 10 mar. 2009. DJ 02 abr. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584784>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 93.613/MG**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 15 mai. 2012. DJ 14 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=2765764>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n.º 1.968/DF**. Autor: Ministério Público Federal. Indiciados: Remy Abreu Trinta e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 26 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1968&classe=Inq&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n.º 2.245/MG**. Autor: Ministério Público Federal. Indiciados: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ 09 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494478>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento sobre poder de investigação do MP é novamente suspenso**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=227089>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.517/UF**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 20 abr. 1997. DJ 22 nov. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347108>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pedido de vista suspende julgamento sobre poder de investigação do MP**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=210903>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em habeas corpus n.º 34.827/AL**. Recorrente: Waldomiro Pinho. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Relator: Min. Nelson Hungria. Julgamento: 31 jan. 1957. DJ 23 set. 1957. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=88653>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em habeas corpus n.º 66.176/SC**. Recorrente: Eldo Machado dos Reis. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Carlos Madeira. Julgamento: 26 abr. 1988. DJ 12 mai. 1988. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=101875>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 205.473/AL**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: União Federal. Relator: Min. Carlos Mário Velloso. Julgamento 15 dez. 1998. DJ 19 mar. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239911>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n.º 233.072/RJ**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Joaquim Alfredo Soares Vianna. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 18 mai. 1999. DJ 03 mai. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254242>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n.º 418.376/MS**. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09 fev. 2006. DJ 23 mar. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n.º 81.326/DF**. Recorrente: Marco Aurélio Vergílio de Souza. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 06 mai. 2003. DJ 01 ago. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de segurança n.º 1320/DF**. Requerentes: União e Philip Morris Brasil S/A. Requerido: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Min. Presidente Celso de Mello. Julgamento: 06 abr. 1999. DJ 14 abr. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+1320%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Manual de interpretação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. **Pequenos mitos sobre a investigação criminal no Brasil**. Disponível em: <<http://www.metajus.com.br/textos-nacionais/investigacao-criminal-garantismo-bruno.doc>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAPEZ, Fernando. Investigações criminais presididas diretamente pelo representante do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 892, 12 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7707/investigacoes-criminais-presididas-diretamente-pelo-representante-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

CARTUYVELS, Yves. A Polícia e o Ministério Público na Bélgica: em direção a uma reconfiguração dos poderes?. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**. v. 1. n. 2. jul./dez. de 2011. p. 103-126.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Investigação criminal e o Ministério Público. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

DISTRITO FEDERAL. **Regimento interno da polícia civil do Distrito Federal**. Disponível em: <<http://www.pcdf.df.gov.br/ImagensFTP/ATENA/Menu/311.PDF>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Investigação criminal pelo Ministério Público: discussão dos principais argumentos em contrário. **Boletim dos Procuradores da República**. n. 69. jan. de 2006. p. 10-14.

_____. O poder investigatório do Ministério Público. **Boletim dos Procuradores da República**. n. 60. abr. de 2003. p. 25-26.

_____. Investigação pelo MP: exegese do art. 144. **Boletim dos Procuradores da República**. n. 67. jun. de 2005. p. 8-9.

_____. **Investigação pelo MP: a questão da imparcialidade**. Disponível em: <<http://www.prse.mpf.gov.br/artigos/imparcialidade2.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

JESUS, Damásio E. de. Poderes investigatórios do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1662, 19 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10865/poderes-investigatorios-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

JORNAL NACIONAL. **Governador do DF afasta cúpula da Polícia Civil após gravações vazarem**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2011/11/governador-do-df-afasta-cupula-da-policia-civil-apos-gravacoes-vazarem.html>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Ministério Público e o Projeto de Decreto Legislativo nº 128/07. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1662, 19 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10866/o-ministerio-publico-e-o-projeto-de-decreto-legislativo-n-128-07>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

_____. Polícia Federal e Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1496, 6 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10239/policia-federal-e-ministerio-publico>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

MCDONALD, William F. As relações entre o Ministério Público e a Polícia nos Estados Unidos. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**. v. 1. n. 2. jul./dez. de 2011. p. 181/202.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOUHANNA, Cristian. As relações entre o Ministério Público e a Polícia na França: uma parceria ameaçada. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**. v. 1. n. 2. jul./dez. de 2011. p. 13-34.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Alessandro José Fernandes de. **A instrução preliminar presidida pelo Ministério Público**. 2006 175f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Márcia Vogel Vidal de. O poder investigatório do Ministério Público. **Revista de doutrina do TRF 4ª região**. n. 23, 29 abr. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Marcia_Oliveira.htm>. Acesso em: 29 dez. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: vol. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do Direito**. São Paulo Saraiva, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Márcio Cesar Fontes. **A investigação criminal, a polícia judiciária e o Ministério Público**. 2006 187f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

STRECK, Luiz Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e Investigação Criminal**. 1. ed. São Paulo/SP: RT, 2004.

UNITED NATIONS. Human rights council. **Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: mission to Brazil**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,,MISSION,BRA,,49f6c5602,0.html>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

VASCONCELOS, Frederico. **Deputado contrário à ação do MP é réu no STF**. Folha de São Paulo, São Paulo, 30 nov. 2012. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2012/11/30/deputado-contrario-a-acao-do-mp-e-reu-no-stf/>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

VERHAGE, Antoinette; PONSAERS, Paul. Do secretário de Polícia à Unidade de Justiça Criminal: as relações entre o Ministério Público e a Polícia nos Países Baixos e na Inglaterra. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**. v. 1. n. 2. jul./dez. de 2011. p. 127-146.

VOGLIOTTI, Massimo. Ainda nuvens sobre o Ministério Público italiano: de magistrado independente a advogado da Polícia?. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**. v. 1. n. 2. jul./dez. de 2011. p. 35-102.